

ATTO AMMINISTRATIVO ESAME AVVOCATO 2019

Prima Traccia – ATTO CIVILE

Con atto di citazione notificato il 15 giugno 2018, Tizio, unico figlio del defunto Sempronio, cita in giudizio Caio esponendo che, con contratto del 10 aprile 2012, Mevio aveva apparentemente venduto a Caio appartamento sito in Roma ma che di tale vendita, per la quale era stato regolarmente pagato il prezzo convenuto, era relativamente simulata sul piano soggettivo dal momento che il vero acquirente del bene era stato suo padre, all'epoca ancora in vita. Chiede dunque, previa declaratoria del carattere simulato della compravendita, l'accertamento dell'inclusione del predetto immobile nel patrimonio ereditario del padre Sempronio, così da poter far valere sul cespite i diritti a lui spettanti per successione legittima.

A sostegno della propria domanda, l'attore indica alcuni elementi a suo dire indicativi di una fattispecie simulatoria e, separatamente, il rilascio da parte di Caio in favore di Sempronio di una procura a vendere il medesimo immobile, l'intestazione a nome di Sempronio delle utenze idriche ed elettriche, l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dell'immobile con denaro del de cuius, nonché l'omessa fissazione della residenza presso l'immobile da parte dell'acquirente apparente.

Caio si costituisce tempestivamente in giudizio senza sollevare specifiche eccezioni ma limitandosi a negare la dedotta simulazione. Alla prima udienza il giudice adito rinvia la causa per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 20 ottobre 2019, nella quale assegna alle parti i termini di cui all'art. 190 c.p.c. e invita le stesse a prendere posizione, nei propri scritti difensivi, anche sulla questione, sollevata d'ufficio, concernente l'eventuale necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di Mevio

Il candidato assume le vesti del legale di Caio, rediga l'atto difensivo richiesto svolgendo le difese più utili a tutelare la posizione del proprio assistito.

Soluzione Prima Traccia

La disposizione codicistica che vi fa riferimento, cioè l'articolo 190 del codice di rito civile, non fornisce peculiari indicazioni né di forma né di sostanza, limitandosi ad ancorarlo al termine della fase istruttoria. Pertanto le parti, in tale atto, sono chiamate ad argomentare in fatto e in diritto le ragioni poste a fondamento delle proprie conclusioni. Nella specie, il giudice ha sollevato una questione *ex officio*, invitando le parti stesse a prendere posizione sulla necessità, o meno, di integrare il contraddittorio verso Mevio, venditore dell'appartamento acquistato formalmente da Caio.

La struttura della comparsa conclusionale. Nel redigere la comparsa conclusionale il legale di Caio, dovrà:

1. insistere per il rigetto della richiesta declaratoria del carattere simulato della compravendita,
2. insistere per non far accertare l'inclusione dell'immobile in questione nel patrimonio ereditario del *de cuius* Sempronio;
3. prendendo posizione sulla questione processuale sollevata *ex officio* dal giudice, dovrà argomentare, anche facendo richiamo ai precedenti giurisprudenziali, che in sede di giudizio preordinato all'accertamento della

simulazione relativa di un contratto di compravendita per interposizione fittizia dell'acquirente, l'alienante non è litisconsorte necessario, allorché, come nel caso di specie, nei suoi riguardi, il negozio sia stato interamente eseguito mediante l'adempimento delle obbligazioni, tipicamente connesse alla causa del negozio, quali il versamento del corrispettivo ed il perfezionamento dell'effetto traslativo, e non sussista, quindi, alcun suo interesse ad essere parte del giudizio, a norma dell'art. 100 c.p.c., al fine di conservare come proprio acquirente l'originario stipulante.

In definitiva, nella controversia *da qua*, si tratta di accertare chi, fra interponente ed interposto, abbia acquistato il bene. E ovviamente il legale di Caio dovrà concludere che l'asserita interposizione non ricorre, insistendo sulla mancata produzione, da parte dell'attore, della prova scritta dell'accordo simulatorio.

