

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 21 APRILE 2021

GIURISPRUDENZA	3
CONTRATTI PUBBLICI E DIRITTO AMMINISTRATIVO	3
Consiglio di Stato, sez. V, 17 marzo 2021 n. 2292	3
Consiglio di Stato, sez. VI, Ordinanza 13 aprile 2021, n. 3006	6
DELIBERE E COMUNICATI	9
CONTRATTI PUBBLICI E DIRITTO AMMINISTRATIVO	9
Comunicato del Presidente dell'Anac del 23 Marzo 2021	9
ANTITRUST & REGULATORY	10
Provvedimento dell'AGCM n. 28617 del 23 marzo 2021	10
DIRITTO CIVILE E PROCESSUALE CIVILE	12
Corte di Cassazione, Sez. II Civile, Ordinanza 11 marzo 2021, n. 6895	12

GIURISPRUDENZA

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO**Consiglio di Stato, sez. V,
17 marzo 2021 n. 2292****Massima**

Il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, del Codice, si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara. La stazione appaltante può escluderne l'applicazione solo a fronte di previa ed esauriente motivazione - non suscettibile di integrazione a posteriori in fase di contraddittorio - afferente alla ristrettezza *ab origine* degli operatori economici del settore, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale, ovvero alla sostanziale ed effettiva diversità dell'oggetto e delle caratteristiche dei due affidamenti.

Non esime dall'applicazione della rotazione né il carattere sperimentale né la limitata durata temporale del precedente affidamento.

Caso di specie

Una Provincia indiceva una procedura negoziata ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016 (recante il Codice dei contratti pubblici) per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza stradale. A detta procedura prendeva parte, e poi risultava

aggiudicatario, altresì il gestore uscente del medesimo servizio.

Ciò stante, la società classificatasi seconda in graduatoria ricorreva in giudizio avverso detta aggiudicazione, in quanto ritenuta dichiaratamente lesiva del principio di rotazione degli inviti sancito, in caso di affidamenti sotto soglia di rilevanza europea, dall'art. 36 del Codice.

Il Tar Toscana accoglieva così il ricorso e, per l'effetto, annullava gli atti della procedura negoziata.

Di conseguenza, l'operatore economico inizialmente risultato aggiudicatario proponeva appello avverso detta sentenza per erronea applicazione del principio della rotazione degli inviti, opponendo, tra l'altro, l'irrilevanza del precedente affidamento, disposto in via d'urgenza e per un periodo di tempo limitato e, pertanto, inidoneo all'acquisizione da parte del gestore di un bagaglio conoscitivo ed esperienziale tale da dare vita ad una c.d. 'posizione di rendita' e agevolare l'applicazione del principio in parola.

Motivi della decisione

Nel ritenere l'appello infondato i Giudici di Palazzo Spada, richiamando la giurisprudenza formatasi in materia, hanno chiarito che il principio della rotazione, previsto dall'art. 36, comma 1, del Codice, trova applicazione già a partire dalla fase di invito degli operatori alla procedura di gara.

Siffatto principio costituisce il necessario contrappeso alla notevole discrezionalità di cui gode l'amministrazione nell'individuazione degli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata. Difatti, l'obiettivo che tale principio persegue è quello di evitare la formazione di rendite di posizione - scaturenti dalla conoscenza del servizio da espletare acquisite nella precedente gestione - tali da porre il gestore uscente in una situazione di vantaggio rispetto agli altri operatori economici chiamati dalla stazione appaltante a presentare l'offerta.

Detto altrimenti, il principio in esame si pone a tutela dell'effettiva concorrenza, giacché permette la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio.

Ciò premesso, nell'ambito degli appalti sotto soglia, il principio in parola non si applica nel solo caso in cui la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi, *"(...) facendo, in particolare, riferimento al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto e alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento"*.

È altresì necessario che tale motivazione venga fornita al momento dell'assunzione della decisione di procedere all'invito, posto che essa non può essere surrogata dall'integrazione postuma in sede contenziosa.

Fermo quanto sopra, sotto il profilo processuale la giurisprudenza è concorde nell'affermare che, non attenendo ai requisiti di ordine soggettivo, la violazione del principio in parola deve essere dedotta unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione e non già con il provvedimento di ammissione alla gara.

In ogni caso, mette conto precisare che gli eventuali accorgimenti procedurali posti in essere dalla stazione appaltante - quali l'espletamento di una preventiva indagine di mercato - non rilevano né risultano idonei a compensare la mancata osservanza del principio di rotazione.

