



**STUDIO LEGALE  
ZAMBELLI TASSETTO**

**NEWSLETTER**

**GENNAIO 2017**

**SOMMARIO:**

- 1. CONSIGLIO DI STATO 1/2017. PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE IN MATERIA DI APPALTI ED ONERE PROBATORIO DELLA P.A..**
- 2. IL PRELIMINARE DI PRELIMINARE FA SORGERE IL DIRITTO DEL MEDIATORE ALLA PROVVISORIE?**
- 3. NUOVI SVILUPPI SUL PIANO CASA. L.R. DELLA REGIONE VENETO 30/2016.**
- 4. PLENARIA: SONO APPLICABILI LE SANZIONI PER IL RITARDO O L'OMESSO PAGAMENTO DEL CONTRIBUTO DI COSTRUZIONE RATEIZZATO ANCHE SE L'AMMINISTRAZIONE HA OMESSO DI ESCUTERE LA GARANZIA FIDEIUSSORIA.**

## **1. CONSIGLIO DI STATO 1/2017. PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE IN MATERIA DI APPALTI ED ONERE PROBATORIO DELLA P.A..**

La VI sezione del Consiglio di Stato nella prima sentenza del nuovo anno si pronuncia relativamente ai poteri della stazione appaltante nella valutazione del rispetto dei doveri professionali della ditta che partecipa ad una gara.

Una società a responsabilità limitata è stata esclusa da una procedura per l'affidamento della revisione di alcune vetture ferroviarie con delibera del responsabile di programmazione materiali e acquisti della stazione appaltante. Alla base di questa decisione sta il fatto che la suddetta società, ai fini del possesso del requisito di capacità tecnico organizzativa, si è avvalsa del fatturato di un'altra società la quale, però, non poteva partecipare a causa di un grave errore commesso nell'esercizio dell'attività professionale.

Il TAR adito rigettò il ricorso tuttavia, nella sentenza in esame, in Consiglio di Stato non ha confermato la decisione. In appello infatti il motivo di ricorso è stato ritenuto legittimo. Il secondo comma dell'art. 38 dell'ormai abrogato d.lgs. 163/2006 prevedeva due cause di esclusione: l'esistenza di una sentenza di condanna passata in giudizio in relazione a taluni reati specificamente indicati; la commissione di un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

Questa seconda ipotesi affida in capo alla stazione appaltante un potere molto vasto relativo alla valutazione sulla violazione dei doveri professionali nell'esecuzione delle obbligazioni durante precedenti rapporti contrattuali che possa portare ad escludere l'affidabilità tecnico-professionale del potenziale aggiudicatario. I giudici di Palazzo Spada affermano che tali elementi possono desumersi da fatti penalmente rilevanti oggetto di autonomi procedimenti, però la stazione appaltante deve indicare in maniera precisa e puntuale le condotte esecutive rilevanti che hanno integrato gli estremi del grave errore professionale e determinato la interruzione del rapporto fiduciario.

## 2. IL PRELIMINARE DEL PRELIMINARE FA SORGERE IL DIRITTO DEL MEDIATORE ALLA PROVVISORIE?

La Suprema Corte si è trovata a dirimere una controversia nascente tra una S.r.l. incaricata della vendita di un'immobile e una persona fisica interessata all'acquisto.

Le parti così sono giunte alla stipulazione di un contratto preliminare con cui il promissario acquirente si obbligava a versare una caparra all'esito della positiva cancellazione dell'ipoteca gravante sul bene. Una volta appurato che il bene non è stato liberato dall'ipoteca, il promissario acquirente si è rifiutato di procedere al pagamento, vedendosi così citare in giudizio dalla società, la quale chiedeva al Tribunale la condanna al pagamento della provvigione.

In primo grado il Tribunale rigettò la domanda, mentre in appello, la Corte, qualificò la vicenda come preliminare di preliminare di compravendita, condannando il promissario acquirente al pagamento della relativa provvigione.

La vicenda è così giunta presso la Corte di Cassazione, la quale si è pronunciata con la sentenza 923/2017.