La simulazione. Sussiste nelle ipotesi ove l'apparenza contrattuale venga creata in modo intenzionale, quindi nelle fattispecie ove le parti abbiano stipulato un contratto con l'intesa che il medesimo non corrisponda alla realtà del loro rapporto. In altre parole, le parti di un negozio concludono un negozio apparente, ovvero solo esteriormente dichiarato (cd. negozio simulato), ma in realtà esse non vogliono alcun negozio o vogliono un negozio diverso (cd. negozio dissimulato). La dottrina giuridica distingue la simulazione assoluta da quella relativa. Nella specie sottoposta

a parere, secondo la tesi esposta dall'attore, ricorrerebbe la seconda specie, in quanto le parti non sono limitate a privare di effetti il negozio simulato, bensì, mediante la controdi chiarazione, hanno espresso una volontà ulteriore diretta a realizzare un negozio diverso ma realmente voluto. Nella specie, si tratta di una simulazione relativa che riguarda il soggetto acquirente, che viene più propriamente definita quale interposizione fittizia di persona. In tema di onere della prova, il convenuto Caio viene chiamato ad eccepire l'inefficacia dei fatti allegati in giudizio da Tizio, a fondamento della tesi dal medesimo sostenuta, circa la sussistenza dell'interposizione fittizia di persona.

L'interposizione fittizia di persona. Nella vicenda in esame non ricorre l'aspetto di recente esaminato dalla Suprema Corte di Cassazione (Sezione II Civile, Sentenza 12 ottobre 2018, n. 25578); in questa sentenza si è affermato che, in tema di interposizione fittizia di persona, la simulazione ha come indispensabile presupposto la partecipazione all'accordo simulatorio non solo dell'interposto (Caio) e dell'interponente (il defunto Sempronio), bensì anche del terzo contraente (Mevio) che deve dare la propria consapevole adesione all'intesa raggiunta tra i primi due soggetti assumendo i diritti e gli obblighi contrattuali nei confronti dell'interponente (Sempronio). Per questo motivo la prova dell'accordo simulatorio deve avere ad oggetto la partecipazione del terzo all'accordo stesso con la conseguenza che, in

ipotesi di compravendita immobiliare, la domanda diretta all'accertamento della simulazione, ai fini della invalidazione del negozio simulato "inter partes", non può essere accolta se l'accordo simulatorio non risulti da atto scritto, proveniente anche dal terzo contraente.

Tuttavia nel contesto rappresentato dalla traccia, non compare la prova della controdi chiarazione atta a dimostrare la simulazione, pertanto il venditore appare del tutto estraneo all'accordo simulatorio asseritamente intercorso tra il padre di Tizio e Caio.

Il litisconsorzio necessario. L'art. 102 del codice di rito si occupa dell'istituto del litisconsorzio necessario, il quale ricorre nelle ipotesi ove la decisione giudiziale non può pronunciarsi che in confronto di più parti. La sentenza, dovendo spiegare effetti nei confronti di più soggetti, postula che questi, in ipotesi siano assimilabili alla parte attrice, debbono agire e, al contrario, se assimilabili alla parte resistente, debbono essere convenute nello stesso processo. Per l'effetto, ove la causa sia stata promossa da alcune, ovvero contro alcune soltanto di esse, la legge pretende che il giudice debba ordinare l'integrazione del contraddittorio in un termine perentorio da lui stabilito. L'istituto opera per quelle situazioni giuridiche sostanziali ove risultino presenti più parti inscindibili, quindi una contitolarità del rapporto sostanziale. Quando una di tali parti risulti pretermessa, il giudice prima di decidere nel merito

deve necessariamente convocare i soggetti mancanti, attraverso l'ordine d'integrazione del contraddittorio. Ove le parti non ottemperino all'ordine di integrazione del contraddittorio nel termine fissato dal giudice, questi deve emanare una sentenza processuale con la quale dichiara di non poter decidere nel merito.

La posizione della giurisprudenza. Dall'esame della giurisprudenza di legittimità afferente alla questione della partecipazione del venditore nel giudizio preordinato all'accertamento della simulazione della compravendita, emerge in modo univoco l'insussistenza del litisconsorzio.

