

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL **21 giugno 2022**

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo

3

Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4715

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2022, n. 4831

Diritto civile e processuale civile

10

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 6 dicembre 2021, n. 38596

Consiglio di Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4715

Massima

È conforme al principio dell'obbligo di possesso continuativo dei requisiti di partecipazione in capo all'offerente, e dunque deve ritenersi perfezionatosi in un momento antecedente allo scadere del termine per la presentazione delle offerte, il contratto di avalimento che riporti la sola sottoscrizione dell'impresa ausiliata, qualora l'impresa ausiliaria abbia, entro il predetto termine, sottoscritto una dichiarazione di impegno, nei confronti della stazione appaltante e dell'ausiliata, a mettere a disposizione il proprio requisito oggetto di avalimento.

Caso di specie

Una Centrale Unica di Committenza indicava una procedura di gara per l'affidamento del contratto di appalto integrato avente a oggetto i lavori di demolizione e ricostruzione di una scuola media. Presentava domanda di partecipazione un RTI, il quale dichiarava di volersi avvalere di un'impresa ausiliaria per il soddisfacimento del requisito di partecipazione inerente all'attestazione SOA richiesto dalla *lex specialis* di gara.

Il RTI allegava al DGUE una dichiarazione, sottoscritta dall'impresa ausiliaria, di impegno, nei confronti della stazione appaltante e del RTI stesso, a mettere a disposizione, per tutta la durata del contratto, il requisito dell'attestazione SOA, senza tuttavia allegare il contratto di avalimento stipulato tra ausiliaria e ausiliata. Tale omissione veniva rilevata dalla Centrale Unica di Committenza, la quale ammetteva il RTI all'istituto del soccorso istruttorio, chiedendo la

trasmissione del contratto di avvalimento, specificando che quest'ultimo avrebbe dovuto risultare preesistente e comprovabile con documenti di data certa e anteriore al termine di presentazione delle offerte.

Il RTI trasmetteva alla stazione appaltante un contratto di avvalimento sottoscritto, dal RTI ausiliato, in data antecedente al termine per la presentazione delle offerte, e, dall'impresa ausiliaria, in data successiva al predetto termine. La Centrale Unica di Committenza, valutato positivamente il documento prodotto, aggiudicava la procedura di gara al RTI.

L'impresa seconda graduata contestava, mediante ricorso al TAR competente, la decisione della stazione appaltante di ritenere che il contratto di avvalimento fosse stato validamente sottoscritto prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, e, conseguentemente, impugnava l'aggiudicazione dell'appalto disposta in favore del RTI.

Il TAR, richiamato il principio secondo cui il possesso dei requisiti di partecipazione deve sussistere, in capo all'operatore economico, senza soluzione di continuità dalla scadenza del termine per la presentazione delle offerte e sino al provvedimento di aggiudicazione, accoglieva il ricorso della seconda graduata sulla base del rilievo per cui il contratto di avvalimento era stato sottoscritto, dall'impresa ausiliaria, in un momento successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Il TAR precisava, inoltre, che non sarebbe stato possibile dimostrare il possesso del requisito richiesto neppure sulla base della dichiarazione, sottoscritta dall'impresa ausiliaria in un momento antecedente al termine per la presentazione delle offerte, di impegno nei confronti dell'ausiliata e della stazione appaltante a mettere a disposizione il proprio requisito, in quanto detta dichiarazione non conteneva l'accettazione di un elemento essenziale del contratto, ossia il corrispettivo.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato, investito della questione a seguito della proposizione dell'appello da parte del RTI, ha precisato, in primo luogo, come l'elemento fondamentale ai fini della risoluzione della questione riguardasse la possibilità di ritenere validamente concluso il contratto di avvalimento in un momento antecedente allo scadere del termine per

la presentazione delle offerte, anche con riferimento all'elemento del corrispettivo.

Sul punto, il Consiglio di Stato ha richiamato alcuni principi, già precedentemente espressi dalla Corte di Cassazione, in tema di stipulazione di contratti tra privati ai sensi dell'art. 1326 c.c. Posto, infatti, che il contratto può essere sottoscritto anche a distanza, anche qualora sia richiesta la forma scritta *ab substantiam* non è necessaria la redazione di un unico documento sottoscritto da entrambe le parti: il contratto si ritiene concluso qualora alla proposta - che costituisce una dichiarazione recettizia e che deve contenere la completa formulazione del regolamento negoziale - segua la semplice accettazione da parte dell'altro contraente; il comma quinto dell'art. 1326 c.c. stabilisce inoltre che un'accettazione non conforme alla proposta equivale a una nuova proposta.

Nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha individuato l'accettazione della proposta di contratto di avalimento, avanzata dal RTI, nella dichiarazione di impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata il requisito dell'attestazione SOA, sottoscritta dall'impresa ausiliaria in data antecedente al termine per la presentazione delle offerte e, quindi, tempestivamente. L'ausiliaria, peraltro, non sarebbe stata tenuta a dichiarare espressamente la propria accettazione della clausola contrattuale relativa al corrispettivo, in quanto, ai sensi dell'art. 1326 c.c., un'accettazione generica deve ritenersi idonea a determinare il perfezionamento del contratto. Solo qualora l'accettazione non fosse stata conforme alla proposta, infatti, la stessa avrebbe dovuto essere intesa come una nuova proposta.

Poiché l'impresa ausiliaria aveva indirizzato tale dichiarazione non solo alla stazione appaltante ma anche all'impresa ausiliata, il Consiglio di Stato ha ritenuto integrato il possesso, mediante avalimento, del requisito dell'attestazione SOA sin dal momento della presentazione dell'offerta da parte del RTI, con conseguente legittimità dell'aggiudicazione del contratto.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2022, n. 4831

Massima

La stazione appaltante che procede all'ammissione alla gara di un'impresa, non ritenendo rilevanti le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicitamente o *per facta concludentia*, ossia con la stessa ammissione alla gara dell'impresa (Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2021, n. 1500; *id.* 9 settembre 2019, n. 6112); La motivazione può essere ricavata *per relationem* dall'adesione della stazione appaltante alle argomentazioni con cui, nel rendere le rispettive controdeduzioni, le società partecipanti alla gara hanno contestualmente indicato le ragioni idonee ad escludere l'incidenza delle vicende ivi indicate sulla propria integrità e affidabilità professionale (Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2021, n. 7501). E' invece il provvedimento di esclusione, fondato sulla valutazione della esistenza di un illecito professionale e sulla sua qualificazione in termini di "gravità" tali da minare la affidabilità del concorrente, a necessitare di una espressa e puntuale motivazione; la stazione appaltante deve quindi motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850; *id.*, VI, 18 maggio 2016, n. 3198); Solo una pregressa vicenda professionale che appaia, *ictu oculi*, di particolare rilevanza, impone alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente

conduzione della procedura (Cons. Stato, sez. V, n. 1500 del 2021, cit.).

Caso di specie

Il Consiglio di Stato si è pronunciato sull'appello proposto dalla società che è risultata seconda classificata in una procedura aperta indetta dal Comune per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di raccolta, trasporto e conferimento dei rifiuti solidi urbani e assimilati, servizi di igiene urbana e complementari, per la durata di sette anni e un valore stimato in euro 92.161.995,00. La vicenda in esame trae origine dal ricorso proposto innanzi al TAR dalla società, odierna appellante, che ha ad oggetto l'annullamento dell'aggiudicazione in capo al gestore uscente, risultato primo in graduatoria. Il TAR ha respinto il ricorso e la società ha proposto appello per la riforma della sentenza, richiamando molteplici illeciti professionali a carico della società che si è aggiudicata la gara. In particolare, la società appellante, seconda classificata, ha evidenziato come nei confronti dell'aggiudicataria siano presenti la pendenza di un giudizio con la quale vi è stata la condanna a carico di esponenti per l'infortunio sul lavoro di un dipendente addetto al lavaggio di automezzi, una citazione a giudizio disposta nel 2019 per un infortunio presso l'isola comunale dove ha sede la società prima classificata, il provvedimento del 2018 di sequestro della discarica presso il Comune dove ha sede l'appellata ed il rinvio a giudizio del 2018 riferito a presunti inadempimenti nell'esecuzione di pubbliche forniture. L'appellante ha poi sottolineato la presenza di differenti orientamenti con riferimento alla questione del dies a quo dal quale far decorrere il triennio di rilevanza dell'illecito professionale e l'onere istruttorio e motivazionale gravante sulle amministrazioni che sono chiamate ad effettuare una valutazione di affidabilità dell'operatore economico.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato respinge l'appello affermando che ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs.

