

LEAP

NEWSLETTER

NEWSLETTER DEL 26 OTTOBRE 2022

GIURISPRUDENZA

Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo	3
TAR Lazio – Roma, Sez. II, 18 ottobre 2022 n. 13303	
Consiglio di Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773	
Diritto Civile e Processuale Civile	9
Cassazione Civile, Sez. I, 14 settembre 2022, n. 27133	

NORMATIVA

Decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze 28 settembre 2022	12
--	-----------

TAR Lazio – Roma, Sez. II, 18 ottobre 2022 n. 13303

Massima

“L’operatore che intenda avvalersi del principio dell’equivalenza (susceptibile di trovare applicazione indipendentemente da un espresso richiamo negli atti di gara) deve, dunque, fornirne la prova già in sede di gara, non potendo essa essere verificata d’ufficio dalla stazione appaltante né tantomeno dimostrata in via postuma in sede giudiziale”.

Caso di specie

La sentenza in analisi si pronuncia su una impugnativa di aggiudicazione di una gara pubblica da parte di un Operatore economico collocatosi in seconda posizione nella graduatoria di merito della gara medesima.

L’Operatore economico ricorrente ha censurato che l’Aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso per aver (tra l’altro) offerto un prodotto non conforme alla legge di gara perché privo dei requisiti minimi di carattere tecnico ivi previsti.

Nel giudizio instaurato si è costituita l’Amministrazione aggiudicatrice che, dopo aver eccepito l’inammissibilità del ricorso introduttivo per tardiva notificazione, ha sostenuto l’infondatezza dell’impugnativa in quanto il prodotto offerto dall’Aggiudicatario sarebbe “equivalente” - anzi addirittura “superiore” a quello offerto dell’Operatore economico ricorrente, come dimostrato dalla “documentazione tecnica allegata in sede di offerta” dall’Aggiudicataria e da “quella successivamente richiesta (a quest’ultima dalla Stazione appaltante) a seguito della notifica del ricorso amministrativo”.

Motivi della decisione

Il TAR Lazio, con la sentenza in commento, dopo aver respinto con ampia argomentazione l'eccezione di inammissibilità dell'impugnativa per tardività, ha accolto il ricorso.

Il TAR ha ritenuto il ricorso meritevole di accoglimento avendo accertato che effettivamente l'Aggiudicataria avesse formulato un'offerta tecnica non rispettosa dei requisiti minimi di carattere tecnico stabiliti dalla Stazione Appaltante nella *lex specialis* di gara a pena di esclusione.

Il TAR ha respinto l'eccezione dell'Amministrazione aggiudicatrice che, invocando la previsione di cui all'art. 68, comma 7, del D.Lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale *"le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche"*, ha sostenuto che il prodotto offerto dall'Aggiudicataria, sebbene non presentasse i requisiti riportati dalla *lex specialis*, aveva caratteristiche tali da consentire di ottenere le medesime prestazioni, anzi prestazioni superiori, a quelle richieste in gara, come dimostrato *"dalla documentazione allegata agli atti di gara e dai chiarimenti successivamente offerti dalla società aggiudicatrice, (nonché) come verificato dalla Commissione di gara"*.

Il TAR ha affermato di non poter fare applicazione del principio di equivalenza in quanto l'Aggiudicataria non avrebbe *"reso alcuna evidenza dell'equivalenza funzionale tra quanto offerto e quanto richiesto dalla stazione appaltante né in sede di offerta, né nelle successive fasi della procedura, bensì - al più - solo successivamente all'instaurazione del presente giudizio, con nota di chiarimenti del 20 maggio 2022, resa su specifica richiesta dell'Agenzia del 17 maggio 2022, anch'essa, dunque, posteriore alla notifica del ricorso in esame"*.

Il TAR Lazio, dunque, con la sentenza in esame ha ritenuto che *"al fine di scongiurare l'esclusione dalla gara d'appalto, il partecipante che intenda avvalersi della clausola di equivalenza prevista"*

dall' art. 68, d.lgs. n. 50/2016, ha l'onere di dimostrare già nella propria offerta l'equivalenza tra i servizi o tra i prodotti, non potendo pretendere che tale accertamento sia compiuto d'ufficio dalla Stazione appaltante o, addirittura, che sia demandato alla sede giudiziaria una volta impugnato l'esito della gara”, evidenziando come, “benché il principio dell'equivalenza permei l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, rispondendo lo stesso al principio del favor participationis e costituendo, altresì, espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte della P.A., nondimeno anche l'ampia latitudine riconosciuta al canone di equivalenza non ne consente, tuttavia, l'estensione all'ipotesi, esulante dal campo applicativo della stessa, di difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis, configurandosi in tal caso un'ipotesi di aliud pro alio non rimediabile”.