Il Consiglio di Stato ha altresì statuito che non ostano all'applicazione del principio in argomento le particolari modalità con le quali è stato attribuito il precedente appalto o le caratteristiche dello stesso, ivi compresi la durata ovvero il fatto che i diversi affidamenti non siano perfettamente sovrapponibili o identici, essendo invece sufficiente che *"(...) i successivi affidamenti*

abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, quelle del precedente contratto”, sulla scia di quanto stabilito al punto 3.6 delle Linee Guida ANAC n. 4.

Consiglio di Stato, sez. VI, Ordinanza 13 aprile 2021, n. 3006

Massima

In caso di superamento dei limiti dimensionali degli atti indicati dal decreto del Presidente del Consiglio dello Stato 22 dicembre 2016, n. 167, il nuovo testo dell'art. 13-*ter* delle disposizioni attuative del c.p.a., in modo estremamente innovativo sul piano sistematico, sanziona le difese sovrabbondanti in termini (non di nullità, bensì) di “*inutilizzabilità*”.

Tuttavia, al fine di non “*sorprendere*” le parti in una fase caratterizzata dall'assenza di una applicazione sistematica, da parte della giurisprudenza, delle suddette conseguenze delle condotte difformi nonché nel rispetto del principio di leale collaborazione, appare più opportuno invitare le parti a riformulare le difese nei predetti limiti dimensionali, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti.

Caso di specie

In un giudizio avente ad oggetto l'illegittimità del silenzio inadempiuto mantenuto dall'Amministrazione comunale rispetto ad una denuncia di abusività di alcuni lavori, le parti hanno ampiamente superato i limiti dimensionali degli atti - quali stabiliti dal Decreto del Presidente del Consiglio di Stato 22 dicembre 2016, n. 167 - e segnatamente: il ricorso in appello conta 37 pagine; la memoria difensiva di controparte conta 32 pagine; la memoria finale dell'appellata conta 31 pagine; la memoria di replica dell'appellante conta 21 pagine. E ciò sebbene la vicenda non presentasse questioni tecniche particolarmente complesse, né risultasse attinente a fondamentali interessi economici e sociali, circostanze queste ultime che avrebbero giustificato il superamento dei predetti limiti.

Motivi della decisione

Il Collegio ha preliminarmente richiamato il testo dell'articolo 13-ter delle norme di attuazione del c.p.a. (introdotto dalla legge di conversione del decreto-legge 31 agosto 2016, n. 168), a mente del quale *“le parti sono tenute a redigere il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del presidente del Consiglio di Stato”* con la precisazione che *“il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti”* e che *“l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione”*.

Al riguardo il Collegio ha osservato, in particolare, che l'iniziale impostazione legislativa faceva leva, in simili ipotesi, unicamente sulla condanna alle spese di lite (art. 26 del c.p.a.), mentre il novellato art. 13-ter, in modo estremamente innovativo sul piano sistematico, sanziona le difese sovrabbondanti in termini (non di

nullità, bensì) di “*inutilizzabilità*”, in quanto il giudice è autorizzato a presumere che la violazione dei limiti dimensionali (ove ingiustificata) sia tale da compromettere l’esame tempestivo e l’intellegibilità della domanda.

La disposizione, in altri termini, introduce una deroga rispetto all’obbligo generalmente esistente in capo al giudice di pronunciare su tutta la domanda; in tali ipotesi, infatti, il mancato esame delle difese sovrabbondanti non è infatti censurabile come vizio di infra-petizione.

La sinteticità degli atti non è più un mero canone orientativo della condotta delle parti, bensì è oramai una regola del processo amministrativo strettamente funzionale alla realizzazione del giusto processo, sotto il profilo della sua ragionevole durata.

Fermo tutto quanto sopra esposto, il Collegio ha comunque ritenuto che, nel caso di specie, al fine di non “*sorprendere*” le parti in una fase caratterizzata dall’assenza di una applicazione sistematica da parte della giurisprudenza delle suddette conseguenze delle condotte difformi, fosse più opportuno invitare le parti a riformulare le difese nei predetti limiti dimensionali, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti.

DELIBERE E COMUNICATI

CONTRATTI
PUBBLICI E DIRITTO
AMMINISTRATIVO

Comunicato del Presidente dell'Anac del 23 Marzo 2021

“Indicazioni interpretative sull’articolo 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i., in merito alle modifiche contrattuali fino a concorrenza di un quinto dell’importo del contratto”

In risposta ad alcune segnalazioni in merito a problematiche applicative dell’articolo 106, comma 12, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, il Comunicato del Presidente dell’ANAC chiarisce che la disposizione in argomento è volta a specificare che, al ricorrere di una delle ipotesi previste dai commi 1, lettera c), e 2 dell’articolo 106, qualora la modifica del contratto resti contenuta entro il quinto dell’importo originario, la stazione appaltante potrà imporre all’appaltatore la relativa esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario senza che lo stesso possa far valere il diritto alla risoluzione del contratto medesimo.

