

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 21 GIUGNO 2021

SOMMARIO:

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

TAR Lazio, Sez. II, 18 maggio 2021, n. 5837

3

Antitrust & Regulatory

Procedimento istruttorio PS12009 avviato dall'AGCM

7

Diritto Civile e Processuale Civile

Corte di Cassazione, Sez. III Civ., 18 maggio 2021, n. 13533

9

Corte di Cassazione, Sez. III Civ., ordinanza 18 maggio 2021, n. 13556

11

TAR Lazio, Sez. II, 18 maggio 2021, n. 5837

Massima

La sospensione dell'obbligo di indicare in gara la terna dei subappaltatori ex art. 105, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, quale disposta dall'art. 1, comma 18, del DL 18 aprile 2019, n. 32, conv. con mod. in legge 14 giugno 2019, n. 55 (Decreto cd. "Sblocca Cantieri"), si applica anche alle procedure di gara bandite prima della entrata in vigore di tale ultima norma, in quanto costituisce soluzione ermeneutica conforme alla lettera e alla *ratio* degli artt. 18, paragrafo 1, e 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE. Conseguentemente viene meno, per mancanza del suo presupposto, non solo il detto obbligo di indicare la terna dei subappaltatori ma anche il potere della stazione appaltante di escludere dalla competizione il subappaltatore che risulti eventualmente privo, in corso di gara, dei requisiti generali richiesti ai fini della partecipazione.

Caso di specie

Una stazione appaltante ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro di servizi e forniture alla quale ha partecipato un operatore economico, indicando in tale sede una società consortile per azioni nell'ambito della terna dei propri subappaltatori.

Esaurita la fase di valutazione delle offerte, la stazione appaltante ha richiesto un aggiornamento delle dichiarazioni presentate in sede di gara dal detto concorrente, anche con riferimento ai subappaltatori indicati.

Da ciò è emerso che un consigliere delegato e legale rappresentante di una delle imprese consorziate del consorzio indicato quale subappaltatore è risultato, in più di una circostanza, destinatario di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti

per i reati di bancarotta fraudolenta e semplice (da parte prima del Giudice per le Indagini Preliminari e poi dal Giudice per l'Udienza Preliminare). Il consorzio ha così deliberato l'esclusione di tale consorziata dalla propria compagine, informando prontamente la stazione appaltante e confermando altresì il possesso dei requisiti generali di partecipazione in capo ai rimanenti soci del Consorzio.

A conclusione delle verifiche svolte al riguardo, la stazione appaltante ha invece rilevato che l'intervenuta condanna definitiva, tra l'altro, per il reato di cui all'art. 2621 c.c. rientra nelle previsioni ex art. 80, comma 1, del D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. (recante il Codice dei contratti pubblici) e, pertanto, la sussistenza di una causa di esclusione che opera automaticamente. Di modo che ha comunicato la decadenza dell'aggiudicazione definitiva non efficace in capo al concorrente aggiudicatario ed escludendolo dalla gara assieme al consorzio e alla sua consorziata.

Secondo quanto specificato dalla stazione appaltante, infatti, il consorzio stabile indicato in gara quale subappaltatore è stato escluso in quanto i motivi di esclusione previsti dall'art. 80, comma 1, del Codice si applicano - per l'appunto - anche al subappaltatore indicato in gara, a prescindere dalla tipologia di formazione sociale con cui partecipa alla procedura. Inoltre, ha evidenziato la medesima stazione appaltante, l'art. 1, comma 18, del DL n. 32/2019, conv. con mod. in legge 14 giugno 2019, n. 55 (Decreto cd. "Sblocca Cantieri") - volto a sospendere gli effetti della disposizione di cui all'art. 105, comma 6, del Codice per tutto il 2021 - non trova applicazione giacché la verifica della sussistenza dei requisiti in capo ai subappaltatori è comunque prevista in sede di esecuzione. Infine, mancano i presupposti per l'applicazione dell'art. 48, commi da 17 a 19^{ter}, del Codice, la cui operatività in sede di gara presuppone comunque una causa espulsiva essere "sopravvenuta" e "involontaria".