50/2016, l'esclusione per motivi di onorabilità e affidabilità è rimessa all'ampia valutazione discrezionale della stazione appaltante così come è discrezionale la valutazione di cui alle successive lettere c- *bis*, c- *ter* e c- *quater*; in tal senso, l'Adunanza plenaria ha ribadito che relativamente al giudizio svolto dalla stazione appaltante operano "*i consolidati limiti del sindacato di legittimità rispetto a valutazioni di carattere discrezionale in cui l'amministrazione sola è chiamata a fissare "il punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente"* limiti che impongono al giudice una valutazione *della correttezza dell'esercizio del potere informato ai principi di ragionevolezza e proporzionalità e all'attendibilità della scelta effettuata dall'amministrazione*". La stazione appaltante che procede all'ammissione alla gara di un'impresa, non ritenendo rilevanti le pregresse vicende professionali dichiarate dal concorrente, non è tenuta a esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione risultare anche implicitamente, per *facta concludentia*, ossia con la stessa ammissione alla gara dell'impresa o *per relationem* dall'adesione della stazione appaltante alle argomentazioni con cui, nel rendere le rispettive controdeduzioni, le società partecipanti alla gara hanno contestualmente indicato le ragioni idonee ad escludere l'incidenza delle vicende ivi indicate sulla propria integrità e affidabilità professionale (Cons. Stato, sez. IV, 10 novembre 2021, n. 7501). Al contrario è il provvedimento di esclusione che deve avere una espressa e puntuale motivazione. Solo una pregressa vicenda professionale che appare di particolare rilevanza, impone alle Amministrazioni oneri positivi di istruttoria e di motivazione, in funzione di tutela delle legittime aspirazioni degli altri concorrenti e del più generale interesse pubblico alla retta e trasparente conduzione della procedura. Nel caso di specie, emerge dagli atti che la stazione appaltante ha svolto una approfondita istruttoria in merito alla moralità professionale di entrambe le società poiché le stesse avevano sollecitato in corso di gara la reciproca esclusione in forza di pregresse vicende giudiziarie ovvero di omissioni dichiarative. Si deve anche aggiungere che il decorso del tempo costituisce naturalmente un elemento di valutazione, non solo e non tanto alla luce del termine ostativo di cui all'art. 80, comma 10 - *bis* d.lgs. 50/2016 ma alla luce del principio di proporzionalità. La Quarta Sezione riporta il suo orientamento secondo cui la stazione appaltante conserva un'autonoma sfera di discrezionalità nel

valutare i fatti che possono minare l'affidabilità degli operatori economici partecipanti alla gara, senza che possa assumere rilievo determinante la circostanza che quei medesimi fatti siano stati considerati giusta causa di esclusione da parte di un'altra stazione appaltante. Per ragioni di completezza, il Collegio ha osservato che per il *dies a quo* dal quale far decorrere il triennio di rilevanza dell'illecito professionale si deve far applicazione dell'orientamento seguito dalla Sezione, che attribuisce rilievo al momento in cui il fatto viene riconosciuto e qualificato giuridicamente e non dal momento in cui si commette il fatto storico.

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, 6 dicembre 2021, n. 38596

Massima

L'ordinanza del Giudice civile che abbia reputato competente un Giudice penale del medesimo ufficio non è impugnabile con regolamento di competenza (sentenza n. 38596/2021).

Esame della decisione

Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite Civili della Suprema Corte di Cassazione hanno affermato il principio di diritto secondo cui l'ordinanza del Giudice civile che abbia reputato competente un Giudice penale del medesimo ufficio non è impugnabile con regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42 c.p.c., atteso che la distinzione tra le varie sezioni - anche civili e penali - del medesimo tribunale si riferisce a mere articolazioni interne di un unico ufficio, con la conseguente esclusione della possibilità di qualificare le rispettive attribuzioni come "questione di competenza" nel processo civile, dovendosi altresì escludere l'applicazione, sia in via diretta, sia in via analogica, delle soluzioni normative sancite dall'art. 28 c.p.p.

Le Sezioni Unite, nell'enunciare detti principi, hanno esplicitamente richiamato i criteri interpretativi di cui all'art. 12 preleggi, secondo cui *"nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore"* (comma 1) e *"se una controversia non*

può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (comma 2).

La decisione in analisi dedica un intero paragrafo dei "motivi della decisione" al tema: il punto 5.2.1, intitolato, appunto, "L'art. 12 preleggi".