Più in dettaglio, la Corte di Cassazione (Sez. Unite, Sentenza 14 maggio 2013, n. 11523), in una pronuncia relativamente recente, ha chiarito che nel giudizio avente ad oggetto la simulazione relativa di una compravendita per interposizione fittizia della parte acquirente, quella alienante non riveste la qualità di litisconsorte necessario, ove nei suoi confronti il contratto risulti essere stato integralmente eseguito, attraverso l'adempimento degli obblighi tipici, quali il trasferimento del bene e il pagamento del corrispettivo, e non venga dedotto ed allegato l'interesse del medesimo ad essere parte del processo, ovvero la consapevolezza e la volontà del venditore di aderire all'accordo simulatorio.

Lo stesso supremo consesso di legittimità ha posto in luce la circostanza che, per la parte che vende il bene, non ha rilievo la modifica soggettiva della parte che acquista

e, per l'effetto, risulta integralmente efficace l'accertamento giudiziale compiuto nei soli confronti dell'interposto e dell'interponente. Per gli stessi giudici ermellini l'attuazione dei principi del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., impone un contemperamento tra le esigenze di natura pubblicistica del litisconsorzio necessario ed il dovere del giudice di verificare preliminarmente la sussistenza di un reale interesse a contraddire in capo al soggetto pretermesso. Che, nella vicenda sottoposta a parere, per gli elementi forniti dalla traccia, effettivamente non sussiste.

La prova dell'accordo simulatorio e l'inammissibilità dell'eventuale testimonianza di Mevio. Dalla traccia emerge che il giudice, in prima udienza, abbia rinviato all'udienza di precisazione delle conclusioni, assegnando i termini per gli scritti difensivi finali, così omettendo le udienze istruttorie. Si deve tuttavia osservare che in materia di simulazione relativa per interposizione di persona il *thema probandum*, del quale risulta onerato Tizio, e cioè colui il quale invochi l'accertamento in capo al preteso beneficiario (il *de cuius* Sempronio) del diritto di proprietà sull'immobile di cui risulta formalmente acquirente l'interposto Caio, è costituito dalla sussistenza di un accordo tra le parti nel senso di far figurare quale parte del negozio traslativo Sempronio, in realtà estraneo alla pattuizione (Corte d'Appello Genova, Sezione I Civile, Sentenza I settembre 2004, n. 623).

La Corte di Cassazione (Sezione II Civile, Ordinanza 24 luglio 2017, n. 18204) ha confermato l'orientamento già manifestato in tema di prova della simulazione, secondo il quale, quando si è in presenza di atti che richiedono la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, a mente dell'art. 2725 c.c. (cui implicitamente rinvia l'art. 1417 c.c.) detta prova va fornita anch'essa per iscritto, avendo tuttavia e nel contempo cura di precisare che non è viceversa richiesto l'eventuale ulteriore requisito di forma vincolata prescritto per il negozio dissimulato.

Nella specie, trattandosi di simulazione per interposizione di persona incidente su trasferimento di diritti reali immobiliari, la prova dell'accordo simulatorio, nella sua intera articolazione, deve essere fornita, dall'attore Tizio, attraverso la produzione della dichiarazione scritta in cui lo stesso accordo trovi espressione, secondo i principi generali che regolano la prova delle convenzioni immobiliari che esigono forma scritta costitutiva. Tale prova non può essere data mediante prova testimoniale, nemmeno qualora adduca la illiceità dell'accordo essendo la libertà di prova di cui all'art. 1417 c.c. applicabile alla simulazione ma non estensibile al contratto dissimulato del quale deve essere dimostrata la giuridica esistenza con i requisiti di forma e di sostanza ad esso inerenti. In altre parole (Cassazione, Sentenza 2 luglio 1990, n. 6764), in ipotesi di simulazione relativa per interposizione fittizia di persona, con riguardo a contratto per il quale sia necessaria la forma scritta *ad substantiam*, la

prova per testi del contratto dissimulato è regolata, per le parti del medesimo ed i soggetti ad esse equiparati, dall'art. 2725 c.c., a cui l'art. 1414, II comma, c.c. non apporta alcuna deroga, e, pertanto, può essere data, in sostituzione dello scritto, soltanto in caso di perdita incolpevole del documento. Pertanto, anche qualora Mevio fosse chiamato nel giudizio già instaurato da Tizio, in qualità di parte oppure come testimone, non potrebbe validamente argomentare in ordine alla vicenda simulatoria intercorsa tra interposto ed interponente.