Ciò premesso, il consorzio stabile suddetto ha impugnato la propria esclusione innanzi al TAR Lazio per i seguenti motivi:

- i. il provvedimento di esclusione si fonda sull'applicazione di disposizioni sospese dal legislatore per tutto il 2021. Detta sospensione non è limitata all'obbligo dell'appaltatore di indicare la terna dei subappaltatori in sede di offerta, ma esonera anche le stazioni appaltanti dall'onere di verificare la sussistenza di cause di esclusione in capo ai subappaltatori già

indicati. Ciò implica l'irrilevanza, per tutta la fase di gara, di eventuali cause di esclusione in capo al subappaltatore indicato nella terna;

- ii. la disciplina prevista all'art. 48, commi 17 ss., del Codice consente al concorrente che partecipa in forma di consorzio ordinario di sostituire in fase di gara la propria consorziata priva dei requisiti di partecipazione. Attesa l'identità di *ratio*, essa si applica anche al subappalto;
- iii. non vi è disposizione del Codice che preveda esplicitamente una causa di esclusione in capo ad una consorziata. Difatti, secondo l'art. 80, comma 1, del Codice, le cause di esclusione previste per i partecipanti operano anche nei confronti dei rispettivi subappaltatori, eppure nel caso di specie non è il subappaltatore ad essere direttamente interessato dalla causa di esclusione, bensì la sua consorziata.

Motivi della decisione

Il Collegio ha chiarito che, diversamente dalla disciplina europea, l'art. 105, comma 6, del Codice prevede l'obbligatorietà dell'indicazione dei subappaltatori in sede di partecipazione alla gara, ponendosi pertanto in contrasto con gli obiettivi di apertura alla concorrenza del mercato comune. Ciò premesso, ha richiamato l'attenzione sulla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, e tutt'ora in corso, per *"mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici"*. In tale contesto, la disposizione dell'art. 1, comma 18, del DL n. 32/2019 conv. con mod. in legge 14 giugno 2019, n. 55 (Decreto cd. "Sblocca Cantieri") costituisce la risposta provvisoria dello Stato italiano a detta procedura di infrazione. Pertanto, essa dovrebbe trovare immediata applicazione anche alle gare in corso al momento della sua entrata in vigore. Eppure, il TAR Lazio ha rilevato che dal testo della norma non emerge se la stessa debba applicarsi anche con riferimento alle gare bandite prima della sua entrata in vigore, sebbene limitatamente alla fase di verifica in corso di gara dei requisiti generali in capo alla terna dei subappaltatori; sicché detto margine di incertezza permane anche in capo alle corti nazionali.

Ad avviso del Tribunale predetto, al fine di individuare una soluzione è dunque necessario

considerare il canone ermeneutico rappresentato dall'obbligo di interpretazione conforme.

Di conseguenza, il giudice nazionale deve astenersi dall'interpretare e applicare il diritto interno in modo tale da pregiudicare l'esito del procedimento di infrazione ancora in corso, pena la violazione del principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4, paragrafo 3, TUE. Detto obbligo di astensione comporta che il giudice interno non può attribuire alla disciplina sul subappalto la portata di obbligare il concorrente alla preventiva indicazione di una terna di subappaltatori in sede di partecipazione.

In conclusione, il dubbio esegetico innanzi esposto va risolto nel senso dell'applicabilità dell'art. 1, comma 18, del citato DL n. 32/2019 anche alle gare bandite in data antecedente alla sua entrata in vigore. Ne consegue che non trovano applicazione le disposizioni di cui agli artt. 80, commi 1 e 5, e 105, comma 6, del Codice in ordine alla verifica del possesso dei requisiti generali di partecipazione in capo al subappaltatore nel corso della fase antecedente all'esecuzione del contratto. Solo in tale ultima fase, allorquando l'aggiudicatario comunicherà di volersi in concreto avvalere del subappalto, la stazione appaltante sarà tenuta a procedere alla verifica dei requisiti generali in capo ai subappaltatori.

Per quanto sopra, il TAR Lazio ha quindi accolto il ricorso sulla base del primo motivo, ritenendo per l'effetto assorbiti gli altri motivi di ricorso.

Procedimento istruttorio PS12009 avviato dall'AGCM

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) prosegue l'attività di contrasto a forme di pubblicità occulta sui social media, con l'avvio di un nuovo procedimento istruttorio nei confronti di un produttore di sigarette elettroniche, nonché di una serie di c.d. "influencer" con i quali tale società aveva stretto una collaborazione per sponsorizzare il proprio prodotto all'interno delle principali piattaforme *social*.

La pubblicità occulta è una forma di pubblicità ingannevole e, come tale, vietata dal nostro ordinamento giuridico. Più in particolare, questo tipo di comunicazioni commerciali avvengono in modo non segnalato ed in un contesto atipico rispetto alle tradizionali inserzioni promozionali ma comunque idonee a deviare la scelta del consumatore verso il prodotto oggetto di promozione senza una reale consapevolezza.

