

The background of the entire page is a golden-yellow color with a faint, repeating pattern of a modern building's facade, showing a grid of windows and structural elements. A white rectangular frame is centered on the page, containing the main text and logos.

# LEAP

NEWSLETTER

LC&P

A cura del Centro Studi Lipani Catricalà & Partners

**NEWSLETTER DEL 10 maggio 2023**

**GIURISPRUDENZA**

**Contratti Pubblici e Diritto Amministrativo**

**3**

TAR Abruzzo - Pescara, Sezione I, 3 maggio 2023, n. 164

**Diritto civile e processuale civile**

**5**

Cassazione Civile, Sez. I, 16 marzo 2023, n. 7721

# GIURISPRUDENZA

CONTRATTI  
PUBBLICI E DIRITTO  
AMMINISTRATIVO

## TAR Abruzzo - Pescara, Sezione I, 3 maggio 2023, n. 164

### Massima

E' illegittima l'aggiudicazione di una gara d'appalto nel caso in cui la Stazione Appaltante abbia omissis di valutare e considerare l'affidabilità del concorrente che, in sede di presentazione della domanda di partecipazione, abbia dichiarato fatti potenzialmente idonei a configurare illeciti professionali.

### Caso di specie

Un operatore economico (di seguito anche solo "ricorrente"), classificatosi secondo nella graduatoria di una gara di appalto, ha impugnato l'aggiudicazione disposta in favore dell'operatore economico collocatosi primo in graduatoria (di seguito "aggiudicatario"), censurando l'illegittimità del provvedimento per omessa valutazione, da parte della Stazione Appaltante, di fatti che hanno interessato pregressi servizi svolti dall'aggiudicatario - puntualmente dichiarati in sede di presentazione dell'offerta - potenzialmente idonei a valere come gravi illeciti professionali.

I fatti in questione concernevano in particolare:

- (i) l'applicazione di penali;
- (ii) lo scioglimento di due contratti di appalto;
- (iii) la revoca dell'affidamento di un servizio;
- (iv) atti di risoluzione contrattuale.

Il ricorrente sosteneva che l'impugnativa degli atti di risoluzione contrattuale non impediva alla Stazione Appaltante di effettuare proprie valutazioni in ordine all'affidabilità dell'aggiudicataria.

### **Motivi della decisione**

Il TAR, dopo aver constatato che nei verbali di gara e nelle premesse del provvedimento di aggiudicazione non risultava alcuna valutazione da parte della Stazione Appaltante degli elementi dichiarati dall'aggiudicatario in sede di gara, ha dedotto che non fosse stata compiuta nessuna valutazione in merito all'affidabilità dell'aggiudicatario stesso. Di conseguenza, il TAR ha ritenuto illegittimo il provvedimento di aggiudicazione sul rilievo che, omettendo la valutazione dei fatti potenzialmente idonei a configurare gravi illeciti professionali, la stazione appaltante sia mena a un suo preciso obbligo di legge, ex art. 80, comma 5 c, Decreto Legislativo 16 aprile 2016, n. 50.

Secondo il TAR, infatti, *“l'essersi sottratta appare ancora più evidente da un lato perché l'aggiudicataria, come visto forniva le informazioni necessarie per procedere a detta valutazione, dall'altro perché, trattandosi di considerazioni attinenti alla sfera discrezionale dell'Amministrazione, necessitavano, a supporto della determina di esclusione o meno di detta concorrente, anche di un corredo motivazionale congruo e adeguato”*.



## Cassazione Civile, Sez. I, 16 marzo 2023, n. 7721

### Massima

La ricerca dei versamenti di natura solutoria va affrontata preliminarmente mediante l'individuazione e la cancellazione dal saldo di tutte le competenze illegittime applicate dalla banca e dichiarate nulle dal giudice di merito.

Solo successivamente, muovendo dal saldo opportunamente "rettificato", si potrà procedere individuando la parte solutoria di ogni singolo versamento effettuato dal correntista nel corso del rapporto.

Ne deriva che il *dies a quo* della prescrizione decorrerà solo per quella parte della rimessa sul conto corrente che supererà il limite del fido dopo la rettifica del saldo.

### Caso di specie

Un correntista ed il proprio fideiussore opponevano l'ingiunzione di pagamento mediante la quale era stato loro intimato il pagamento solidale, in favore di una banca, di una somma pari al saldo debitore

del conto corrente, oltre ad interessi e spese del procedimento monitorio.