Consiglio di Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773

Massima

Il mancato inserimento dei criteri ambientali minimi nella legge di gara comporta la caducazione dell'intera gara e l'integrale riedizione della stessa, emendata dal vizio in questione.

La non conformità della legge di gara agli articoli 34 e 71 del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di criteri ambientali minimi, non è vizio tale da imporre un'immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della *lex specialis* di gara.

La partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l'impugnazione proponibile solo all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione, senza che ciò possa qualificarsi come un venire *contra factum proprium*.

Caso di specie

Una società, non risultata aggiudicataria, impugnava, innanzi al TAR competente, gli atti – e, in particolare, il provvedimento di aggiudicazione – della procedura di gara indetta per l'affidamento del servizio di “catering completo” presso una Legione della Guardia di Finanza.

In particolare, la ricorrente denunciava l'illegittimità della *lex specialis* di gara in quanto in contrasto con le cogenti disposizioni di cui agli artt. 34 e 71 del D.Lgs. n. 50/2016, a norma delle quali nei bandi relativi all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari devono essere inserite le specifiche tecniche e delle

clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi (C.A.M.) individuati con i relativi Decreti Ministeriali.

Il TAR dichiarava inammissibile il ricorso per tardività dello stesso, in quanto introdotto solo all'esito dell'aggiudicazione e, dunque, in un momento successivo all'espressa accettazione di tutte le condizioni imposte dalla *lex specialis* di gara.

Motivi della decisione

Il Consiglio di Stato, investito della questione a seguito della proposizione, da parte della società ricorrente, dell'appello avverso la sentenza del TAR, ha in primo luogo evidenziato come, nel solco di quanto sancito dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 4/2018, le uniche clausole della *lex specialis* astrattamente gravate dell'onere di immediata impugnazione sono quelle che risultano immediatamente escludenti o che impediscono di formulare l'offerta.

Nel caso di specie, invece, la ricorrente non aveva denunciato la sussistenza di clausole che avrebbero imposto l'immediata impugnazione del bando di gara, essendosi limitata a rilevare la non conformità della *lex specialis* agli artt. 34 e 71 del D.Lgs. n. 50/2016.

In secondo luogo, il Consiglio di Stato ha - da un lato - ritenuto non determinante la circostanza per cui la ricorrente aveva presentato un'offerta a sua volta non rispettosa dei C.A.M., risultando in ogni caso l'offerta conforme a quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, e - dall'altro - ritenuto sussistente l'interesse a ricorrere anche in difetto della dimostrazione della prova di resistenza, sulla base dell'interesse "strumentale" della società alla riedizione della procedura.

Giudicato dunque ammissibile il ricorso, il Consiglio di Stato, nel merito, lo ha ritenuto fondato.

La legge di gara, infatti, aveva attribuito rilievo ai C.A.M. esclusivamente sotto il profilo dei punteggi aggiuntivi per servizi migliorativi, con la conseguenza che la gara ben avrebbe potuto essere aggiudicata anche sulla base di un'offerta non conforme.

Al contrario, secondo la giurisprudenza amministrativa i C.A.M. costituiscono obblighi cogenti per le Stazioni Appaltanti, e i relativi requisiti ambientali devono essere necessariamente

inseriti già al momento della definizione dell'oggetto dell'appalto.

Ciò posto, il Consiglio di Stato non ha considerato sufficiente il generico rinvio, operato dal bando di gara, alle disposizioni vigenti, né ha attribuito alcuna rilevanza alla circostanza per cui l'Aggiudicataria aveva formulato, in concreto, un'offerta conforme ai C.A.M. applicabili.

Il Consiglio di Stato, in accoglimento del ricorso in appello, ha dunque disposto l'annullamento degli atti di gara impugnati e dichiarato inefficace il contratto *medio tempore* stipulato tra la Stazione Appaltante e l'Aggiudicataria, ordinando all'Amministrazione di rinnovare l'intera procedura.

Cassazione Civile, Sez. I, 14 settembre 2022, n. 27133

Massima

In tema di leasing finanziario, la disciplina di cui all'art. 1, commi 136-140, della Legge n. 124/2017 non ha effetti retroattivi; conseguentemente, il comma 138 si applica alla risoluzione i cui presupposti si siano verificati dopo l'entrata in vigore della legge stessa.

Avuto riguardo ai contratti anteriormente risolti resta invece valida la distinzione tra leasing e godimento e leasing traslativo, con conseguente applicazione analogica, a tale ultima figura, della disciplina di cui all'art. 1526 c.c. e ciò anche se la risoluzione sia stata seguita dal fallimento dell'utilizzatore, non essendo possibile applicare analogicamente quanto disposto dall'art. 72 *quater* Legge Fallimentare.