Nel caso di specie, l'Autorità contesta la diffusione sul profilo Instagram dei suddetti influencer, legati da un rapporto commerciale con il suddetto professionista, di *post* contenenti l'invito ai follower a pubblicare contenuti con tag e hashtag collegati alla campagna pubblicitaria del prodotto commercializzato dalla società.

Secondo l'AGCM, la condotta degli influencer sarebbe volta a moltiplicare su Instagram i post che rinviano al marchio, in modo da promuovere la visibilità del prodotto, coerentemente al rapporto commerciale che lega gli influencer al titolare del marchio. Tuttavia, l'effetto pubblicitario ottenuto dai professionisti non sarebbe riconoscibile nella sua natura commerciale perché non sarebbero presenti avvertenze grafiche o testuali che consentano di identificarne la finalità promozionale.

L'intervento si inserisce nell'ambito di un filone di indagine che, seguendo le evoluzioni delle

tecniche di marketing adottate sui social media, punta a colpire le comunicazioni apparentemente neutrali e disinteressate ma in realtà strumentali a promuovere un prodotto e, come tali, in grado di influenzare le scelte del consumatore.

L'Autorità ha più volte ricordato, infatti, che la pubblicità deve essere chiaramente riconoscibile ed ha stabilito che il divieto generale di pubblicità occulta ha portata generale e deve perciò essere applicato anche alle comunicazioni diffuse dagli influencer tramite social network.

A seguito delle indagini conoscitive delegate alla Guardia di Finanza, l'AGCM ha avviato l'istruttoria nei confronti dei suddetti professionisti e provvederà a concludere il procedimento entro il termine indicato nell'atto notificato alle parti interessate.

DIRITTO CIVILE E
PROCESSUALE CIVILE

Corte di Cassazione, Sez. III Civ., 18 maggio 2021, n. 13533

Massima

Nei giudizi di opposizione esecutiva relativi ad una espropriazione presso terzi ai sensi degli artt. 543 ss. c.p.c., il terzo pignorato è sempre litisconsorte necessario.

Caso di specie

Una società araba veniva condannata al pagamento di oltre 4 milioni di Euro a favore del Fallimento di una società italiana.

La condanna scaturiva da un lodo emesso dalla Corte Internazionale Arbitrale della Camera Internazionale di Commercio di Londra.

La Corte d'Appello di Roma, con decreto, rendeva esecutivo il lodo e autorizzava il Fallimento alla notifica tramite corriere internazionale (art. 151 c.p.c.).

Dopo la notifica, il Fallimento procedeva con il precetto e con il pignoramento presso terzi, individuando come terzo pignorato l'Agenzia delle Entrate.

Il Giudice dell'esecuzione assegnava al creditore la somma richiesta.

Il debitore esecutato proponeva opposizione, sia all'esecuzione che agli atti esecutivi, avverso l'ordinanza di assegnazione delle somme.

La società araba deduceva di non aver ricevuto la notifica e contestava la giurisdizione del Giudice italiano.

Il Tribunale rigettava l'opposizione, ritenendo perfezionata la notifica, inoltre, l'eccezione sul difetto di giurisdizione veniva considerata tardiva, giacché avvenuta decorsi i 20 giorni previsti per l'opposizione agli atti esecutivi (art. 617 c.p.c.). Si arriva così in Cassazione.

Motivi della decisione

La Corte di Cassazione afferma che il processo di merito risulta inficiato da una nullità processuale rilevabile d'ufficio.

Difatti, la non integrità originaria del contraddittorio è rilevabile d'ufficio anche in sede di legittimità e determina la cassazione con rinvio, ai sensi dell'art. 383, comma 3, c.p.c. e dell'art. 354 c.p.c., al Giudice di primo grado o, come nella fattispecie in esame, di unico grado di merito, per provvedere all'integrazione del contraddittorio (Cass. n. 2786/1963, Cass. n. 1004/1967, Cass. n. 1505/1973, Cass. n. 6333/1999, Cass. n. 9645/2000, Cass. n. 23572/2013, Cass. n. 4763/2019).

Nel caso di specie, al procedimento di opposizione all'esecuzione, non ha partecipato il terzo pignorato (ossia l'Agenzia delle Entrate).

Gli Ermellini affermano che il terzo *debitor debitoris* sia un litisconsorte necessario sia nell'opposizione all'esecuzione che nell'opposizione agli atti esecutivi.

Invero, l'orientamento della giurisprudenza non è sempre stato in tal senso, ma la sentenza in commento ritiene che debba essere rimeditato.

Infatti, la qualità di litisconsorte necessario deriva da tre ordini di ragioni: di sistema, di semplicità e di coerenza.

