

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 19 MAGGIO 2021

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 29 aprile 2021, n. 1069	3
Tar Marche, Ancona, Sez. I, 30 aprile 2021, n. 375	5
Delibere e comunicati	7
Delibera AGCM del 27 aprile 2021	7
Diritto Civile e Processuale Civile	8
Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza 16 aprile 2021, n. 10117	8

TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29 aprile 2021, n. 1069

Massima

Ai fini dell'esclusione dell'operatore economico per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, non è necessaria la adozione di un provvedimento o il rinvio a giudizio, essendo sufficiente che i fatti presi in considerazione dalla stazione appaltante siano espressivi di un grave errore professionale, a prescindere dal grado di accertamento in sede penale.

Caso di specie

Un Comune ha indetto una procedura di gara per l'affidamento di un accordo quadro avente ad oggetto l'esecuzione di interventi di manutenzione e ristrutturazione di manufatti.

Durante l'espletamento della gara, è emerso il coinvolgimento di diversi operatori economici concorrenti in un procedimento penale in cui erano contestate agli stessi condotte illecite nell'ambito di procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici.

Dopo le occorrenti verifiche istruttorie e l'acquisizione degli atti del citato procedimento penale, tra cui l'ordinanza del Tribunale recante l'applicazione di misure cautelari personali in pendenza di tale procedimento, la stazione appaltante ha considerato i fatti e gli atti acquisiti pertinenti e rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del D.Lgs. 50/2016 e ha disposto infine l'esclusione di alcuni operatori economici interessati dagli stessi.

Tale provvedimento di estromissione è stato così impugnato innanzi al TAR Lombardia che, in esito al procedimento di primo grado, ha respinto il ricorso.

Motivi della decisione

Il Tar Lombardia ha preliminarmente osservato che l'ampiezza del potere valutativo riconosciuto alle amministrazioni aggiudicatrici in tema di "*grave illecito professionale*" affonda le sue radici nel diritto europeo e nelle statuizioni della Corte di Giustizia, secondo cui la nozione di grave errore professionale deve essere riferita a "*(...) qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore e non soltanto le violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui appartiene tale operato*" (cfr. Corte di Giustizia, 18 dicembre 2014, n. 470, causa C-470/13).

Il graduale affermarsi di tale orientamento, nel corso degli anni, ha esteso in maniera rilevante il novero delle situazioni riconducibili al "*grave illecito professionale*", fino a ricomprendervi "*(...) ogni condotta, collegata all'esercizio dell'attività professionale, contraria ad un dovere posto da una norma giuridica sia essa di natura civile, penale o amministrativa*".

Si è specularmente assistito ad un ampliamento degli obblighi informativi (*rectius* dichiarativi) a carico dell'operatore economico, che "*è tenuto a fornire una rappresentazione quanto più dettagliata possibile delle proprie pregresse vicende professionali in cui, per varie ragioni, gli è stata contestata una condotta contraria a norma o, comunque, si è verificata la rottura del rapporto di fiducia con altre stazioni appaltanti*".

Ne risulta, in definitiva, ampiamente dilatato il potere valutativo discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici in tema di esclusione dei concorrenti, in quanto correlato ad un "*concetto giuridico*" in buona sostanza "*indeterminato*".

Sulla base di tali rilievi, il TAR ha ritenuto legittima l'esclusione disposta dal Comune, riconoscendo alla stazione appaltante la facoltà di escludere, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice dei contratti pubblici, un concorrente cui risultano riferibili circostanze e atti ritenuti gravi illeciti professionali, e ciò anche a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, e ferma restando la necessità che l'esclusione sia sostenuta da un'adeguata istruttoria e da una congrua motivazione.

In tal senso, non è dunque necessaria la previa adozione di una misura penale a carico del rappresentante legale della società interessata, ovvero la disposizione nei suoi confronti del rinvio

a giudizio al fine di poter configurare in capo al concorrente interessato un grave illecito professionale. Rileva, piuttosto, che i fatti presi in considerazione dalla stazione appaltante, quand'anche di rilevanza penale, siano espressivi di un grave errore professionale.

La fonte di innesco del potere valutativo della stazione appaltante può sicuramente essere un provvedimento del giudice penale, per i fatti che in esso sono riferiti, ma ciò non postula che debba esser stata applicata una misura penale, di qualunque tipo, nei confronti del rappresentante legale della società interessata.