TRIBUNALE DI <...>

DOTT. <...> – R.G. <...>/<...>

Udienza del 20.10.2019

Nella causa tra:

Sig.

Tizio

- attore

con l'avv. <...>

CONTRO

Sig.

Caio

- convenuto

con l'avv. <...>

COMPARSА CONCLUSIONALE NELL'INTERESSE DEL CONVENUTO CAIO

Con atto di citazione notificato in data 15 giugno 2018, il Sig. Tizio conveniva in giudizio l'odierno esponente, Sig. Caio. L'attore asseriva che vi sarebbe stata interposizione fittizia di persona nella compravendita intercorsa, in data 10 aprile 2012, tra il Sig. Mevio, in qualità di alienante, e il Sig. Caio, asserito interposto, per cui l'effettivo acquirente sarebbe stato suo padre Sempronio, già deceduto. Pertanto, Tizio, previa dichiarazione della natura simulatoria della compravendita intercorsa tra Mevio e Caio, concludeva per il conseguente accertamento dell'inclusione dell'immobile, oggetto della menzionata compravendita, nel patrimonio ereditario di Sempronio, così da poter far avere sul cespite i diritti a Tizio spettanti per successione legittima.

Costituitosi ritualmente il contraddittorio, alla prima udienza, il giudice adito rinviava la causa per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 20 ottobre 2019, assegnando alle parti i termini di cui all'art. 190 del codice di rito civile, e al contempo invitandole a prendere posizione, nei propri scritti difensivi, anche sulla

questione, sollevata *ex officio*, concernente l'eventuale necessità di integrare il contraddittorio nei confronti del venditore Sig. Mevio.

Il procuratore del convenuto Caio, ribadite le deduzioni tutte svolte nella comparsa di costituzione del <...>, con particolare riferimento alla questione dell'insussistenza della prova del carattere simulatorio della compravendita in questione, ribadisce altresì che in materia di simulazione relativa per interposizione di persona il *thema probandum*, del quale risulta onerato Tizio, e cioè colui il quale invoca l'accertamento in capo al preteso beneficiario (il *de cuius* Sempronio) del diritto di proprietà sull'immobile di cui risulta formalmente acquirente l'asserito interposto Caio, è costituito dalla sussistenza di un accordo tra le parti, nel senso di far figurare come "parte" del negozio traslativo Sempronio, in realtà formalmente estraneo alla pattuizione (Corte d'Appello Genova, Sezione I Civile, Sentenza I settembre 2004, n. 623). La Corte di Cassazione (Sezione II Civile, Ordinanza 24 luglio 2017, n. 18204) ha confermato l'orientamento già manifestato in tema di prova della simulazione, secondo il quale, quando si è in presenza di atti che richiedono la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, come la compravendita immobiliare, a mente dell'art. 2725 c.c. (cui implicitamente rinvia l'art. 1417 c.c.) detta prova va fornita anch'essa per iscritto, avendo tuttavia e nel contempo cura di precisare che non è viceversa richiesto l'eventuale ulteriore requisito di forma vincolata prescritto per il negozio

dissimulato. Nella specie, trattandosi di simulazione per interposizione di persona incidente su trasferimento di diritti reali immobiliari, la prova dell'accordo simulatorio, nella sua intera articolazione, avrebbe dovuto essere fornita dall'attore Tizio, attraverso la produzione della dichiarazione scritta in cui lo stesso accordo abbia trovato espressione, secondo i principi generali che regolano la prova delle convenzioni immobiliari che esigono forma scritta costitutiva. Si evidenzia, altresì, che tale prova non può essere data mediante prova testimoniale, nemmeno qualora adduca la illiceità dell'accordo, essendo la libertà di prova, di cui all'art. 1417 c.c., applicabile alla simulazione, bensì non estensibile al contratto dissimulato, rispetto al quale deve essere dimostrata la giuridica esistenza con i requisiti di forma e di sostanza ad esso inerenti. In altre parole (Cassazione, Sentenza 2 luglio 1990, n. 6764), in ipotesi di simulazione relativa per interposizione fittizia di persona, con riguardo a contratto per il quale sia necessaria la forma scritta *ad substantiam*, la prova per testi del contratto dissimulato è regolata, per le parti del medesimo ed i soggetti ad esse equiparati, dall'art. 2725 c.c., a cui l'art. 1414, II comma, c.c. non apporta alcuna deroga, e, pertanto, può essere data, in sostituzione dello scritto, soltanto in ipotesi di perdita incolpevole del documento. Circostanza quest'ultima, neppure menzionata negli scritti difensivi di Tizio.

