ZAMBELLI TASSETTO
STUDIO LEGALE

NEWSLETTER

GENNAIO 2018

SOMMARIO:

1. RITO SUPERACCELERATO: PAROLA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA. TAR PIEMONTE, SEZ. I, ORD. N. 88/2018

2. REGOLE SULLA CONCORRENZA: UNA LORO VIOLAZIONE COMPORTA UN GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE, LEGITTIMANTE L'ESCLUSIONE DALLA GARA. TAR LAZIO, SEZ. III QUATER, SENT. N. 12640/2017

3. DIA PRIVACY: L. 205/2017

4. ASSEMBLEA CONDOMINIALE E CONFLITTO D'INTERESSE: CASS. CIV., SEZ. VI, ORD. 1853/18

VIA CAVALLOTTI N. 22 - 30171 MESTRE (VE)
TEL. 041 940752
E-MAIL: info@ztlex.com

VIA TERRAGLIO 23 – 31100 TREVISO
TELEFAX 041 957621
www.ztlex.com

1. RITO SUPERACCELERATO: PAROLA ALLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA. ORDINANZA TAR PIEMONTE N. 88/2018.

I giudici del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte hanno, in data 17 Gennaio 2018, rimesso alla Corte di Giustizia Europea due quesiti relativamente al rito super accelerato ex art. 120 comma 2 c.p.a.

Entrambi i quesiti vertevano sul rispetto della normativa nazionale del principio di effettività della tutela imposto dalla normativa unionale.

Quest'ultima, secondo un combinato disposto da più norme, impone agli Stati membri di garantire un giusto ed effettivo processo, offrendo gli strumenti per una tutela attraverso un'adeguata qualificazione della situazione giuridica soggettiva da proteggere e una tutela processuale attraverso le tre componenti fondamentali del principio di effettività, identificabili con la pienezza e la completezza della tutela e ragionevole durata del processo.

Non solo, fa eco a quanto appena enunciato il disposto dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea stabilisce il diritto dell'individuo ad "un ricorso effettivo davanti ad un giudice" quando, però, siano stati violati i propri diritti e le proprie libertà.

Più nello specifico, per quanto riguarda gli appalti, la Dir. 2007/66/CE, stabilisce che "gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla Dir. 2004/18/CE, le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace".

Volendo riassumere, il principio di efficacia presuppone che "l'azione sia volta a soddisfare un interesse attuale e concreto del soggetto ricorrente, che agisce a tutela di una sua lesione al bene della vita costituito dall'aggiudicazione della gara di appalto cui ha partecipato.".

La nuova disciplina interna introdotta dal D. Lgs 50/2016, introduce un onere aggiuntivo e anticipato rispetto all'effettiva aggiudicazione della gara per chi intenda lamentare l'illegittimità di questa: "la ditta partecipante ad una gara, che vuole contestare l'ammissione di un altro partecipante, lamentando il difetto dei requisiti soggettivi e di quelli economico-finanziari e tecnico-professionali e, quindi, l'illegittimità della decisione della stazione

appaltante di non aver escluso il partecipante, deve proporre ricorso entro 30 giorni dalla comunicazione ex art 29 d.lgs. 50/2016.".

Ciò porta, nel pensiero del collegio rimettente alcune perplessità relativamente alla sua osservanza del principio di efficacia: "Si può infatti prospettare l'ipotesi in cui sia censurata l'ammissione/mancata esclusione di una ditta partecipante che, tuttavia, conclusa la gara, potrebbe non essere risultata aggiudicataria; così come la stessa ricorrente potrebbe, a conclusione del procedimento, porsi in una posizione tale da non avere alcun interesse a contestare l'aggiudicazione.

In tale ipotesi si impone ad un soggetto partecipante alla gara un onere "inutile" al fine dell'interesse finale perseguito da chi partecipa, cioè l'aggiudicazione dell'appalto.

Nella differente ipotesi, in cui nessuna ditta partecipante faccia valere tempestivamente la mancata esclusione di altro partecipante, che risulti poi aggiudicatario, è preclusa la possibilità di fare valere vizi relativi all'illegittima ammissione dell'aggiudicataria, con la conseguenza che potrebbe conseguire l'aggiudicazione una ditta priva dei requisiti di partecipazione, nell'ipotesi in cui la stazione appaltante sia incorsa in errore nella valutazione degli stessi.".

2. REGOLE SULLA CONCORRENZA: UNA LORO VIOLAZIONE COMPORTA UN GRAVE ILLECITO PROFESSIONALE, LEGITTIMANTE L'ESCLUSIONE DALLA GARA. TAR LAZIO, SEZ. III QUATER, SENT. N. 12640/2017.

Il nuovo "codice appalti" (D. Lgs 50/2016) contiene all'art. 80 i motivi di esclusione dalle gare di appalto.

Si tratta, chiaramente, di una disposizione estremamente rilevante oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali, tra le quali va senz'altro annoverata la sentenza della sezione III quater del TAR Lazio n. 12640 pubblicata in data 22 dicembre 2017.

Nel caso sottoposto al Giudice amministrativo del Lazio il dubbio verteva sulla possibilità di far ricomprendere l'illecito Antitrust tra le cause di esclusione ed in particolare all'interno dell'art. 80, comma 5, lett. c), dove si afferma che: "Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti

situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora… la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione.".

Il Collegio ha risposto positivamente alla questione infatti, per quanto si legge in sentenza, l'illecito antitrust è certamente da ricondurre fra le condotte professionali valutabili in chiave espulsiva dalla stazione appaltante.