Caso di specie

La vicenda trae origine dall'accoglimento da parte del Tribunale di Lamezia Terme dell'opposizione allo stato passivo del fallimento di una società a responsabilità limitata proposta con riguardo alla domanda di ammissione del credito relativo al contratto di leasing di un capannone risolto in data in data anteriore al fallimento e presentata congiuntamente alla domanda di restituzione dell'immobile che il Giudice delegato aveva respinto.

Il Tribunale ha ammesso l'intero credito, ritenendo applicabile alla fattispecie l'art. 72 *quater* Legge Fallimentare anziché l'art. 1526 c.c. come diversamente sostenuto dal Giudice delegato.

Il Fallimento della società a responsabilità limitata ha pertanto proposto ricorso per cassazione, contestando, in particolare, la violazione e falsa applicazione dell'art. 72 *quater*

Legge Fallimentare, oltre che dell'art. 1523 c.c. e dell'art. 1526 c.c.

Il ricorrente ha infatti eccepito come il Tribunale non avesse applicato in via analogica l'art. 1526 c.c. al contratto di leasing traslativo risolto prima del fallimento dell'utilizzatore.

Motivi della decisione

Nel caso del leasing traslativo, la Suprema Corte ha innanzitutto chiarito che l'applicazione analogica dell'art. 1526 c.c. è giustificata dall'esigenza di porre un limite all'autonomia privata.

L'obiettivo è infatti quello di evitare l'ingiustificato arricchimento che si verifica frequentemente nella prassi commerciale a favore del concedente, il quale sulla base di uno schema negoziale per lo più predisposto unilateralmente, ottiene tanto la restituzione del bene, quanto l'acquisizione delle rate riscosse, oltre all'eventuale risarcimento del danno, ovvero sia più di quanto avrebbe avuto diritto di pretendere qualora fosse avvenuto il regolare adempimento del contratto da parte dell'utilizzatore.

Nel caso di leasing traslativo risolto anteriormente alla dichiarazione di fallimento dell'utilizzatore, gli Ermellini hanno altresì osservato che il patto di deduzione - per mezzo del quale va riconosciuto al concedente l'importo complessivo dovuto dall'utilizzatore a titolo di ratei scaduti e a scadere, nonché il prezzo del riscatto del bene maggiorato degli interessi - è nullo per contrarietà all'ordine pubblico ed in particolare a quanto disposto dall'art. 1526 c.c., ritenuto analogicamente applicabile a tutti i casi di risoluzione anticipata del contratto.

Con specifico riferimento all'equo compenso sancito dall'art. 1526, comma 1, c.c., la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che la disposizione comprende sia la remunerazione del godimento del bene, che il deprezzamento conseguente alla sua incommerciabilità come nuovo ed il logoramento per l'uso, ma non include anche il risarcimento del danno spettante al concedente che deve trovare specifica considerazione nella sua interezza secondo il principio di indifferenza ai sensi dell'art. 1223 c.c.

Rimane comunque ferma la possibilità per le parti di determinare preventivamente il risarcimento del

danno attraverso la previsione di una clausola penale ai sensi dell'art. 1382 c.c.

Trattasi di un'operazione integrativa che consente, ex art. 1526, comma 2, c.c., l'acquisizione delle rate pagate come indennità a titolo di clausola penale (c.d. clausola di confisca) e la riduzione giudiziale dell'indennità in forza di quanto disposto dall'art. 1384 c.c., al fine di valutare se la penale stessa possa risultare manifestamente eccessiva.

Il Giudice ha, secondo quanto disposto dall'art. 1284 c.c., il potere di ridurre ad equità - anche d'ufficio - la penale inserita nel contratto di leasing traslativo quando risulta manifestamente eccessiva: si tratta di svolgere una valutazione comparativa tra il vantaggio che la penale assicura al contraente adempiente ed il margine di guadagno che questi si riprometteva di trarre dalla regolare esecuzione del contratto.

In questo caso, è necessario che venga disposta una stima del bene ai valori di mercato al momento della restituzione e detrarre le somme dovute dall'utilizzatore al concedente con diritto del primo residuo (fatta comunque salva l'irripetibilità dei canoni già riscossi).

Qualora il bene sia stato invece venduto o altrimenti destinato, è necessario fare riferimento ai valori conseguiti ai fini della perizia.

La Corte di Cassazione osserva che è la legge ad affidare al Giudice l'esercizio del potere correttivo della volontà contrattuale delle parti al fine di ristabilire in via equitativa un congruo temperamento dei loro interessi contrapposti, sempre che la penale sia stata dedotta in via di azione o eccezione in senso stretto.

L'omesso esercizio del potere di riduzione della penale da parte del Giudice di appello - a cui spetta il potere di applicare l'art. 1384 c.c. - può pertanto essere non solo dedotto dalla parte interessata, ma anche rilevato d'ufficio dal Giudice di legittimità quando sia stata proposta un'apposita eccezione, sempre che non siano necessari accertamenti di fatto.