TAR Marche, Ancona, Sez. I, 30 aprile 2021, n. 375

Massima

La omessa dichiarazione dell'impegno a costituire l'A.T.I. in caso di aggiudicazione è sanabile mediante attivazione del soccorso istruttorio, ex art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, qualora tale impegno possa comunque desumersi, in modo chiaro e inequivoco, dalla documentazione amministrativa prodotta in gara.

È nulla la clausola del disciplinare volta a sanzionare con l'esclusione il mancato inserimento, nella domanda di partecipazione, dell'indicazione della quota delle prestazioni che, in caso di aggiudicazione, saranno eseguite da ciascun componente del raggruppamento, afferendo tale adempimento alla documentazione dell'offerta.

Caso di specie

La società ricorrente, mandataria di un costituendo R.T.I., partecipava assieme alla mandante a una procedura indetta per l'affidamento di un appalto di fornitura e servizi.

Il raggruppamento veniva tuttavia estromesso dalla gara per non aver inserito nella busta "A", contenente la documentazione amministrativa, la dichiarazione di impegno della mandataria e della mandante a costituire l'A.T.I. in caso di aggiudicazione (dichiarazione che, ai sensi del disciplinare di gara, doveva contenere altresì l'indicazione delle parti del servizio ad

appannaggio, rispettivamente, della mandante e della mandataria).

Ciò posto, detta Società ricorreva dinnanzi al Tar avverso il provvedimento di esclusione, adducendo la violazione:

- dell'art. 83, comma 9, del Codice, per non aver la stazione appaltante proceduto ad attivare il soccorso istruttorio a fronte di una carenza documentale meramente formale, in quanto non idonea a generare incertezze in merito alla serietà dell'offerta tecnica ed economica e della sua riconducibilità al costituendo R.T.I.;
- degli artt. 48, comma 8, e 83, comma 8, del Codice, per aver la stazione appaltante escluso la ricorrente a causa del mancato inserimento della dichiarazione di impegno nella documentazione amministrativa, quando il Codice prevede l'inserimento di detto documento nell'offerta.

Motivi della decisione

Il TAR adito ha dapprima osservato come, nel caso di specie, lo stesso disciplinare di gara prevedesse l'attivazione del soccorso istruttorio in presenza di irregolarità ritenute non essenziali - quindi tali da consentire la chiara individuazione del contenuto e la paternità dei documenti - ed inerenti alla documentazione amministrativa contenuta nella busta 'A' in cui, sempre per espressa previsione, andava inserita anche la dichiarazione di impegno. Il Collegio ha quindi stabilito che il soccorso istruttorio poteva e doveva essere attivato, in quanto la stessa commissione di gara ha riconosciuto che, dal complesso dei documenti inseriti nella busta A, emergeva in modo chiaro ed inequivoco l'intenzione delle due imprese a partecipare alla gara in A.T.I. costituenda.

Il TAR si è poi pronunciato sulle difese spiegate della Stazione appaltante e, segnatamente, sulla asserita rilevanza sostanziale della dichiarazione omessa, poiché volta a contenere altresì l'indicazione - non sanabile mediante soccorso istruttorio - delle parti di servizio svolte, rispettivamente, dalla mandante e dalla mandataria. Sul punto, il Giudice ha richiamato l'art. 48, comma 4, del Codice, ai sensi del quale l'indicazione *de qua* deve essere contenuta nell'offerta, ove nel caso di specie è stata effettivamente inserita. Pertanto, la clausola del disciplinare di gara che prevede, a pena di esclusione, l'inserimento di detta indicazione nella dichiarazione di impegno, e quindi nella domanda di partecipazione, deve ritenersi

nulla per contrasto con l'art. 83, comma 8, del Codice.

In particolare, ha osservato il Collegio, sebbene l'indicazione delle parti di servizio da eseguirsi ad opera dei singoli operatori economici riuniti sia necessaria per consentire la verifica sull'idoneità di ciascun componente del R.T.I. a porre in essere la propria prestazione, tale dichiarazione va inserita nell'offerta. In tal senso si esprime la stessa stazione appaltante, laddove sottolinea che la dichiarazione in questione è essenziale, attenendo all'offerta e non alla documentazione amministrativa. Di modo che la stazione appaltante è incorsa in una contraddizione, prevedendo l'inserimento di detta indicazione nella domanda di partecipazione.

Tanto precisato, la omessa dichiarazione di impegno a costituire l'A.T.I. deve ritenersi sanabile mediante l'attivazione del soccorso istruttorio, nei termini appena chiariti, mentre l'indicazione delle parti della fornitura e del servizio di rispettivo appannaggio è stata correttamente inserita dalla ricorrente nell'offerta tecnica, così come previsto dal Codice.

