

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 9 LUGLIO 2021

SOMMARIO:

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

TAR Lazio, Sez. I, 2 luglio 2021, n. 7844

3

Antitrust & Regulatory

Provvedimento AGCM 13 aprile 2021 n. 2969

7

Diritto Civile e Processuale Civile

Corte di Giustizia Europea, Sez. I, 10 giugno 2021

8

TAR Lazio, Sez. I, 2 luglio 2021, n. 7844

Massima

Alla luce del più recente orientamento giurisprudenziale in materia, il principio di immodificabilità soggettiva di cui all'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti pubblici osta alla sostituzione della mandante di un RTI con altro operatore economico "esterno" allo stesso raggruppamento, in quanto preclude, con le dovute eccezioni, le modifiche alla composizione dei raggruppamenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

e deroghe previste ai successivi commi 17, 18, 19 e 19-ter dell'art. 48 del Codice costituiscono infatti eccezioni, di stretta interpretazione, al principio di immutabilità soggettiva, di talché le uniche modifiche consentite sono da considerarsi quelle che prevedono una riorganizzazione meramente interna allo stesso raggruppamento.

Caso di specie

Una stazione appaltante indiceva una procedura aperta per l'affidamento di un accordo quadro di lavori di manutenzione straordinaria, suddivisa in più lotti, ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. Solamente due concorrenti - l'ATI odierna ricorrente e il raggruppamento controinteressato - presentavano offerta per il lotto poi oggetto della controversia. Il raggruppamento controinteressato, in particolare, dichiarava in sede di offerta il possesso della categoria SOA OG3 da parte di tutte le componenti del RTI.

Successivamente, a seguito dell'affitto di ramo d'azienda operato da una delle imprese mandanti in favore di una impresa terza - affitto che involgeva i requisiti di qualificazione spesi da siffatta mandante ai fini della gara in questione - il RTI comunicava il subentro della detta impresa terza in

sostituzione della mandante originaria cedente; per l'effetto, siffatta mandante cedente perdeva la suddetta attestazione SOA OG3.

La stazione appaltante attivava così il soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, richiedendo la documentazione volta a provare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo alla nuova mandante e a tutto il raggruppamento. Ottenuta tale documentazione, la stazione appaltante medesima ammetteva il raggruppamento alla procedura e aggiudicava infine il lotto in parola in suo favore.

Un altro raggruppamento concorrente impugnava allora, innanzi al TAR Lazio, la suddetta aggiudicazione, deducendo, tra l'altro, l'illegittimo subentro della nuova mandante nel ramo d'azienda non comprensivo della partecipazione alla gara, dunque, la mancata esclusione del relativo raggruppamento per perdita dell'attestazione SOA in capo alla mandante cedente.

Motivi della decisione

Nell'accogliere il ricorso, il Tar Lazio ha dapprima ricostruito il quadro normativo di riferimento alla luce dei recenti sviluppi giurisprudenziali, muovendo dal principio di immodificabilità del raggruppamento rispetto alla composizione soggettiva risultante in sede di offerta di cui all'art. 48, comma 9, del Codice dei contratti pubblici. In proposito ha ricordato che, in deroga a detto principio, i successivi commi 17 e 18 consentono la modifica della composizione in conseguenza di un evento che interessi uno dei membri del RTI, mandatario (comma 17) o mandante (comma 18), e determini in capo ad esso:

- (i) la perdita della capacità di contrarre con la Pubblica amministrazione;
- (ii) la perdita dei requisiti di cui all'art. 80 del Codice;
- (iii) uno dei casi previsti dalla normativa antimafia.

In particolare, qualora uno dei suindicati eventi interessi il mandante di un raggruppamento, il comma 18 obbliga il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ad eseguire la prestazione, direttamente o per mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori, servizi o forniture ancora da eseguire.

Ora, secondo i Giudici romani, la *ratio* di tale deroga è data dall'esigenza di assicurare

l'esecuzione del contratto, garantendo la partecipazione degli altri operatori costituitisi in raggruppamento ed evitando che la patologia che ha colpito uno degli operatori si estenda anche agli altri. Le menzionate deroghe - come quella di cui al comma 19, riferita all'ipotesi di riduzione del Raggruppamento per esigenze organizzative - sono state poi estese dal comma 19-ter anche alle modifiche soggettive in corso di gara.