Nel caso in cui, invece, si ecceda il suddetto cd. “quinto d’obbligo”, e sempre al ricorrere delle altre condizioni di cui all’articolo 106, commi 1 e 2, del Codice, l’appaltatore potrà esigere una rinegoziazione delle condizioni contrattuali e, in caso di esito negativo, il diritto alla risoluzione del contratto.

L’articolo in esame non può, quindi, essere inteso come ipotesi autonoma di modifica contrattuale, ulteriore rispetto alle fattispecie individuate ai commi 1 e 2 del medesimo articolo.

Provvedimento dell'AGCM n. 28617 del 23 marzo 2021

Massima

Le misure proposte dal professionista sono idonee a rimuovere i profili oggetto di contestazione, in quanto le caratteristiche delle offerte oggetto delle asserite pratiche scorrette risultano oggi adeguatamente conoscibili dal consumatore al momento della sua scelta d'acquisto.

Caso di specie

Con delibera del 14 ottobre 2020, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) avviava il procedimento PS11575 nei confronti di un noto operatore telefonico a seguito della promozione, da parte di quest'ultimo, di offerte che prevedevano l'acquisto di ricariche a un valore nominale inferiore rispetto al credito effettivamente irrogato nella scheda telefonica, bilanciato, tuttavia, dall'attivazione di Giga e minuti illimitati per un periodo di 24 ore dalla conferma dell'avvenuta ricarica. Dette offerte, ad avviso dell'Autorità, sarebbero state promosse senza un'adeguata attività informativa nei confronti dell'utente, il quale sarebbe stato indotto ad acquistare ricariche di valore non corrispondente al prezzo pagato.

Alla luce di tali contestazioni, il professionista ha presentato una proposta di impegni, ai sensi dell'art. 27, comma 7, del Codice del Consumo e dell'art. 9 del Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore, al

fine di ottenere la chiusura anticipata del Procedimento.

Motivi della decisione

Secondo l'AGCM gli impegni assunti dal Professionista si mostrerebbero idonei a sanare i profili di illegittimità delle pratiche commerciali scorrette contestate in sede di avvio procedimento. Più in particolare, sarebbero efficaci nel migliorare l'informativa sui termini e le caratteristiche del servizio offerto al consumatore. Nel merito, sia con riferimento alle promozioni sulle piattaforme digitali che in relazione a quelle nei punti fisici e nelle tabaccherie, le modifiche apportate avrebbero adeguatamente distinto le suddette offerte, oggetto di contestazione, da quelle c.d. "standard", ovvero sia quelle che prevedono un'irrogazione di credito nella scheda telefonica pari al denaro versato all'operatore. In questo modo, sempre riportando le argomentazioni dell'Autorità, l'utente avrebbe la possibilità di distinguere perfettamente le offerte di ricarica evitando di essere indotto in errore nella propria scelta di acquisto. Alla luce delle suddette argomentazioni, le nuove modifiche alle attività di vendita introdotte dal Professionista sarebbero in grado di eliminare alla radice ogni ipotetica pratica commerciale scorretta di natura ingannevole.

Corte di Cassazione, Sez. II Civile, Ordinanza 11 marzo 2021, n. 6895

Massima

La tutela della concorrenza è una materia di competenza esclusiva dello Stato.

Sono dunque illegittime le disposizioni normative regionali con le quali sono stati introdotti limiti e vincoli all'attività commerciale.

Tali disposizioni, infatti, si pongono in contrasto con il Decreto Bersani (art. 3, comma 1, lett. d bis, D.L. n. 223/2006 come modificato dall'art. 31, comma 1, D.L. n. 201/2011) ai sensi del quale le attività commerciali sono svolte senza limiti e prescrizioni, anche concernenti l'obbligo della chiusura.

Le Regioni che, quindi, intervengono nella disciplina relativa alle modalità di apertura degli esercizi commerciali, ascrivibile alla tutela della concorrenza, invadono una competenza esclusiva dello Stato.

Caso di specie

Nel corso dell'anno 2012, all' esercente di un bar veniva irrogata dal Comune una sanzione pecuniaria pari ad Euro 530,00 per non aver rispettato gli orari di chiusura al pubblico stabiliti dalla delibera comunale.

L' esercente presentava opposizione contro l' ordinanza-ingiunzione, ma il gravame veniva respinto in primo e secondo grado.

L' esercente sosteneva che il Decreto Bersani (cfr. art. 3, comma 1, lett. d bis, D.L. n. 223/2006),

come modificato dal Decreto Salva Italia (cfr. art. 31 D.L. n. 201/2011), avrebbe escluso il potere dei Comuni di regolare gli orari di chiusura delle attività di somministrazione di alimenti e bevande. Inoltre, la Regione in cui si trovava il Comune interessato si era adeguata con ritardo, con una legge regionale del 2014; conseguentemente, doveva ritenersi che il Regolamento del 2010 adottato dall'ente comunale fosse affetto da illegittimità sopravvenuta.