La Suprema Corte ha conseguentemente accolto i motivi di ricorso proposti dal fallimento.

Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 28 settembre 2022, recante *“Disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate”*.

Il Decreto

È noto che l'art. 80, comma 4, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, prevede l'ipotesi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto, qualora abbia *“commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”*.

È parimenti noto che, con la medesima disposizione normativa, il Legislatore ha affidato al *“Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e previo parere del Dipartimento per le politiche europee della Presidenza del Consiglio dei ministri”*, il compito di adottare uno specifico decreto volto a individuare e disciplinare le ipotesi di *“gravi violazioni non definitivamente accertate in materia fiscale ... che, in ogni caso, devono essere correlate al valore dell'appalto e comunque di importo non inferiore a 35.000 euro”* e, in particolare, a dettagliarne i limiti e le

condizioni per l'operatività della causa di esclusione *de qua*.

In ossequio a quanto sopra, in data 12 ottobre 2022 è stato adottato il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 28 settembre 2022 (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 12 ottobre 2022, n. 239), recante, appunto, le “*Disposizioni in materia di possibile esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto per gravi violazioni in materia fiscale non definitivamente accertate*” (il “Decreto”).

I contenuti del Decreto

Nell'art. 2 del Decreto viene innanzitutto chiarito l'ambito di applicazione dello stesso, corrispondente a tutte le ipotesi di inottemperanza, da parte dell'operatore economico, agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse derivanti dalla notifica di:

- i.* atti impositivi, conseguenti ad attività di controllo e/o liquidazione degli uffici; ovvero di
- ii.* cartelle di pagamento concernenti pretese tributarie, oggetto di comunicazioni di irregolarità emesse a seguito di controllo automatizzato o formale della dichiarazione presentata dal contribuente.

Definito l'ambito di applicazione del Decreto, il Legislatore ha quindi fissato, al successivo art. 3, la soglia di gravità delle violazioni *de quibus*, specificando che queste ultime si considerano gravi laddove l'inottemperanza a un obbligo di pagamento di imposte o tasse, con esclusione di sanzioni e interessi, riguardi un importo che sia almeno pari a Euro 35.000,00 e, in ogni caso, pari o superiore al 10% del valore dell'appalto o, comunque, per gli appalti suddivisi in lotti, al valore del lotto o dei lotti per i quali l'operatore economico concorre.

Ancora, in caso di subappalto o di partecipazione in raggruppamenti temporanei o in consorzi, la soglia di gravità riferita al subappaltatore o al partecipante al raggruppamento o al consorzio è rapportata al valore della prestazione assunta dal singolo operatore economico.

Chiarita la soglia di gravità della violazione, il Legislatore ha quindi definito il perimetro delle violazioni non definitivamente accertate, specificando che esse sono valutabili dalla Stazione Appaltante per l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici,

"quando siano decorsi inutilmente i termini per adempiere all'obbligo di pagamento e l'atto impositivo o la cartella di pagamento siano stati tempestivamente impugnati" ovvero "se in relazione alle stesse è intervenuta una pronuncia giurisdizionale favorevole all'operatore economico non passata in giudicato, sino all'eventuale riforma della stessa o sino a che la violazione risulti definitivamente accertata, ovvero se sono stati adottati provvedimenti di sospensione giurisdizionale o amministrativa".

Infine, occorre segnalare che, nel periodo transitorio - fino alla complessiva implementazione della banca dati unica - l'Agenzia delle Entrate, su richiesta della Stazione Appaltante, rilascia, relativamente ai tributi dalla stessa gestiti, la certificazione di cui al provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 25 giugno 2001, le cui risultanze sono valutabili ai fini dell'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alla procedura evidenziale di riferimento, tenendo conto di quanto previsto dal Decreto.

Considerazioni

La disciplina introdotta dal Decreto e, in particolare, la puntuale delimitazione della soglia di gravità delle violazioni *de quibus* rappresentano una novella di particolare rilievo in ambito evidenziale, perché, in linea con i principi di certezza del diritto e di proporzionalità, per un verso consente (soprattutto) agli operatori economici di ben comprendere il rischio di esclusione nell'ambito di una partecipazione a una procedura di gara e, per altro verso, esclude - *rectius*, sembra idonea a escludere - il verificarsi di valutazioni discrezionali delle Stazioni Appaltanti così come il proliferarsi di arresti giurisprudenziali, troppo spesso condizionati e influenzati dalla ricerca di una *ratio legis* tutt'altro che limpida e, quindi, foriera di continui dubbi interpretativi.

Soltanto il tempo, come è ovvio, consentirà di verificare la bontà della novella legislativa in commento.

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