In ragione delle suddette argomentazioni, il Collegio ha quindi accolto il ricorso, disponendo la riammissione dell'A.T.I. costituenda in gara.

Delibera dell'AGCM del 27 aprile 2021

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, anche solo "AGCM" o "Autorità") ha irrogato una sanzione di oltre 100 milioni di euro alle società Alphabet Inc. e Google LLC, quali società controllanti, nonché a Google Italy S.r.l., quale società controllata (di seguito, anche solo "Google") per avere posto in essere una pratica escludente contraria all'art. 102 TFUE nei confronti di sviluppatori di applicazioni per smartphone e device simili (di seguito, anche solo "device"), impedendogli di fatto di raggiungere una certa fetta di utenza.

Per comprendere la portata della condotta contestata è necessario considerare che Google non è solamente un web provider, in quanto fornisce vari servizi come Gmail, Google Wallet, Google Maps ed una serie di applicazioni che, nel loro insieme, costituiscono il sistema operativo dei device di Android.

Ebbene, passando al merito della condotta contestata, con delibera dell'8 maggio 2019, n. 27771, l'Autorità avviava il procedimento A529 accertando il rifiuto da parte di Google a concedere l'interoperabilità di determinate applicazioni volte al rilevamento delle postazioni di fornitura elettrica per le macchine ibride all'interno del sistema Android Auto, il quale, a sua volta, permette agli utenti di utilizzare il device durante la guida di un veicolo ed, in particolare, per consultare applicazioni utili alla contingenza del caso quali ad esempio le mappe.

Secondo l'AGCM, segnatamente, Google avrebbe posto in essere tale rifiuto al fine di favorire l'utilità della propria piattaforma di Google Maps la quale ha funzioni analoghe a quelle delle suddette applicazioni con riferimento all'individuazione fisica delle c.d. "colonnine elettriche". In altre parole, avrebbe abusato del potere di mercato

derivante dalla posizione dominante che detiene nel settore della programmazione dei software per device al fine di escludere concorrenti operativi nel mercato a valle della vendita di applicazioni digitali, più in particolare di quelle in astratto compatibili con il sistema Android Auto.

La posizione dominante di Google nel mercato di riferimento sarebbe confermata, secondo l'Autorità, dalle numerose integrazioni di natura verticale che la piattaforma di web service oramai detiene in ogni campo dell'industria tecnologica. Per tutti i produttori che fanno uso del sistema operativo Android, infatti, il collegamento ai servizi di Google è diventato imprescindibile, potendosi parlare di fatto di un'essential facility per l'accesso al mercato.

Secondo l'Autorità la suddetta condotta di Google avrebbe prodotto, per oltre due anni, effetti pregiudizievoli in termini di riduzione dell'offerta e dunque di restrizione delle possibilità di scelta degli utenti. Tale condotta sarebbe, inoltre, idonea a rendere permanenti tali effetti alterando definitivamente la struttura del mercato con conseguente dispersione degli investimenti in tecnologia effettuati da concorrenti con un modello di business alternativo a quello di Google. Tutto ciò, sempre secondo l'AGCM, rappresenterebbe un ostacolo all'innovazione nel settore dei servizi connessi alla mobilità elettrica, in una fase cruciale di avvio di quest'ultima, e potrebbe altresì influire sullo sviluppo di una rete di infrastrutture di ricarica delle auto elettriche adeguata alle esigenze della domanda, pregiudicando così una rapida diffusione dei veicoli elettrici ed una transizione verso una mobilità più sostenibile dal punto visto ambientale.

Corte di Cassazione, Sez. I Civile, ordinanza 16 aprile 2021, n. 10117

Massima

**Poiché, nel caso di apertura di credito,
il diritto di cui il somministrato**

acquisisce la titolarità con la conclusione del contratto non può considerarsi liquido ed esigibile fino a quando l'accreditato non abbia inteso utilizzare, in tutto in parte, la somma di cui ha acquistato il diritto di disporre, la compensazione di cui all'art. 1853 c.c., che deve avere ad oggetto il saldo passivo di un rapporto ed il saldo attivo di un altro rapporto con la medesima banca, non può aver luogo tra il saldo passivo di un conto corrente e la costituzione di una pari passività per apertura di credito in altro conto dello stesso cliente.