In particolare, essi eccepivano la nullità della clausola di capitalizzazione degli interessi trimestrali, l'illegittimità delle spese non preventivamente concordate alla stipula del contratto di conto corrente e la nullità della commissione di massimo scoperto.

Il tutto, chiedendo di compensare le somme derivanti dal ricalcolo con l'eventuale credito dell'istituto di credito, da accertare nel corso del giudizio, e domandando in via riconvenzionale la restituzione delle somme ingiustamente addebitate sul conto corrente.

Con sentenza parziale, resa nel contraddittorio con la banca, il Tribunale adito revocava il decreto ingiuntivo opposto, dichiarando nulle le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi, le commissioni di massimo scoperto e il pagamento trimestrale delle spese di chiusura del conto.

In ordine all'eccezione di prescrizione sollevata dall'istituto di credito, il Giudice considerava applicabile il criterio indicato dall'arresto della Cassazione a Sezioni Unite n. 24418/2010 in riferimento all'individuazione della data di decorrenza del relativo termine.

Il Giudice rimetteva dunque la causa sul ruolo per determinare compiutamente la pretesa avanzata in via riconvenzionale, tuttavia in seguito non accolta, con condanna degli opposenti al pagamento nei confronti della banca.

La sentenza di prime cure trovava conferma anche in appello: infondata, dunque, veniva ritenuta la censura secondo cui il Tribunale avrebbe erroneamente operato il ricalcolo del saldo del conto corrente, applicando la prescrizione prima di aver eliminato le partite nulle.

Ciò in ragione del fatto che l'eccezione di prescrizione ha funzione estintiva del diritto fatto valere, dunque preclude la possibilità di eliminare la capitalizzazione trimestrale degli interessi in relazione ai versamenti solutori effettuati nel periodo antecedente l'ultimo decennio.

Da ciò deriva l'intangibilità degli interessi anatocistici concernenti versamenti extra-fido, che non possono essere scorporati nella rielaborazione del calcolo complessivo.

Diversamente, eliminando cioè prima l'effetto anatocistico e considerando solo dopo i versamenti solutori, l'impatto della prescrizione sarebbe inevitabilmente evitato e vanificato.

Dette argomentazioni richiamano quelle della già citata pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 24418/2010, ove si legge che, se dopo la conclusione di un contratto di conto corrente, il correntista agisce invocando la nullità della clausola di corresponsione di interessi anatocistici e chiede la ripetizione di quanto pagato indebitamente a tal titolo, il termine di prescrizione decennale dell'azione di ripetizione decorre dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati.

Ciò, ovviamente, a condizione che i versamenti eseguiti dal correntista durante il rapporto abbiano avuto solo funzione di ripristinare la provvista.

Proprio aderendo a questa tesi, il Tribunale, nel caso di specie, ha correttamente riconosciuto prescritti gli interessi anatocistici relativi ai versamenti extra-fido; versamenti di natura immediatamente solutoria, con decorrenza della prescrizione dalla singola operazione.

### **Motivi della decisione**

Con un unico motivo di ricorso, gli eredi degli originari oppositori adivano la Corte di Cassazione, lamentando l'erronea interpretazione delle norme sul divieto di anatocismo e la conseguente imprescrittibilità dell'azione di nullità.

Nello specifico, essi muovevano dalla declaratoria di nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi, delle commissioni di massimo scoperto e di pagamento trimestrale delle spese di chiusura conto, di cui alla sentenza parziale del Tribunale di primo grado, passata in

giudicato in ragione del fatto che la stessa non era stata impugnata dall'istituto di credito.

Sulla scorta di tali fatti, essi sostenevano che per determinare se la banca vantasse o meno un credito nei confronti degli originari opposenti sarebbe stato necessario espungere totalmente interessi anatocistici, commissioni e spese addebitati illegittimamente sul conto.

Mentre per stabilire se il debitore avesse diritto o meno a ripetere le somme già pagate, avrebbero dovuto espungersi dal conteggio delle somme astrattamente ripetibili gli importi in relazione ai quali era maturata la prescrizione decennale.

Prima, dunque, andava "ripulito" il conteggio da tutte le somme illegittimamente calcolate ed applicate dalla banca, verificando se residuasse o meno un eventuale ulteriore credito di quest'ultima. Una volta acclarata l'inesistenza di qualsivoglia credito, avrebbero dovuto eliminarsi gli importi astrattamente oggetto di restituzione (poiché già pagati), ma per i quali era maturata la prescrizione decennale, verificando l'esistenza di un credito del correntista da ripetizione di indebito.