Corte di Cassazione, Sez. III Civ., ordinanza 18 maggio 2021, n. 13556

Caso di specie

La vicenda sottoposta al vaglio degli Ermellini prende le mosse dall'impugnazione, da parte di un'Azienda Sanitaria, della sentenza con la quale veniva dichiarato inammissibile, previo mutamento del rito, l'opposizione avverso il decreto ingiuntivo emesso in favore di una società immobiliare per il pagamento di una somma di denaro a titolo di indennità di occupazione e di rimborso quote condominiali relative alla locazione di un immobile.

L'opposizione a decreto ingiuntivo veniva dichiarata inammissibile in quanto proposto oltre il termine di 40 giorni di cui all'art. 641 c.p.c.

L'Azienda Sanitaria nel proporre appello denunciava la violazione da parte del Giudice di prime cure dell'art. 4 D.Lgs. n.150/2011, il quale, nel caso di mutamento di rito, prevede che vengano fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali secondo le norme del rito seguito prima del mutamento.

La Corte d'Appello ha ritenuto fondata tale censura, sostenendo che l'art. 4 del D.Lgs. n.150/2011 avrebbe dovuto trovare applicazione nel caso di specie, sussistendone tutti i presupposti.

La Corte territoriale prosegue affermando che l'accoglimento del gravame non ha alcun riflesso favorevole sull'Azienda Sanitaria appellante.

Quest'ultima infatti non ha prospettato alcuna questione di merito e non ha richiesto l'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo originariamente proposta.

Pertanto, secondo la Corte di Appello, si è determinata la decadenza di cui all'art. 346 c.p.c. Viene quindi proposto ricorso innanzi alla Corte di Cassazione.

L'Azienda Sanitaria ha affermato che il Giudice dell'appello avrebbe errato nel ritenere come rinunciati e non riproposti, ex art. 346 c.p.c. le domande e le eccezioni proposte con l'originaria opposizione a decreto ingiuntivo; la società immobiliare resistente invece propone ricorso incidentale, contestando il fatto che la Corte d'appello avesse ritenuto applicabile al caso di specie l'art. 4 D.Lgs. n. 150/2011 sussistendone i presupposti.

Motivi della decisione

La Corte d'Appello ha affermato in sentenza che l'appellante si era limitata a chiedere genericamente la riforma della sentenza di primo grado, senza prospettare alcuna questione di merito e senza chiedere l'accoglimento dell'opposizione a decreto ingiuntivo proposta, così incorrendo nella decadenza prevista dall'art. 346 c.p.c., il quale prevede espressamente che le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado e non riproposte in appello si intendono rinunciare.

La Terza Sezione della Suprema Corte ha smentito tale assunto, in quanto il principio generale di conservazione degli atti, la esplicitazione dei fatti in primo grado, la censura espressa presso la Corte di Appello alla sentenza di primo grado erano già di per sé idonee ad investire il Giudice del gravame della domanda di annullamento della decisione di primo grado, senza che fosse necessario riproporre *ex novo* le domande.

In tema di appello, la regola per cui le domande e le eccezioni non esaminate perché ritenute assorbite devono comunque essere riproposte ai sensi dell'art. 346 c.p.c. non trova applicazione in caso di impugnazione della decisione che ha giudicato inammissibile l'atto introduttivo di primo grado, la quale costituisce comunque manifestazione di volontà di proseguire nel giudizio, con implicita riproposizione della domanda principale, specialmente quando tale volontà sia anche chiaramente espressa con l'esplicito rinvio, nelle conclusioni dei motivi di appello, all'atto introduttivo, non avendo altrimenti alcuna valida e concreta ragione la sola impugnativa della questione preliminare di rito (Cass. Civ., ordinanza 2 agosto 2017, n. 19216; Cass. Civ., 9 giugno 2010, n. 13855, Cass. Civ., 1 luglio 2004, n. 12092, Cass. Civ., 18 maggio 2017, n. 12468).

La società immobiliare resistente proponeva ricorso incidentale in merito al richiamo operato dall'Azienda Sanitaria alla normativa di cui all'art. 4 del D.Lgs n. 150/2011 in quanto non sarebbe applicabile al caso in esame.

La norma citata infatti recita esplicitamente "*quando una controversia viene promossa*", viceversa l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo non potrebbe considerarsi atto con il quale viene promossa una controversia bensì atto con cui si dà impulso alla seconda fase di un procedimento introdotto dalla parte opposta, convenuta in senso

formale, dovendosi qualificare la fase di opposizione quale prosecuzione o continuazione orizzontale del processo monitorio già pendente ed iniziato con il ricorso del creditore (Cass. n. 6531/1993, Cass. n. 1552/1995, Cass. n. 3316/1998, Cass. n. 335/1987, Cass. n. 3258/1991, Cass. n. 13252/2006).