Il diritto alla provvigione del mediatore, dicono i supremi giudici, sorge nel momento in cui le parti messe in relazione dal mediatore concludono l'affare; questo, tuttavia, non avviene quando si giunge alla perfetta definizione ma quando si origina un effetto anche meramente preparatorio. Si legge infatti che per "conclusione dell'affare" deve intendersi il compimento di un'operazione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti, ovvero, compimento di un atto in virtù del quale sia costituito un vincolo che dia diritto di agire per l'adempimento dei patti stipulati o, in difetto, per il risarcimento del danno; sicché, anche la stipulazione di un contratto preliminare di compravendita di un immobile è sufficiente a far sorgere tale diritto. A tal proposito si ricorda che il preliminare di preliminare, per costante orientamento giurisprudenziale, è un accordo in virtù del quale le parti si obbligano a concludere un successivo contratto il quale può prevedere anche solo effetti obbligatori. La mancanza di una causa esplicita del contratto viene superata, ritenendo meritevole di tutela

l'interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto, differenziando, all'occorrenza, i contenuti negoziali.

### **3. NUOVI SVILUPPI SUL PIANO CASA. L.R. DELLA REGIONE VENETO 30/2016.**

La Regione Veneto è intervenuta, con la L.R. 30/2016 del 30.12.2016, in tema di piano casa da un lato prorogando il termine di validità dello stesso al 31.12.2018, dall'altro lato fornendo l'interpretazione autentica degli artt. 2, comma 1, **art. 6, comma 1** e **art. 9, comma 8, della legge regionale 8 luglio 2009, n. 14 secondo cui**:1. Le norme di deroga alle previsioni dei regolamenti comunali e degli strumenti urbanistici e territoriali comunali, provinciali e regionali di cui all'articolo 2, comma 1, e di prevalenza sulle norme dei regolamenti degli enti locali e sulle norme tecniche dei piani e regolamenti urbanistici di cui all'articolo 6, comma 1 della legge regionale 8 luglio 2009, n. 14 "Intervento regionale a sostegno del settore edilizio e per favorire l'utilizzo dell'edilizia sostenibile e modifiche alla legge regionale 12 luglio 2007, n. 16 in materia di barriere architettoniche" e successive modificazioni, devono intendersi nel senso che esse consentono di derogare ai parametri edilizi di superficie, volume, altezza e distanza, anche dai confini, previsti dai regolamenti e dalle norme tecniche di attuazione di strumenti urbanistici e territoriali, fermo restando quanto previsto all'articolo 9, comma 8 della medesima legge regionale 8 luglio 2009, n. 14 con esclusivo riferimento a disposizioni di emanazione statale.

La menzionata disposizione dell'art. 64 della L.R. 30/2016 precisa, inoltre, al secondo comma che:

*"Gli eventuali provvedimenti di rigetto o di annullamento emessi dal comune sulla base di una interpretazione degli articoli 2, comma 1, 6, comma 1, e 9, comma 8, della legge regionale 8 luglio 2009, n. 14, diversa da quella indicata al comma 1, sono riesaminati alla luce di quanto previsto dai medesimi"*.

### **4. PLENARIA: SONO APPLICABILI LE SANZIONI PER IL RITARDO O L'OMESSO PAGAMENTO DEL CONTRIBUTO DI COSTRUZIONE RATEIZZATO ANCHE SE L'AMMINISTRAZIONE HA OMESSO DI ESCUTERE LA GARANZIA FIDEIUSSORIA.**

L'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 24/2016, ha di recente composto un conflitto giurisprudenziale in materia di pagamento rateizzato del contributo di costruzione e/o degli oneri di urbanizzazione.

Può capitare, infatti, che a fronte del rilascio di un permesso di costruzione il privato, che debba corrispondere alla P.A. i relativi oneri di costruzione e/o di urbanizzazione, chieda ed ottenga una rateizzazione.

In questo caso l'Amministrazione è tenuta a richiedere una garanzia per il corretto adempimento dell'obbligo di pagamento. Garanzia che assume la forma personale della fidejussione.

Logica vorrebbe che a fronte del mancato pagamento dei ratei, sanzionato con il pagamento di una somma di denaro di ammontare progressivamente crescente a seconda della tempistica di ritardo, l'Amministrazione attivi la garanzia personale. Così ottenendo l'immediato soddisfacimento della prestazione pecuniaria a carico del privato

Ma può anche non avvenire, per svariati motivi.

