



Cinque e Soci s.r.l. - Società tra avvocati

Newsletter n. 8_2019



Indice

- 1. DIRITTO AMMINISTRATIVO.** LE LINEE GUIDA ANAC: VALORE GIURIDICO E NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI.
- 2. DIRITTO AMMINISTRATIVO.** GARA PUBBLICA: ESCLUSIONE DIRETTA PER OFFERTA CON MANODOPERA SOTTO I MINIMI.
- 3. DIRITTO DEL LAVORO.** I RAPPORTI DI LAVORO E IL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOVENZA.
- 4. DIRITTO BANCARIO.** LA PENALE DI ESTIZIONE ANTICIPATA,

PURCHE' PROMESSA, RILEVA AI FINI DELL'USURA.

5. DIRITTO DEL LAVORO. ABUSO DI PERMESSI SINDACALI: LEGITTIMO IL LICENZIAMENTO.

6. DIRITTO DEL LAVORO. IL REGIME DELLE «TUTELE CRESCENTI» SI APPLICA ANCHE AL LICENZIAMENTO COLLETTIVO. SPETTA AL GIUDICE LA GRADUAZIONE DELL'INDENNITA'.

1. DIRITTO AMMINISTRATIVO. *LE LINEE GUIDA ANAC: VALORE GIURIDICO E NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI.*

Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici è destinato a rappresentare la fonte principale di disciplina degli appalti pubblici, integrato dalla legge sul procedimento amministrativo e dal diritto privato e, a livello sub - primario, da innovativi provvedimenti latu sensu normativi, quali le linee guida ANAC. Frequente il rinvio, da parte del decreto legislativo numero 50 del 2016 alle linee guida ANAC in funzione integrativa della regolamentazione codicistica. Richiamo accompagnato anche da un potenziamento, ad opera del legislatore, del ruolo svolto dall'autorità nazionale anticorruzione. Tratto distintivo delle linee guida ANAC risiede nella loro vincolatività. Il carattere della vincolatività distingue le linee guida dalla cosiddetta soft law, così denominate in quanto dotate di natura normativa, seppur disapplicabili dalle stazioni appaltanti destinatarie con apposita motivazione. È controversa la natura giuridica da attribuire alle linee guida ANAC.

Un primo orientamento riconosce natura normativa in senso stretto a siffatti provvedimenti, rilevando la preordinazione di emanare vere proprie norme generali ed astratte. L'impostazione si fonda sulla funzione integrativa svolta dalle linee guida rispetto alla disciplina primaria e sulla mancata previsione della possibilità per le amministrazioni di derogare a dette statuizioni. In altri termini secondo la tesi in esame le linee guida sarebbero deputate ad assolvere il medesimo compito in precedenza assolto dai regolamenti governativi mutando solo il rispettivo referente normativo: nel caso di regolamenti questo si rinviene nell'art. 17 della legge 23 agosto del 1988, n. 400 mentre le linee guida ANAC hanno la propria base

in un atto normativo primario qual è il decreto legislativo n. 50 DEL 2016. Per differente approccio, sostenuto dalla sezione consultiva del Consiglio di Stato, nel parere n. 855 dell'aprile 2016, le linee guida sono atti amministrativi generali e, più precisamente, atti di regolazione che partecipano della natura dell'autorità emanante quale autorità amministrativa indipendente. Tale ricostruzione consente di risolvere una serie di problemi sul piano applicativo. In primo luogo essa non pregiudica ma conferma gli effetti vincolanti ed *erga omnes* di tali atti dell'ANAC e, al contempo, tale assimilazione consente di assicurare anche per questi provvedimenti tutte le garanzie procedurali e di qualità della regolazione vigente per le autorità amministrative indipendenti.

Da ultimo il Consiglio di Stato, con parere reso il 30 marzo 2017, n. 782 ha distinto a seconda che le linee guida siano o meno approvate con decreti ministeriali o interministeriali. Nel primo caso, le stesse possiedono una chiara efficace innovativa nell'ordinamento, che si accompagna ai caratteri di generalità ed astrattezza delle disposizioni ivi previste. Pertanto tali atti vanno intesi quali regolamenti ministeriali ex art. 17, comma tre, della legge 23 agosto del 1988 numero 400.