Caso di specie

Nell'ambito della vicenda sottoposta al vaglio degli Ermellini, un soggetto aveva proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso nei suoi confronti, su ricorso di una Banca, che intimava allo stesso *“il pagamento della somma di Euro 928.917,70, quale saldo di conto corrente”*. I Giudici di merito avevano accolto parzialmente l'opposizione e, pertanto, l'istante ricorre in cassazione evidenziando che, con l'operazione oggetto di contestazione, la Banca gli aveva accordato un finanziamento di Euro 800.000,00 e, a tal fine, aveva dovuto sottoscrivere un contratto di apertura di credito - assistito da ipoteca - pari allo scoperto di altri suoi conti correnti. A seguito della conclusione di tale contratto e della prestazione della garanzia richiesta, la Banca aveva trasferito, con tre giroconti dell'importo complessivo di Euro 799.000,00 e senza autorizzazione dell'istante, l'esposizione portata da altri conti correnti bancari sul conto corrente cui era appoggiata l'apertura di credito.

Motivi della decisione

Il ricorrente lamenta la compensazione, posta in essere dalla Banca, del saldo passivo dei propri conti correnti con la disponibilità derivante dalla nuova apertura di credito di cui si era reso beneficiario, compensazione ritenuta corretta dalla Corte d'Appello.

Sostiene il ricorrente che la compensazione di cui all'art. 1853 c.c. richiede che la stessa abbia luogo tra un saldo attivo e un saldo passivo.

Invece, l'apertura di credito bancario, anche se regolata in conto corrente, non genererebbe un saldo attivo ma un saldo nullo (ove la somma oggetto del finanziamento non sia utilizzata) o passivo (nel caso opposto).

Per la Cassazione il motivo è fondato.

L'apertura di credito è il contratto con cui la banca si obbliga a tenere a disposizione dell'altra parte una somma di denaro per un dato periodo di tempo o a tempo indeterminato (art. 1842 c.c.). In concreto, l'apertura di credito è diretta a conferire al cliente della banca la possibilità di disporre di somme non giacenti sul proprio conto corrente: con essa, dunque, la banca assume l'obbligo di eseguire operazioni di credito bancario passive.

Conseguentemente, il contratto di apertura di credito conferisce all'interessato non già una somma di denaro, ma una mera disponibilità finanziaria.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, "*(...) la proprietà della somma messa a disposizione resta all'istituto bancario fino a quando l'accreditato non faccia uso del concessogli diritto di disporre del credito*".

Ed ancora, "*(...) la semplice annotazione in conto corrente della somma messa a disposizione del cliente non concretizza quella tradizione simbolica, idonea e sufficiente a realizzare l'estremo della consegna*", tanto è vero che il rapporto obbligatorio in ragione del quale può l'accreditante dirsi creditore dell'accreditato sorge soltanto nel momento ed a causa del prelievo della somma messa a disposizione.

Ne discende, allora, che il diritto di cui il somministrato acquisisce la titolarità con la conclusione del contratto non possa qualificarsi come credito liquido ed esigibile.

In capo alla banca non si configura alcuna obbligazione, che sia determinata nell'ammontare e che possa dirsi scaduta, fino a quando l'accreditato non abbia manifestato la volontà di utilizzare, in tutto in parte, la somma di cui ha acquistato il diritto di disporre.

Ciò, come osservato in dottrina, ha delle precise ricadute sul piano degli effetti giuridici: l'illiquidità ed inesigibilità del credito impedisce che, a fronte della semplice conclusione del contratto, possa attuarsi alcuna compensazione tra detto credito e altro ipotetico credito vantato dalla banca nei confronti del proprio cliente.

Risulta in particolare preclusa l'operatività dell'art. 1853 c.c., norma che prevede una compensazione tecnica e legale.

Il tema della inattuabilità della compensazione ex art. 1853 c.c. in caso di apertura di credito è stato peraltro già valutato dagli Ermellini, i quali hanno avuto modo di precisare che "*(...) la disponibilità di denaro creata in favore dell'accreditato non comporta la costituzione di un credito pecuniario dello stesso verso la banca, ma soltanto la facoltà dell'uno di rendersi debitore dell'altra, se ed in quanto utilizzi la disponibilità medesima*".

In conclusione, quindi, la compensazione posta in essere dalla banca, che ha trasferito il debito pregresso del ricorrente sul conto assistito dall'apertura di credito - a garanzia della quale era stata prestata la garanzia ipotecaria - non poteva ritenersi consentita (fermo restando, ovviamente, il persistere della posizione debitoria maturata sui conti correnti accesi in precedenza).

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

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners

LEAP
—
NEWSLETTER
—