Il ricorrente, inoltre, eccepiva l'operatività del giudicato esterno.

Infatti, egli aveva ottenuto una sentenza - non opposta - emessa dal medesimo Tribunale e relativa ad un'altra opposizione a ordinanza-ingiunzione su un'identica violazione, con la quale era stata dichiarata illegittimità Regolamento comunale, con la sua conseguente disapplicazione. Si giunge così in Cassazione.

Secondo il ricorrente, il Regolamento comunale in forza del quale è stato multato sarebbe illegittimo. In particolare tale regolamento, disciplinante l'esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande nel Comune, è illegittimo nella parte in cui impone agli esercenti il rispetto di fasce orarie di chiusura obbligatoria.

Nella sentenza impugnata, il Giudice di merito ha ritenuto che le modifiche apportate al Decreto Bersani non avrebbero privato il Comune del potere di regolare gli orari di chiusura delle attività di somministrazione di alimenti e bevande.

Pertanto, doveva considerarsi legittimo il regolamento che prevedeva l'obbligo di chiusura dei locali, nel centro storico, dal lunedì al giovedì ed alla domenica, dalle ore 0:30 alle ore 5:00 (ed il venerdì ed il sabato dalle ore 1:30 alle ore 5:00).

Motivi della decisione

La Suprema Corte considera fondata la doglianza del ricorrente poiché il regolamento impugnato è da

considerarsi illegittimo per le ragioni di seguito esposto.

La giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che spetta alla legislazione nazionale la competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e) Cost.). Deve pertanto rilevarsi l'illegittimità delle disposizioni normative adottate dagli enti locali circa la disciplina di regolazione degli orari degli esercizi commerciali. In tal caso, il giudice deve disapplicare il regolamento illegittimo.

La Corte costituzionale, con diverse pronunce (n. 239/2016 e n. 98/2017), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni normative regionali aventi ad oggetto l'introduzione di limiti e vincoli all'attività commerciale.

Tali atti si pongono in contrasto con quanto previsto dal Decreto Bersani, come modificato dal Decreto Salva Italia.

Per la legge, le attività commerciali sono svolte senza limiti e prescrizioni, anche concernenti l'obbligo della chiusura.

L'apertura degli esercizi commerciali è una materia relativa alla tutela della concorrenza, sottratta alla competenza regionale e rimessa alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Gli Ermellini hanno ricordato che *"(...) la totale liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali non costituisce soluzione imposta dalla Costituzione, sicché lo Stato potrà rivederla in tutto o in parte, temperarla o mitigarla"*.

Al momento, vige il divieto di imporre limiti e prescrizioni sugli orari, imposto dallo Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva a tutela della concorrenza.

Da ciò discende che qualsiasi disciplina regionale volta ad attenuare il mentovato divieto va considerata illegittima per la violazione del riparto di competenza.

Sono quindi illegittimi gli atti amministrativi o regolamentari attuativi di tali disposizioni regionali che invadono la competenza esclusiva statale.

Secondo la Suprema Corte il regolamento comunale, basato sulla legge regionale, in base al quale è stata emessa l'ordinanza-ingiunzione, avrebbe dovuto essere disapplicato perché illegittimo in relazione alla condotta contestata (ossia apertura oltre gli orari consentiti).

Inoltre, il regolamento comunale non poteva derogare al principio di libera concorrenza sancito dal D.L. n. 223/2006.

Una deroga a tale principio è prevista in relazione alla libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali solo se giustificata da ragioni di tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali. La Cassazione ricorda come il Sindaco abbia il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti (art. 50, comma 5, TUEL), con le quali imporre eventualmente orari di chiusura dei predetti esercizi per la tutela di altri valori costituzionalmente rilevanti; tali provvedimenti, tuttavia, per loro intrinseca natura, devono spiegare effetti spaziali e temporali limitati e devono essere sorretti da una specifica ed adeguatamente motivata individuazione delle situazioni di fatto dalle quali potrebbe originarsi la lesione di interessi pubblici, quali quelli connessi alla salvaguardia dei valori della sicurezza e della salute (che, quindi, non possono essere disciplinati, in via generale, da regolamenti locali con efficacia indifferenziata e temporalmente indeterminata).

Per tutte le ragioni sopra esposte, viene accolto il ricorso e disposto l'annullamento dell'ordinanza ingiunzione.

Leap è un progetto editoriale a cura dello Studio Legale Lipani, Catricalà & Partners. È vietata ogni distribuzione non autorizzata.

© Copyright 2021 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP

NEWSLETTER