Ciò premesso, il Collegio ha dato atto dell'orientamento giurisprudenziale più restrittivo espresso da ultimo con la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 833 e consolidato con la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 27 maggio 2021, n. 10, precisando quanto segue.

In linea di principio, deve ritenersi preclusa qualsiasi modificazione dei raggruppamenti temporanei che hanno partecipato a una gara pubblica, in quanto la modifica determinerebbe, almeno in parte, la modifica dello stesso soggetto che vi partecipa. L'estensione delle deroghe al principio di immutabilità soggettiva del raggruppamento anche alle ipotesi verificatesi "in fase di gara" ha natura eccezionale e, pertanto, deve essere oggetto di stretta interpretazione, non ricomprendendo i casi di perdita dei requisiti di cui all'art. 80, comma 6, del Codice.

Conformemente al richiamato orientamento, si è espressa anche la citata Adunanza Plenaria n. 10/2021, affermando i seguenti principi:

- a) *"l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella formulazione attuale, consente la sostituzione meramente interna del mandatario o del mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese con un altro soggetto del raggruppamento stesso in possesso dei requisiti, nella fase di gara, e solo nelle ipotesi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo o di liquidazione o, qualora si tratti di imprenditore individuale, di morte, interdizione, inabilitazione o anche liquidazione giudiziale o, più in generale, per esigenze riorganizzative dello stesso raggruppamento temporaneo di imprese, a meno che - per questa ultima ipotesi e in coerenza con quanto prevede, parallelamente, il comma 19 per il recesso di una o più imprese raggruppate - queste esigenze non siano finalizzate ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara;*
- b) *l'evento che conduce alla sostituzione meramente interna, ammessa nei limiti anzidetti, deve*

essere portato dal raggruppamento a conoscenza della stazione appaltante, laddove questa non ne abbia già avuto o acquisito notizia, per consentirle, secondo un principio di c.d. sostituibilità proceduralizzata a tutela della trasparenza e della concorrenza, di assegnare al raggruppamento un congruo termine per la riorganizzazione del proprio assetto interno tale da poter riprendere correttamente, e rapidamente, la propria partecipazione alla gara o la prosecuzione del rapporto contrattuale”.

Alla luce dei riportati principi, con la pronuncia in commento il TAR Lazio ha dunque concluso che, nel caso di specie, la stazione appaltante avrebbe dovuto autorizzare la sostituzione della mandante cedente il ramo di azienda esclusivamente con altra impresa interna, ovvero consentire al raggruppamento di operare in composizione ridotta, assegnando all'ATI un congruo termine per procedere alla riorganizzazione del proprio assetto interno, ma non anche acconsentire alla sostituzione esterna con la nuova mandante.

Per l'effetto, il Collegio medesimo ha accolto il ricorso e annullato gli atti di gara a partire dall'autorizzazione al subentro della nuova mandante.

Provvedimento AGCM 13 aprile 2021 n. 2969 – Sui recenti abusi da parte di titolari di diritti di privativa industriale

Ai sensi dell'art. 14 della Legge n. 287/1990, con Provvedimento n. 2969 del 13 aprile 2021, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) ha deliberato l'avvio del procedimento A538, nei confronti di Roxtec AB e Roxtec Italia S.r.l. per accertare l'esistenza di eventuali violazioni dell'art. 102 TFUE.

Il provvedimento è stato adottato a seguito della segnalazione proveniente da parte di WallMax S.r.l., la quale ha lamentato presunte condotte distorsive della concorrenza poste in essere da Roxtec volte ad impedire ad operatori concorrenti la produzione e commercializzazione di moduli passacavo multi-diametro basati sulla tecnologia di cui al brevetto EP n. 0429916B1, ottenuto dalla stessa Roxtec nel 1990 e scaduto nel 2010.

Secondo quanto ipotizzato in sede di avvio, Roxtec starebbe utilizzando strumentalmente procedure amministrative e giudiziarie di per sé legittime, realizzando un'articolata strategia escludente, al fine di prorogare la naturale scadenza della protezione brevettuale ottenuta per i moduli passacavo e mantenere inalterata la posizione di monopolio acquisita in vigenza del brevetto.