Diverse considerazioni valgono per le linee guida a carattere "vincolante" adottate direttamente dall'autorità, ritenute dal Consiglio di Stato prive di carattere normativo extra ordinem, in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione cd. nel sistema delle fonti: è così ribadita l'opzione interpretativa che qualifica le stesse quali atti di regolazione proprie delle autorità indipendenti riconducibili alla categoria degli atti amministrativi generali.

2. DIRITTO AMMINISTRATIVO. GARA PUBBLICA: ESCLUSIONE DIRETTA PER OFFERTA CON MANODOPERA SOTTO I MINIMI.

TAR Toscana, sentenza n. 165 del 1 febbraio 2019

Il TAR Toscana, con sentenza 1° febbraio 2019, n. 165 ha ribadito, da un lato, come la stazione appaltante sia obbligata a scrutinare la correttezza delle offerte dei concorrenti sotto il profilo della congruità del costo della

manodopera e, dall'altro, che tale fase procedimentale prescinde tanto dall'anomalia dell'offerta quanto dalla necessità di attivare un contraddittorio con l'impresa.

Il potere di controllo appena menzionato trova fondamento nell'art. 95, comma 10, del D.Lgs. n. 50/2016 come modificato dall'art. 60, comma 1, lett. e), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che, al secondo periodo, prevede quanto segue: "le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lett. d)" del medesimo D.Lgs. n. 50/2016".

Quest'ultima disposizione fa riferimento al costo del personale come indicato nelle tabelle ministeriali di cui all'art. 23, comma 16 dello stesso decreto ed evidenzia come anche i minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali costituiscono un elemento inderogabile delle offerte presentate nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici. Ne consegue che in sede di verifica dell'anomalia delle offerte non possono essere ammesse ipotesi in cui vi sia una riduzione del trattamento salariale dei dipendenti a livelli inferiori a tale parametro.

Secondo il Collegio, in definitiva, dall'art. 95, comma 10, secondo periodo, del D.Lgs. n. 50/2016 è ricavabile il principio secondo cui *"Le stazioni appaltanti prima dell'aggiudicazione hanno obbligo di controllare che i costi della manodopera rappresentati nell'offerta vincitrice non siano inferiori ai minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle ministeriali"*.

Per tale verifica la disposizione non richiede alcun contraddittorio né tantomeno che venga attivato il procedimento di verifica delle offerte anormalmente basse. La norma di rinvio è contenuta nell'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016 che disciplina detto procedimento; il rinvio però è limitato al disposto di cui al comma 5, lett. d), di tale articolo e, pertanto, non può essere interpretato nel senso che occorre attivare comunque il procedimento citato. Detto rinvio va invece interpretato nel senso che prima dell'aggiudicazione le stazioni appaltanti devono verificare il rispetto, da parte dell'offerta vincitrice, dei minimi salariali indicati nelle tabelle

ministeriali.

3. DIRITTO DEL LAVORO. I RAPPORTI DI LAVORO E IL NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOVENZA.

La recente riforma delle procedure concorsuali porta con sé alcune importanti novità in merito alla regolazione dei rapporti di lavoro investiti dalla crisi d'impresa. In particolare la disciplina della liquidazione giudiziale esclude l'automatica risoluzione dei rapporti di lavoro, i quali restano sospesi sino a quando il curatore non decida di subentrarvi oppure recedere previa autorizzazione del giudice delegato e sentito il comitato dei creditori. La sospensione può durare al massimo quattro mesi, al termine dei quali se il curatore non ha comunicato ai lavoratori la sua decisione, i rapporti di lavoro s'intendono risolti di diritto, con diritto alla NASPI in favore dei lavoratori così licenziati.

4. DIRITTO BANCARIO. LA PENALE DI ESTIZIONE ANTICIPATA, PURCHE' PROMESSA, RILEVA AI FINI DELL'USURA.

Tribunale di Teramo, 21 febbraio 2019

Per uniforme insegnamento della S.C., ai sensi degli artt.644 c.p. e 1815, secondo comma, c.c., e della L. n.24 del 2001 di conversione del D.L. n.394/2000, si intendono usurari gli interessi, commissioni, le spese che superino il limite stabilito dalla legge nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal loro pagamento, con la conseguenza che ogni verifica del superamento o meno del limite legale va effettuata ex ante sulla base di quanto pattuito al momento della stipulazione del contratto.