Ci si chiedeva, allora, se fosse lecito, nel senso di contrario a buona fede, che la P.A., di fatto, attendesse senza escutere la polizza fidejussoria, per poi determinarsi nel senso di richiedere in un'unica soluzione sia la corresponsione degli oneri di costruzione/urbanizzazione sia di quelli legati alla sanzione amministrativa, nel frattempo cresciuta a dismisura proprio in considerazione del periodo di mora.

Tre gli orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo, risalente indirizzo (Cons. St., sez. V, n. 1001 del 1995; id. n. 32 del 2003; id. n. 571 del 2003), "civilistico", se il credito dell'Amministrazione è assistito da garanzia fideiussoria proprio la sussistenza di tale garanzia (in ipotesi non attivata) esclude che il Comune, competente a riscuotere i contributi, possa fare legittimamente ricorso alle sanzioni previste dall'art. 42, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (e, prima, dell'art. 3, l. 28 febbraio 1985 n. 47).

Un altro indirizzo, seguito dalla giurisprudenza maggioritaria (Cons. St., sez. IV, n. 5818 del 2012; id. n. 4320 del 2012; id., sez. VI, n. 5884 del 2014; id., sez. V, n. 777 del 2016), inquadrava la fattispecie in una prospettiva “pubblicistica”, caratterizzata dalla presenza di strumenti - le sanzioni e la riscossione coattiva - tipici di un procedimento autoritativo e non paritetico. Quindi secondo questo orientamento, la fideiussione non viene ad avere la finalità di agevolare l'adempimento del soggetto obbligato al pagamento quanto quello di costituire una garanzia personale prestata unicamente nell'interesse dell'Amministrazione, sulla quale non graverebbe alcun obbligo giuridico di preventiva escussione del fideiussore.

Un ultimo indirizzo invece, intermedio tra quelli sin qui delineati (sez. V, n. 5734 del 2014; id. n. 5287 del 2015), ha infine affermato che sussiste un preciso onere collaborativo a carico dell'Ente locale, desumibile dal principio di leale collaborazione tra cittadino e Comune, avente valenza pubblicistica e rientrante nell'ambito dei principi di imparzialità di cui all'art. 97 Cost..

Ragion per cui il ritardo con cui la P.A. agisce per riscuotere le somme a titolo di contributi dovuti, se non può impedire del tutto l'applicazione delle sanzioni, atteso il carattere automatico delle stesse scaturenti direttamente dalla legge, impedisce tuttavia l'applicazione dei regimi massimi. Quindi l'Ente locale avrebbe potuto provvedere alla riscossione della sanzione ma soltanto nella misura minima conseguente all'accertamento del ritardo protrattosi per i primi 120 giorni (ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. a), d.P.R. n. 380 del 2001). Per converso, sarebbero inapplicabili le maggiori sanzioni previste per ritardi superiori nella misura in cui l'amministrazione, con un comportamento improntato a diligenza e buona fede avrebbe potuto evitare, a mezzo della tempestiva escussione della garanzia fideiussoria, di aggravare la posizione debitoria dell'intestatario del titolo edilizio.

La Plenaria del Consiglio di Stato n. 24/2016 ha ritenuto condivisibile il secondo orientamento giurisprudenziale affermando che non c'è norma che correli il potere sanzionatorio del Comune al previo esercizio dell'onere di sollecitazione del pagamento presso il debitore principale ovvero presso il fideiussore. Così come è solo eventuale la presenza di una garanzia per l'adempimento del debito principale e di un parallelo strumento a sanzioni crescenti.

Quest'ultimo viene ad avere una chiara funzione di deterrenza dell'inadempimento che trova però applicazione al verificarsi oggettivo del fatto dell'inadempimento dell'obbligato principale. In tale sistema, l'Amministrazione comunale, allo scadere del termine originario di pagamento della rata, ha quindi solo una facoltà di escutere immediatamente il fideiussore per ottenere il soddisfacimento del suo credito, ma ove ciò non accada si potrà e dovrà comunque sanzionare il ritardo nel pagamento con la maggiorazione del contributo a percentuali crescenti all'aumentare del ritardo.

La legge è dunque chiara nell'assegnare all'amministrazione il potere/dovere di applicare le sanzioni al verificarsi di un unico presupposto fattuale, e cioè il ritardo nel pagamento da parte dell'intestatario del titolo edilizio.