Ne discende, quindi, che anche nell'improbabile ipotesi ove Mevio fosse chiamato nel giudizio *de qua*, in qualità di parte oppure, ancor più remotamente, come testimone, non potrebbe validamente argomentare in ordine alla vicenda simulatoria intercorsa tra Caio, presunto convenuto interposto, e il defunto interponente, padre dell'attore.

Del resto, il sig. Tizio, non ha mai prodotto documentazione dalla quale emergesse accordo simulatorio alcuno tra l'odierno convenuto ed il defunto padre Sempronio.

In merito alla questione sollevata dal giudice *ex officio*, a parere dell'esponente il venditore Mevio non risulta legittimato, a nessun titolo, a partecipare al giudizio *de qua*. Infatti, anche dall'esame della giurisprudenza di legittimità afferente alla questione della partecipazione del venditore nel giudizio preordinato all'accertamento della simulazione della compravendita, emerge in modo univoco l'insussistenza del litisconsorzio. Più in dettaglio, la Corte di Cassazione (Sez. Unite, Sentenza 14 maggio 2013, n. 11523), in una pronuncia relativamente recente, ha chiarito che nel giudizio avente ad oggetto la simulazione relativa di una compravendita per interposizione fittizia della parte acquirente, quella alienante non riveste la qualità di litisconsorte necessario, ove nei suoi confronti il contratto risulti essere stato integralmente eseguito, attraverso l'adempimento degli obblighi tipici, quali il trasferimento del bene e il pagamento del corrispettivo, e non venga dedotto ed

allegato l'interesse del medesimo ad essere parte del processo, ovvero la consapevolezza e la volontà del venditore di aderire all'accordo simulatorio. Lo stesso supremo consesso di legittimità ha posto in luce la circostanza che, per la parte che aliena il bene, non riveste rilievo alcuno la modifica soggettiva della parte che acquista e, per l'effetto, risulta integralmente efficace l'accertamento giudiziale compiuto nei soli confronti dell'interposto e dell'interponente. Per gli stessi giudici ermellini l'attuazione dei principi del giusto processo, di cui all'art. 111 Cost., impone un contemperamento tra le esigenze di natura pubblicistica del litisconsorzio necessario ed il dovere del giudice di verificare preliminarmente la sussistenza di un reale interesse a contraddire in capo al soggetto pretermesso. Elemento che, nella vicenda oggetto del presente giudizio, effettivamente non è rintracciabile.

Ribadite, pertanto, le conclusioni già assunte, il Sig. Caio, *ut supra* rappresentato, difeso e domiciliato,

CHIEDE

che l'Ill.mo Tribunale di <...> voglia rigettare la domanda formulata dal Sig. Tizio in quanto infondata in fatto e diritto.

Con vittoria di spese e compensi professionali, oltre rimborso forfettario 15%, IVA e CPA come per legge.

<...>, addì >...>

Avv. <...>

(di Laura Biarella fonte:

<https://www.altalex.com/documents/news/2019/12/12/esame-avvocato-2019-atto-giudiziario-diritto-civile-soluzione-proposta>)