A fondamento di tale decisione, si riportano, in primo luogo, le linee guida n. 6 dell'ANAC in cui si richiamano espressamente i provvedimenti di condanna dell'AGCM per pratiche commerciali scorrette o per illeciti *antitrust* gravi, che la stazione appaltante è chiamata a valutare ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente dalla gara pubblica.

Inoltre, depone in tal senso anche lo stesso art. 80 attraverso l'utilizzo di una formula giuridica aperta ("gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia…integrità o affidabilità") la quale consente di abbracciare molteplici fattispecie che non possono che essere elencate solo in via esemplificativa. In caso contrario, concepire l'esistenza di un catalogo chiuso di cause di esclusione, si presterebbe facilmente a condotte elusive, fortemente lesive dell'esigenza di selezionare un contraente affidabile.

Ma qual è il grado richiesto di accertamento di tale condotta anticoncorrenziale? Secondo i giudici amministrativi, "il passaggio in giudicato della sentenza di accertamento dell'illecito *antitrust* non può assurgere a requisito legittimante lo scrutinio in chiave escludente dell'amministrazione aggiudicatrice", dal momento che tale criterio è richiamato dalle sole Linee Guida non vincolanti e non dalla normativa primaria. Ne consegue, quindi, che possono essere sufficienti provvedimenti esecutivi dell'AGCM e non più quelli di condanna *antitrust* "divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato".

All'impresa partecipante alla gara però è consentito ricorrere al contradditorio procedimentale per evitare l'esclusione, purché si sia relazionato con la stazione con trasparenza, dichiarando tutte le situazioni e gli eventi potenzialmente rilevanti ai fini del possesso dei requisiti di ordine generale richiesti per la partecipazione alla gara. In questo caso, si può godere del diritto al pieno ed effettivo dispiegamento del contraddittorio procedimentale.

Viceversa, in caso di dichiarazioni mendaci o reticenti, l'amministrazione aggiudicatrice può disporre l'immediata esclusione della concorrente (sul punto, cfr. Consiglio di Stato, n. 4192/2017).

3. DIA PRIVACY: L. 205/2017.

L'ormai noto regolamento UE 679/2016 in materia di trattamento dei dati personali prevede che, in alcuni casi quando sussista un "legittimo interesse", non sia necessario acquisire il consenso da parte dei soggetti interessati, bensì sia sufficiente informare il Garante della Privacy e che, nel caso di silenzio di quest'ultimo, il trattamento sia legittimo. Non specificando oltre quali siano i casi di legittimo interesse, è intervenuta la legge di bilancio 2018 (L. 205/2017), la quale incarica il Garante di adottare un provvedimento entro due mesi dall'entrata in vigore della legge con il quale fornire le linee guida in materia di trattamento dati personali, quando questo sia fondato su un legittimo interesse. All'interno di questo provvedimento dovrà essere presente, inoltre un nuovo modulo di informativa da compilare a cura dei titolari di dati personali.

Dal punto di vista procedurale il titolare dovrà comunicare tempestivamente al Garante, prima di procedere al trattamento, inviando l'informativa relativa all'oggetto, alle finalità e al contesto del trattamento. Trascorsi 15 giorni da tale invio, senza che il Garante abbia dato risposta, il titolare può procedere al trattamento.

L'informativa inviata, sarà oggetto di istruttoria all'esito della quale, qualora si dovesse ravvisare un rischio di lesione dei diritti o libertà dei soggetti interessati, verrà disposta una moratoria del trattamento per un periodo massimo di 30 giorni, durante i quali verranno chiesti chiarimenti.

4. ASSEMBLEA CONDOMINIALE E CONFLITTO D'INTERESSE: CASS. CIV., SEZ. VI, ORD. 1853/18.

Alcuni condomini avevano impugnato una delibera assembleare in quanto, a loro dire, viziata dal conflitto di interessi in capo ad un condomino titolare della impresa appaltatrice dei lavori di manutenzione dell'edificio condominiale, il cui intervento era stato approvato, anche dal punto di vista finanziario, con il verbale di assemblea poi oggetto di impugnazione.

La Suprema corte, nel confermare le decisioni dei Giudici di merito, ribadiva che i condomini in potenziale conflitto di interessi non hanno alcun obbligo di astenersi dalle decisioni della assemblea.

Le maggioranze necessarie per approvare le delibere, prosegue la Corte, sono inderogabilmente quelle previste dalla legge in rapporto a tutti i partecipanti ed al valore dell'edificio, compresi quindi i condomini in potenziale conflitto di interessi.

Di conseguenza la delibera è invalida solo quando venga leso un interesse del condominio. La deliberazione assembleare sarà dunque invalida soltanto se risulti dimostrata una chiara divergenza tra l'interesse del condominio e specifiche ragioni personali di determinati singoli condomini i quali non si siano astenuti ed abbiano perciò con il loro voto concorso a formare la maggioranza assembleare.

I principi espressi dalla decisione in esame appaiono perciò chiarissimi e perfettamente in linea con le precedenti decisioni della Corte: non esiste alcun divieto per i soci in potenziale conflitto

di interessi di partecipare alle assemblee condominiali e neppure di concorrere alla formazione della volontà assembleare esprimendo il loro voto. Le delibere espresse anche con il voto di potenziali portatori di conflitto di interessi, sono viziate e devono essere dichiarate illegittime solo e soltanto se da esse possa derivare un danno anche solo potenziale per il condominio.