Di conseguenza il costo promesso per l'estinzione anticipata del mutuo va computato ai fini dell'usura essendo un onere connesso al finanziamento che il cliente ha promesso di pagare. In particolare pur non disconoscendosi le differenti caratteristiche giuridiche ed ontologiche ravvisabili tra interessi corrispettivi, interessi moratori, la commissione per anticipata estinzione, i "costi fissi" legati all'erogazione del credito, le penali, ecc., si rientra sempre

nell'alveo degli oneri connessi alla erogazione del credito ovvero nelle somme pattuite a titolo di "interessi o altri vantaggi" ex art.644 c.p.

Non appare pertanto condivisibile la tesi in base alla quale il costo per l'anticipata estinzione vada preso in considerazione ai fini del calcolo del TEG solo se effettivamente corrisposto, altrimenti si valorizzerebbe solo il "dare" e non il "promettere" atteso che al momento della conclusione del contratto non è possibile conoscere preventivamente l'andamento del rapporto. Come chiarito dalle S.U. con la sentenza del 19 ottobre 2017, n. 24675 *"una sanzione (che implica il divieto) è contenuta, per l'esattezza, anche nell'art. 1855, secondo comma, cod. civ. che, tuttavia, presuppone una nozione di interessi usurari definita altrove, ossia, di nuovo, nella norma penale integrata dal meccanismo previsto dalla L. n.108/96. Sarebbe quindi impossibile operare la qualificazione di un tasso come usurario senza fare applicazione dell'art. 644 c.p."*.

In altre parole qualunque sia lo scenario pattuito che manda il contratto in usura solo perché promesso, la conseguenza sanzionatoria ai sensi dell'art.1815, secondo comma, c.c. è la non debenza di tutto ciò che rientra nel perimetro del TAEG secondo la nozione lata di interesse descritta dall'art. 644 c.p., spettando al mutuante solo il capitale erogato.

5. DIRITTO DEL LAVORO. ABUSO DI PERMESSI SINDACALI: LEGITTIMO IL LICENZIAMENTO.

Corte di Cassazione sentenza n. 4943 del 20 febbraio 2019

Così ha deciso la Corte di cassazione con la sentenza 20 febbraio 2019 n. 4943, in relazione al caso di un dipendente che aveva richiesto un permesso per partecipare alle riunioni degli organismi direttivi sindacali di cui era componente, salvo poi fare un uso personale del tempo concesso. In tal caso, secondo i giudici di legittimità, l'assenza dal lavoro si qualifica come mancato svolgimento della prestazione per fatto imputabile al lavoratore. Inoltre il datore di lavoro può svolgere controlli circa le modalità di effettiva fruizione del permesso.

6. **DIRITTO DEL LAVORO. IL REGIME DELLE «TUTELE CRESCENTI» SI APPLICA ANCHE AL LICENZIAMENTO COLLETTIVO. SPETTA AL GIUDICE LA GRADUAZIONE DELL'INDENNITA'.**

Tribunale di Napoli sentenza n. 1366 del 26 febbraio 2019

Il Tribunale di Napoli, con la sentenza 26 febbraio 2019 n. 1366, ha ribadito che il regime delle tutele crescenti introdotto dal Jobs act, si applica anche ai licenziamenti collettivi ove gli stessi coinvolgano dei lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del suddetto provvedimento normativo. La sentenza si segnala per aver fatto applicazione del principio enunciato dalla nota sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale, secondo la quale al legislatore compete stabilire un regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi che ne fissi i minimi e i massi edittali. Viceversa spetta giudice stabilire l'importo effettivo della sanzione applicabile nel caso concreto sulla base di una serie parametri, tra i quali le dimensioni dell'azienda, il comportamento datoriale e la durata del rapporto di lavoro.

Cinque & Soci s.r.l.

Società tra avvocati