Il procedimento dovrà concludersi entro il 30 aprile 2022, salvo eventuali proroghe da parte dell'Autorità

Di seguito, si allega il testo integrale del Provvedimento in versione accessibile:

[Avvio istruttoria A538.pdf](#)

Corte di Giustizia Europea, Sez. I, 10 giugno 2021

Massima

La nozione di «prodotto difettoso» - di cui alla Direttiva n. 85/374 - non comprende la copia di un giornale stampato che, in un suo articolo, fornisca un consiglio sanitario errato.

Un articolo non può far sorgere la responsabilità oggettiva dell'editore o della tipografia del giornale, ai sensi della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difetto.

Infatti, *“il consiglio inesatto non si riferisce al giornale stampato che costituisce il suo supporto”*.

Caso di specie

Una cittadina austriaca evocava in giudizio una società editrice al fine di ottenere il risarcimento del danno.

La donna aveva seguito i consigli (inesatti) sulla salute, pubblicati sul giornale, e aveva riportato delle lesioni personali.

In particolare, l'articolo riguardava l'applicazione del rafano grattugiato per lenire i dolori reumatici. Il tempo di applicazione della mistura era indicato dalle tre alle cinque ore; per un refuso, si parlava di “ore” e non di minuti”.

La lettrice, seguendo le indicazioni, aveva applicato l'impacco sul piede per tre ore e aveva subito una reazione tossica della pelle.

La donna chiedeva, quindi, circa Euro 4.000,00 a titolo di risarcimento oltre alla declaratoria di responsabilità della casa editrice.

La domanda veniva rigettata in primo e secondo grado, mentre la Cassazione sollevava un rinvio

pregiudiziale in merito all'interpretazione della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotto difettoso (art. 2 Direttiva 85/374/CEE come modificata dalla Direttiva 1999/34/CE).

In concreto, il Giudice *a quo* si è chiesto se un editore o il proprietario di un giornale possa essere ritenuto responsabile, ai sensi della Direttiva 85/374, per le conseguenze dannose derivanti da informazioni inesatte contenute in un articolo di cui abbia autorizzato la pubblicazione.

Motivi della decisione

Viene in rilievo, nel caso di specie, la Direttiva 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, così come modificata dalla Direttiva 1999/34. In particolare, si fa riferimento ai seguenti articoli:

- il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto (art. 1);
- per «prodotto» si intende ogni bene mobile, ad eccezione dei prodotti agricoli naturali e dei prodotti della caccia, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile. Per «prodotti agricoli naturali» si intendono i prodotti del suolo, dell'allevamento e della pesca, ad esclusione dei prodotti che hanno subito una prima trasformazione. Per «prodotto» si intende anche l'elettricità (art. 2);
- il termine «produttore» designa il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso (art. 3 comma 1);
- un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze, tra cui a) la presentazione del prodotto, b) l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato, c) il momento della messa in circolazione del prodotto (art. 6 comma 1).

Il Giudice *a quo* osserva come la dottrina circoscriva molto l'applicazione della responsabilità per danno da prodotto difettoso nel caso dei mezzi di informazione.

Tale disciplina si ritiene applicabile in ipotesi limite, come la copertina tossica di un libro o l'inchiostro tossico.

La responsabilità è quindi circoscritta alla pericolosità della cosa e viene escluso il danno derivante da un'opera di consulenza.

L'attività intellettuale, infatti, non può essere qualificata alla stregua di un prodotto (ex art. 2 della Direttiva 85/374).

Diversamente opinando, si potrebbe far rientrare nella nozione di "prodotto" qualsiasi formulazione scritta di una qualsivoglia idea.

Secondo il Giudice del rinvio, le informazioni vanno escluse dalla sfera applicativa della direttiva, atteso che non sono riconducibili ad essa per il solo fatto di essere inserite su un supporto fisico (come il giornale).

Nondimeno, una parte della dottrina estende la portata della responsabilità in parola, comprendendovi le ipotesi in cui il danno derivi da una prestazione intellettuale viziata.