Accedendo invece alla tesi del Tribunale, l'istituto di credito non solo avrebbe già illegittimamente incassato importi non soggetti a restituzione (poiché prescritti), ma addirittura somme ulteriori, derivanti (almeno in parte) dall'applicazione di una norma contrattualmente nulla.

Si è dunque chiesto alla Suprema Corte di stabilire quale saldo contabile utilizzare per la ricerca e l'individuazione delle rimesse solutorie: se quello della banca, che offre una ricostruzione delle operazioni contabili così come si sono susseguite nel tempo, oppure un "saldo rettificato", epurato dalle annotazioni illegittime effettuate dall'istituto di credito.

Questione che gli Ermellini approcciano muovendo nuovamente dai principi enunciati dalla predetta sentenza a Sezioni Unite n. 24418/2010, secondo cui il discrimine tra rimesse solutorie e ripristinatorie, al fine di comprendere quali considerare alla stregua di pagamenti (tali da poter formare oggetto di ripetizione, se indebiti), va

ricercato nella presenza o meno di capitale liquido ed esigibile.

Nello specifico, qualora la banca acconsenta ad un temporaneo sconfinamento della somma di denaro messa a disposizione (il c.d. capitale erogato "oltre fido"), il credito che ne deriva risulta liquido ed esigibile nell'immediato, esulando dalla funzione propria del contratto di apertura di credito.

Solo in questo caso i versamenti effettuati dal correntista a copertura del capitale concesso "extra fido" (e le relative pertinenze) possono considerarsi rimesse solutorie e quindi pagamenti di un credito liquido ed esigibile.

La pronuncia delle Sezioni Unite ha alimentato un'attiva discussione al riguardo, contrapponendo i sostenitori della validità del "saldo banca" ai fautori del c.d. "saldo rettificato".

Secondo i primi, sono rimesse solutorie tutte quelle che risultano coprire il capitale extra-fido nel momento in cui sono state effettuate.

Per i secondi, invece, risulta evidente e consequenziale che se il contratto di conto corrente contiene annotazioni nulle, anche l'estratto conto presenterà saldi viziati, inidonei a definire la natura delle rimesse effettuate dal correntista.

Conseguentemente, le risultanze finali offerte dalla banca non saranno affidabili in quanto fondate su clausole contrattuali e prassi contabili contrarie a norme imperative ed inderogabili, creando così una realtà contabile solo apparente e del tutto virtuale.

Nel descritto contesto è intervenuta la Cassazione (ordinanza n. 9141/2020) la quale, sulla scorta dei principi in precedenza offerti dalle Sezioni Unite nel 2010, ha aderito al secondo degli orientamenti esposti, ribadendo che la natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse effettuate dal correntista va individuata non con valutazione *ex ante*, ma solamente dopo aver eliminato dal saldo tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito.

Il conto passivo extra-fido è quindi solo quello che supera il limite del fido, espunte tutte le

competenze illegittime derivanti da nullità originarie.

Gli Ermellini hanno confermato, inoltre, la netta separazione tra l'azione di prescrizione e quella di accertamento della nullità delle competenze illegittime addebitate dall'istituto di credito: l'individuazione delle rimesse solutorie non ha infatti alcun rapporto di affinità o di collegamento con la prescrizione del diritto alla ripetizione dei pagamenti indebiti effettuati dal correntista, atteso che il ricalcolo del reale ed effettivo rapporto di dare/avere è una mera operazione preventiva e legittima rispetto a quella di individuazione dei versamenti solutori.

In controversie come quelle sottoposto al vaglio della Suprema Corte, quindi, la ricerca dei versamenti di natura solutoria va affrontata preliminarmente mediante l'individuazione e la cancellazione dal saldo di tutte le competenze illegittime applicate dalla banca e dichiarate nulle dal giudice di merito.

Solo dopo, prendendo le mosse dal saldo opportunamente "rettificato", si potrà procedere individuando la parte solutoria di ogni singolo versamento effettuato dal correntista nel corso del rapporto.

Il *dies a quo* della prescrizione decorrerà, pertanto, solo per quella parte della rimessa sul conto corrente che supererà il limite del fido dopo la rettifica del saldo.

In ragione di quanto sopra, il ricorso proposto è stato accolto e la sentenza impugnata cassata, con rinvio alla Corte d'Appello in diversa composizione per un nuovo esame della questione.

# 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