Tale scelta viene motivata dalle stesse Sezioni Unite spiegando che il fondamento del principio di diritto affermato si basa su "*ragioni di coerenza dell'ordinamento e del sistema, nonché di certezza del diritto e di rispetto dei criteri d'interpretazione della legge*".

Da ciò si evince come venga ancora una volta ribadita - contrariamente ad alcune diffuse ma, si ritiene, non condivisibili opinioni - la necessità dello svolgere l'attività interpretativa della legge, propria del giurista (Magistrato e non), seguendo i criteri interpretativi positivizzati nel nostro ordinamento dall'art. 12 in questione.

La pronuncia in commento svolge innanzitutto, con particolare riferimento alla figura del giudicante, alcune considerazioni preliminari in ordine alla detta attività interpretativa, e segnatamente:

- "*quando una norma, o un sistema di norme, si prestino a diverse interpretazioni, tutte plausibili, dovere primario dell'interprete, e specie del giudice, è di perseguire l'interpretazione più corretta e non una qualsiasi di quelle che il testo consente*";
- "*il giudice non crea il diritto, ma opera secondo i criteri ermeneutici noti e dentro i limiti del diritto positivo*" (sul punto si richiama Cass. 2 ottobre 2018, n. 23950);
- le scelte di politica del diritto, difatti, "sono riservate al legislatore": al Giudice, invece, "*compete solo di interpretare la norma nei limiti delle opzioni ermeneutiche più corrette dell'enunciato*" (sul punto si richiama a Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597);
- pertanto, la funzione assolta dalla giurisprudenza è di natura "dichiarativa", in quanto "*riferita ad una preesistente disposizione di legge, della quale è volta a riconoscere l'esistenza e l'effettiva portata*";
- va quindi sul punto affermata l'"*esclusione formale di un'efficacia direttamente creativa*" della funzione giurisdizionale" (così Cass., sez. un., 28 gennaio 2021, n. 2061).

La sentenza in commento conferma la centralità del dato letterale nell'ambito dell'attività interpretativa, ribadendo che "*l'attività*

interpretativa giudiziale è segnata, anzitutto, dal limite di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza stessa" (cfr. Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, nonché Cass. 22 giugno 2018, n. 16957, Cass. 31 ottobre 2018, n. 27755 e Cass. 28 gennaio 2021, n. 2061).

Tutto ciò considerato, gli Ermellini forniscono rilevanti indicazioni in merito al corretto utilizzo del criterio interpretativo dell'analogia di cui al comma 2 dell'art. 12 delle preleggi.

I Giudici spiegano al riguardo che, secondo il detto comma 2, quando una controversia non può essere decisa con una specifica disposizione, da interpretarsi ai sensi dell'art. 12 cit., comma 1 (comma la cui previsione viene decodificata dalla pronuncia in commento come richiamo ai "canoni dell'interpretazione letterale, sistematica, teleologica e storica"), il giudice ricorre all'analogia legis, *"ovvero estende al caso non previsto la norma positiva dettata per casi simili o materie analoghe"*. E se, ciò nonostante, permane il dubbio interpretativo, troverà applicazione l'analogia iuris, *"ossia l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico"*.

Alla luce di quanto esposto, i Giudici osservano che il ricorso all'analogia si risolve dunque in un "meccanismo integrativo dell'ordinamento".

Detto meccanismo integrativo, in particolare, permette al Giudice di decidere comunque, anche in presenza di una lacuna normativa, trattandosi di un *"procedimento mediante il quale chi interpreta ed applica il diritto può sopperire alle eventuali deficienze di previsione legislativa"* (c.d. lacuna dell'ordinamento giuridico); e ciò in forza dei principi fondamentali del nostro ordinamento, secondo cui il Giudice (si richiama al riguardo Cass. 8 agosto 2005, n. 16634):

- *"deve decidere ogni caso che venga sottoposto al suo esame ("obbligo di non denegare giustizia")"*;
- deve assumere la relativa decisione applicando una norma dell'ordinamento positivo (*"obbligo di fedeltà del giudice alla legge"* ex art. 101 Cost., comma 2).