La giurisprudenza di legittimità ritiene infatti che l'opposizione a decreto ingiuntivo non introduce un giudizio autonomo e neppure un grado autonomo, costituendo solo una fase del giudizio già pendente a seguito del ricorso del creditore che si svolge secondo le norme del procedimento (Cass. SS.UU., 7 luglio 1993).

Il Codice di Procedura Civile stabilisce che l'opposizione a decreto ingiuntivo va proposta con atto di citazione salvo l'utilizzazione del ricorso quando questo sia richiesto dal rito applicabile all'opposizione.

Qualora l'opposizione a decreto ingiuntivo sia proposta per errore con citazione, essa può impedire che il decreto ingiuntivo diventi definitivo solo se depositata in cancelleria nel termine di cui all'art. 641 c.p.c.

Nel caso in esame il giudizio era sottoposto al rito del lavoro ai sensi dell'art. 447 bis c.p.c., avendo ad oggetto crediti derivanti da locazione.

L'Azienda Sanitaria proponeva erroneamente l'opposizione a decreto ingiuntivo con atto di citazione che veniva depositato in cancelleria oltre i termini di cui all'art. 641 c.p.c., pertanto il giudice di primo grado dichiarò inammissibile l'opposizione

Ai sensi dell'art. 645 c.p.c. l'opposizione si propone innanzi al Giudice davanti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il giudice che ha emesso il decreto e si tratta, almeno in linea di principio di una competenza che non tollera deroghe, neppure in caso di incompetenza del giudice che ha pronunciato il decreto.

Con sentenza 18 luglio 2001, n. 9769, le Sezioni Unite hanno ribadito quanto già espresso con le sentenze n. 10984/1992 e n. 10985/1992, le quali hanno affermato che la competenza per l'opposizione a decreto ingiuntivo, attribuita dall'art. 645 c.p.c. all'ufficio che ha emesso il decreto, ha carattere funzionale ed inderogabile, stante l'assimilabilità del giudizio di opposizione a quello di impugnazione.

Le Sezioni Unite hanno sancito il principio secondo cui questo innegabile profilo di impugnazione non fa assurgere l'opposizione ad ingiunzione al rango di un processo di impugnazione in senso proprio, per

cui l'opposizione non potrà considerarsi un giudizio d'appello, di competenza del collegio.

L'opposizione va proposta davanti al Giudice unico o monocratico.

In relazione a tale specificazione, nulla è stato puntualizzato dalla sentenza del 2001, le Sezioni Unite si sono limitate a ribadire l'assimilabilità del giudizio di opposizione a quello di impugnazione, senza ulteriori precisazioni.

Il ricorrente incidentale ha posto tuttavia l'attenzione sulla questione della qualificazione dell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo quale impugnazione o quale giudizio ordinario di cognizione, su tale tema la giurisprudenza non del tutto univoca.

Nello specifico, all'orientamento che configura tale atto come atto introduttivo non di un giudizio autonomo e neppure di un grado autonomo ma semplicemente di una fase, eventuale, del giudizio già pendente, e pertanto che riconduce il procedimento nell'alveo del processo ordinario di cognizione, si contrappongono altri orientamenti, anche dottrinali, che ravvisano nell'opposizione un atto introduttivo di un autonomo giudizio o addirittura un'impugnazione di primo grado.

Pertanto non manca chi rileva la struttura di impugnazione *tout court* dell'opposizione, ovvero, l'assimilabilità del giudizio di opposizione a quello dell'impugnazione, come ritenuto dalle Sezioni Unite nelle già citate sentenze.

La Terza Sezione Civile della Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 13556 depositata il 18 maggio 2021, ha dunque rimesso pertanto gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite formulando il seguente quesito:

"L'opposizione a decreto ingiuntivo concesso in materia di controversie locative, come tale soggetta al rito speciale di cui all'art. 447-bis c.p.c., che sia erroneamente proposta con citazione, deve ritenersi tempestiva, se entro il termine di cui all'art. 641 c.p.c. avvenga l'iscrizione a ruolo mediante deposito in cancelleria dell'atto di citazione, non potendo trovare applicazione il D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 4 il quale concerne i giudizi di primo grado erroneamente introdotti in forme diverse da quelle prescritte da tale decreto legislativo e non anche i procedimenti di natura impugnatoria, come l'opposizione a decreto ingiuntivo".

LEAP

NEWSLETTER

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

© Copyright 2020 | Lipani Catricalà & Partners