Quindi, la questione sottoposta al Giudice europeo è la seguente, ovvero se la direttiva (art. 2, art. 1 e art. 6) debba essere interpretata nel senso che sia da considerarsi come prodotto difettoso la copia fisica di un quotidiano contenente suggerimenti sanitari tecnicamente inesatti la cui applicazione sia idonea a cagionare danni alla salute.

La Corte di Giustizia UE ritiene che nella nozione di prodotto - contenuta nella direttiva - non possa essere ricompresa quella di servizio.

Tale interpretazione avviene alla luce della definizione contenuta nell'art. 2 e di quanto previsto nel terzo considerando, a mente del quale "*[...] la responsabilità si applica solo ai beni mobili che sono oggetto di una produzione industriale [...]*".

I servizi non ricadono nell'ambito di applicazione della direttiva. La questione sottoposta al vaglio, però, consiste nello stabilire se un consiglio sanitario - che costituisce un servizio - incorporato in un bene mobile materiale, come un giornale stampato, possa conferire il carattere di prodotto difettoso al giornale stesso.

La direttiva definisce come difettoso (art. 6) il prodotto che non offra la sicurezza che ci si può legittimamente attendere.

Tale sicurezza va valutata tenendo conto:

- della destinazione,
- delle caratteristiche,
- delle proprietà oggettive del prodotto,
- nonché delle peculiarità del gruppo di utenti cui è esso destinato.

Inoltre, la difettosità di un prodotto è determinata sulla base di alcuni "elementi intrinseci al prodotto stesso e che riguardano, in particolare, la

sua presentazione, il suo utilizzo e il momento in cui è stato messo in circolazione”.

Nel caso di specie, il consiglio inesatto - che, si ribadisce, è un servizio - non riguarda il giornale stampato. Il servizio non attiene alla presentazione o all'uso del giornale e, quindi, non rappresenta uno degli elementi intrinseci al giornale stampato, che consentono di valutare se quel prodotto sia difettoso.

La Corte di Giustizia rileva come il legislatore europeo abbia intenzionalmente limitato la portata della direttiva de qua ai soli prodotti.

Infatti, la responsabilità dei prestatori di servizi e la responsabilità dei fabbricanti di prodotti finiti rappresentano due forme distinte di responsabilità.

L'attività dei prestatori di servizi diverge da quella dei produttori, degli importatori e dei fornitori (sentenza 21 dicembre 2011, Dutruex, C-495/10).

Da ciò discende che “(...) *un consiglio inesatto sulla salute pubblicato in un giornale stampato riguardante l'uso di un altro bene materiale esula dalla sfera di applicazione della direttiva 85/374 e non è idoneo a rendere il giornale stesso difettoso facendo così sorgere, sulla base della direttiva medesima, la responsabilità oggettiva del «produttore», sia esso l'editore o il tipografo del giornale o l'autore dell'articolo*”.

Diversamente opinando, se si facessero ricadere anche i servizi nel regime della Direttiva 85/374, si giungerebbe a due conseguenze:

- negare la distinzione tra prodotti e servizi (in contrasto con la volontà del legislatore europeo);
- rendere gli editori di giornali responsabili senza colpa, senza possibilità - o con una possibilità circoscritta - di liberarsi da tale responsabilità.

Se così fosse, verrebbe disatteso l'obiettivo di garantire un'equa ripartizione dei rischi tra la vittima e il produttore (7° considerando).

Per completezza, si rileva che, pur non potendosi applicare la Direttiva 85/374, si può ricorrere ad altri regimi di responsabilità contrattuale o extracontrattuale basati su elementi diversi, quale la garanzia per vizi occulti o la colpa (sentenza 25 aprile 2002, González Sánchez, C-183/00).

In conclusione, secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea:

“l'articolo 2 della direttiva 85/374, letto alla luce dell'articolo 1 e dell'articolo 6 della direttiva medesima, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «prodotto difettoso» non

comprende, ai sensi di tali disposizioni, la copia di un giornale stampato che, in un suo articolo relativo ad argomento paramedico, fornisca un consiglio sanitario errato sull'uso di una pianta, consiglio dalla cui applicazione sia derivato un danno alla salute di un lettore del giornale stesso".

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