Conseguentemente, ricordando anche le considerazioni preliminari espresse dalle Sezioni Unite in tema di funzione giurisdizionale sopra richiamate, sembra potersi anche affermare che con

la pronuncia in commento si voglia sottolineare l'esigenza che:

- le lacune normative sono fenomeno giuridico prevista dal nostro diritto positivo e, anzi, in esso insite e ineliminabili;
- il giudicante è tenuto a decidere la controversia anche in presenza di lacune normative;
- al giudicante non è richiesto di colmare le dette lacune normative, creando una regola positiva dove essa non esiste;
- al giudicante è chiesto, anche in caso di lacune normative, di decidere la controversia;
- il giudice è tenuto a decidere la controversia applicando la legge.

Al riguardo, le Sezioni Unite precisano difatti che l'art. 12, comma 2, preleggi si spiega storicamente soltanto nel senso di evitare, in ragione del principio di completezza dell'ordinamento giuridico, che il Giudice possa pronunciare un *non liquet*, a causa della mancanza di norme che disciplinino la fattispecie.

Pertanto, alla luce della sentenza in parola, la sequenza algoritmica (cui prima si è fatto cenno) con la quale può essere rappresentato quanto disposto dall'art. 12 delle preleggi sembra possa essere la seguente:

- va cercata la specifica disposizione di legge rilevante nel caso concreto;
- qualora venga rinvenuta la detta disposizione di legge, ai fini interpretativi vanno seguiti criteri interpretativi di cui al comma 1 dell'art. 12 delle preleggi;
- in tale attività esegetica i detti criteri ermeneutici vanno applicati nell'ordine in cui sono elencati nella norma in questione, con la primaria importanza, come visto, del criterio letterale;
- qualora, invece, la controversia non può essere decisa tramite una specifica disposizione di legge il giudice ricorre all'analogia legis;
- se, ciò nonostante, permane il dubbio interpretativo, troverà applicazione l'analogia iuris.

I Giudici, a questo punto, individuano le condizioni affinché si possa ricorrere al procedimento per analogia.

È al riguardo necessaria:

- la presenza di una lacuna normativa (ovvero "*che manchi una norma di legge atta a regolare direttamente un caso su cui il giudice sia chiamato a decidere*");
- "*che sia possibile ritrovare una o più norme positive (c.d. analogia legis) o uno o più*

principi giuridici (c.d. analogia iuris)" che possano integrare la lacuna normativa, con riferimento al caso concreto, sulla base di un "rapporto di somiglianza" tra alcuni vicenda regolata e vicenda non regolata.

Nel dettaglio, la sentenza in analisi precisa che occorre *"che sia possibile ritrovare una o più norme positive (c.d. analogia legis) o uno o più principi giuridici (c.d. analogia iuris), il cui valore qualificatorio sia tale che le rispettive conseguenze normative possano essere applicate alla situazione originariamente carente di una specifica regolamentazione, sulla base dell'accertamento di un rapporto di somiglianza tra alcuni elementi (giuridici o di fatto) della vicenda regolata ed alcuni elementi di quella non regolata"*.

Le due condizioni sono strettamente legate tra loro. Difatti, le Sezioni Unite proseguono la trattazione ribadendo la regola secondo cui *"l'applicazione analogica presuppone la carenza di una norma nella indispensabile disciplina di una materia o di un caso"*.

Ciò discende, precisano i Giudici richiamando anche l'art. 14 preleggi, *"dal rilievo per cui, altrimenti, la scelta di riempire un preteso vuoto normativo sarebbe rimessa all'esclusivo arbitrio giurisdizionale, con conseguente compromissione delle prerogative riservate al potere legislativo e del principio di divisione dei poteri dello Stato"*. Da ciò deriva che *"non semplicemente perché una disposizione normativa non preveda una certa disciplina, in altre invece contemplata, costituisce ex se una lacuna normativa, da colmare facendo ricorso all'analogia ai sensi dell'art. 12 preleggi. Ciò tanto più quando si tratti di estendere l'applicazione di una disposizione specifica oltre l'ambito di applicazione delineato dal legislatore, ovvero di applicarla "analogicamente" a vicenda concreta da questi non contemplata ed in presenza di diversi presupposti integrativi della fattispecie"*.

In applicazione di tali principi le Sezioni Unite escludono un'estensione analogica di una disposizione dettata in tema di processo penale (l'art. 28 c.p.p.), al caso di specie, relativo ai rimedi processuali (e, in particolare, all'applicabilità o meno del regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42 c.p.c.) avverso l'ordinanza del giudice civile che abbia reputato competente un giudice penale del medesimo ufficio.

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