



**STUDIO LEGALE
ZAMBELLI TASSETTO**

**NEWSLETTER
OTTOBRE 2017**

SOMMARIO:

- 1. REVOCA DELL'APPALTO: RESPONSABILITÀ E PRESCRIZIONE. CASS. SEZ. I, SENT.
25644/2017**
- 2. DISTANZE LEGALI E VOLUMI TECNICI. CASS. SEZ. II, SENT. 23973/2017**
- 3. POTERE DISCREZIONALE DELLA PA E CONCORRENZA. LA NECESSITÀ DI UNA SCELTA
RAGIONEVOLE. TAR TOSCANA, SEZ. III, SENT. 1267/2017**

1. REVOCA DELL'APPALTO: RESPONSABILITÀ E PRESCRIZIONE. CASS. SEZ. I, SENT. 25644/2017.

Negli appalti pubblici può accadere talvolta che, una volta aggiudicata la gara, venga poi revocata tale decisione. Con la sentenza depositata il 27 ottobre ultimo scorso, la Suprema Corte di Cassazione, I sezione, ha fatto il punto sugli effetti giuridici di questa scelta, sul tipo di responsabilità che ne deriva e sulla prescrizione del diritto al risarcimento del danno subito.

Il caso di specie vedeva un'impresa convenire in giudizio un comune per ottenere il risarcimento per i danni subiti in conseguenza della mancata esecuzione dei lavori di sistemazione di una strada comunale, per i quali era risultata aggiudicataria ma che successivamente erano stati assegnati ad altra impresa a seguito di annullamento della delibera. Tribunale e Corte d'Appello si sono dichiarati concordi nel respingere la domanda attorea, affermando che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno decorre dalla data di stipula del contratto di appalto con il nuovo aggiudicatario, e si compie trascorsi cinque anni ex art. 2947 c.c.

Il ricorso in Cassazione avverso tale pronuncia sosteneva di fatto un errata applicazione della legge, in quanto il termine di prescrizione per il risarcimento del danno, a differenza di quanto è stato fatto nei due gradi precedenti, avrebbe dovuto decorrere dalla data in cui il giudizio amministrativo relativo all'annullamento della delibera comunale si era concluso e non dalla data della stipula con il nuovo aggiudicatario.

La Corte prima definisce il tipo di responsabilità verificatasi e poi analizza il termine prescrizione applicabile. La responsabilità della P.A., configuratasi per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto, fa sorgere in capo alla controparte il diritto al risarcimento dei danni per le perdite subite, oltre che per il mancato guadagno. Tale responsabilità, però, non è da intendersi come responsabilità aquiliana né come responsabilità contrattuale in senso proprio "sebbene a questa si avvicini poiché consegue al "contratto qualificato" tra le parti nella fase procedimentale anteriore alla stipula del contratto, ed ha

origine nella violazione del dovere di buona fede e correttezza”.

L'azione proposta dal ricorrente, dunque, doveva essere collocata nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale da “contratto sociale qualificato” ex art. 1173 c.c. Si tratta della disposizione normativa dalla quale nascono reciproci obblighi di buona fede, protezione ed informazione.

Ne discende che la Corte, nella sua ricostruzione, consideri applicabile il termine di prescrizione decennale (ordinario) sancito dall'art. 2946 c.c. e non quello quinquennale di cui all'art. 2947 c.c. (così derubricato: “Prescrizione del diritto al risarcimento del danno”), con decorrenza dalla data dell'illecito e non da quella del passaggio in giudicato della sentenza di annullamento da parte del giudice amministrativo. Nel caso di specie, quindi, la domanda giudiziale inizialmente proposta dal ricorrente il giudice di merito avrebbe dovuto riconoscere effetto interruttivo della prescrizione ex art. 2943 c.c. (Interruzione da parte del titolare) e perciò la Corte accoglie il ricorso e cassa la sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'Appello in diversa composizione.

2. DISTANZE LEGALI E VOLUMI TECNICI. CASS. SEZ. II, SENT. 23973/2017.

La sentenza 27973 depositata il 12 ottobre costituisce un nuovo capitolo nel rapporto tra la disciplina delle distanze e i volumi tecnici.

In seguito ad ampliamento del fabbricato di proprietà, i convenuti erano stati condannati a rimuovere parti di esso, tra cui il manufatto contenente i contatori di acqua e gas, costruito in aderenza al muretto di recinzione e ritenuto, in quanto permanentemente infisso al suolo, come una nuova costruzione e, perciò, non rispettoso della distanza legale. In sede di legittimità, i ricorrenti deducevano che il manufatto in questione rientrasse nella definizione di volume tecnico; dunque non rilevante, ai fini delle distanze, come volumetria della costruzione. A sostegno di questa tesi veniva richiamato il Regolamento attuativo del Piano Regolatore Generale, il quale consentiva le costruzioni accessorie di questo tipo (ritenendole

esenti dal calcolo della volumetria) e le escludeva ai fini della misurazione della distanza tra i fabbricati ed il confine.

La Corte Suprema, tuttavia, non ha ritenuto meritevole di accoglimento la censura poiché si fondava su una pronuncia di legittimità (richiamata nel ricorso) che esclude il calcolo dei volumi tecnici ai fini delle distanze, riferendosi però alle ipotesi di distanze da stabilirsi in relazione all'altezza.

Gli Ermellini quindi non hanno voluto discostarsi dall'orientamento per cui la disciplina legislativa contenuta nel codice civile non può essere derogata da norme di rango inferiori quali quelle regolamentarie.

3. POTERE DISCREZIONALE DELLA PA E CONCORRENZA. LA NECESSITÀ DI UNA SCELTA RAGIONEVOLE. TAR TOSCANA, SEZ. III, SENT. 1267/2017.

Con la sentenza n. 1267 del 2017 il TAR Toscana ha espresso ancora una volta come il potere della PA, in materia di appalti, non sia libero ed incondizionato ma debba sempre estrinsecarsi nel rispetto della libera concorrenza tra i soggetti operanti nel mercato.

Nel caso di specie si tratta di un ricorso proposto da una società avverso il bando di gara indetto dall'amministrazione per l'aggiudicazione del servizio di supporto alle attività fiscali, tributarie e amministrative delle aziende sanitarie regionali.

Tra i requisiti di partecipazione, era contemplata la necessità che tutti i soci dell'impresa concorrente fossero in possesso dell'iscrizione all'albo dei commercialisti. La ricorrente, dunque, è rimasta esclusa dalla gara, in quanto i soci erano privi della suddetta iscrizione. Nel contraddittorio procedimentale, inoltre, è stato chiarito dalla stazione appaltante che il requisito in discorso debba essere posseduto da tutti i soci e solo da essi, non rilevando, ai fini partecipativi, l'eventuale iscrizione all'albo dei dipendenti della società.

Il TAR afferma che la stazione appaltante è titolare di un potere discrezionale, il quale si

traduce nella possibilità di prevedere requisiti di partecipazione alla gara ulteriori e anche più stringenti rispetto a quelli normativi, purché siano attinenti, proporzionati e “giustificati” dall'oggetto dell'appalto.

Ciò non è stato ravvisato nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici. Il TAR, infatti, ha ritenuto irragionevolmente limitativa della concorrenza la scelta dell'amministrazione di richiedere a tutti i soci il possesso del requisito tecnico-professionale. Al contrario, si legge in sentenza, avuto riguardo all'oggetto della gara, l'amministrazione avrebbe potuto richiedere l'iscrizione all'albo nei confronti di uno solo (o di alcuni) tra i soci, così come avrebbe potuto ammettere il possesso del requisito in parola da parte dei soli dipendenti, qualora concretamente deputati all'esecuzione del servizio. Tanto sarebbe bastato ad evitare la lesione del fondamentale principio di concorrenza. Il Tribunale afferma così l'illegittimità del bando, anche con riferimento alle censure esposte nel secondo motivo di ricorso formulato nelle difese della ricorrente, con cui si lamenta la violazione dell'art. 89 d.lgs. n. 50/2017, per violazione della disciplina in tema di avvalimento. Infatti, il ricorso all'avvalimento è consentito per integrare il possesso dei requisiti economico - finanziari, tecnici e organizzativi, tra i quali rientra, senz'altro, l'iscrizione in albi professionali. L'art. 89 d.lgs. n. 50/2017 non pone, infatti, alcuna limitazione per il ricorso a tale istituto, anch'esso riconducibile al *favor participationis*, con la sola eccezione dei requisiti strettamente personali di carattere generale (c.d. requisiti di idoneità morale), che non possono costituire oggetto di avvalimento in quanto, riferendosi all'idoneità professionale del concorrente-imprenditore, hanno ad oggetto la possibilità stessa di rendersi contraenti della pubblica amministrazione.