Seconda Traccia -ATTO PENALE

Tizio che ha già riportato tre condanne per reati puniti solo con la multa intende acquistare un motociclo usato, tramite una rivista di annunci economici, contatta Caio. I due si incontrano in Piazza Angelica. Caio consegna il motociclo e i documenti a Tizio che a sua volta consegna un assegno di 2000 euro a Caio. Subito dopo l'incontro Tizio si reca nel vicino Commissariato di Polizia e denuncia il furto dell'assegno appena consegnato a Caio. All'uscita però Tizio viene fermato dagli agenti insospettiti dal numero di telaio abraso sul motociclo. Da un breve controllo al terminale informatico emerge che lo stesso era provento di furto e che i documenti erano falsi. Dalle indagini successive emerge anche la falsità della denuncia di furto dell'assegno. Tizio viene dunque sottoposto a processo e all'esito condannato alla pena di due anni di reclusione per il reato di calunnia in relazione alla denuncia dell'assegno, e di due anni di reclusione ed euro 1000 di multa per la ricettazione del motociclo. Il candidato assume le vesti del legale di Tizio, rediga l'atto ritenuto più idoneo alla difesa dello stesso

Soluzioni Secondo Traccia

Lo schema che segue è accompagnato dai commenti ragionati

La lettura della traccia poneva in rilievo la necessità di individuare preliminarmente l'atto da svolgere che, evidentemente, era l'atto di d'appello. La parte finale del quesito metteva in rilievo sia il contesto di natura processuale che le fattispecie oggetto di analisi.

Occorreva confrontarsi con l'art. 648 c.p. (ricettazione), con l'art. 368 c.p. (calunnia) e verificare la sussistenza dei presupposti delle due fattispecie e l'individuazione di linee difensive favorevoli agli interessi del proprio assistito, nonché con la possibilità di chiedere, solo in via subordinata, la riqualificazione del reato di cui all'art. 648 c.p. in quello disciplinato dall'art. 712 c.p. (incauto acquisto) ed anche l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche.

Era inoltre consigliato, stante le indicazioni ministeriali, stendere la procura.

Lo scopo in questi contesti è comprendere la capacità del candidato nel saper assumere le difese del proprio assistito argomentando in diritto secondo il perimetro di elementi fornito dalla traccia.

Le linee difensive spesso sono frutto di attento esame tra le possibili differenti vie da intraprendere, quindi si ribadisce il valore indicativo di questa possibile soluzione.

CORTE D'APPELLO DI ...

ATTO D'APPELLO

L'Avv. ..., del foro di ..., C.F., Pec e Fax... avente studio in ..., alla via ..., difensore di fiducia, giusta nomina in calce al presente atto conferita dal Sig. ... , nato a ..., il ..., C.F... e residente in ..., alla via ..., domiciliato ai fini del presente giudizio in via ..., dichiara di proporre formale

Atto di Appello

avverso tutti i capi e punti della ... sentenza n. ... RG Sent ... emessa dal Tribunale penale in composizione monocratica di ..., sentenza pronunciata il ... e depositata il ... in forza della quale il Sig. Tizio veniva condannato per il reato di cui all'art. 648 c.p. alla pena di anni due di reclusione oltre la multa di Euro mille, nonché veniva altresì condannato per il reato di cui all'art. 368 c.p. alla pena di anni uno di reclusione per i seguenti

Motivi

La traccia sembrava far trapelare che ci fossero due differenti capi della sentenza da impugnare, quello avente ad oggetto la responsabilità ascritta ex art. 648 c.p. e quello avente ad oggetto la responsabilità correlata alla fattispecie di cui all'art. 368.

Motivi per contrastare l'insussistenza del reato di cui all'art. 648 c.p.:

1) Assoluzione perché il fatto non costituisce reato per carenza dell'elemento soggettivo

Uno dei presupposti su cui si fonda il delitto in parola è infatti dato dalla consapevolezza della provenienza illecita del bene. Che può essere desunta da tutta una serie di circostanze ed elementi oggetto di interpretazione da parte del Tribunale.

Nel caso in esame, da una analisi dei requisiti forniti dalla traccia, si poteva ricavare che l'elemento soggettivo non si poteva considerare formato in capo a Tizio.

Egli infatti ha utilizzato una rivista specialistica di settore per la ricerca e l'acquisto del bene. E' facile dedurre che abbia comprato una rivista, come se ne trovano tante sul mercato, di compravendita di motocicli usati.

L'incontro con il venditore avveniva in tempi e modalità non sospette.

La consegna dei documenti giustificava un comune affidamento di Tizio nella legittimità della operazione. Inoltre è Tizio che contatta Caio, e non viceversa.

Il prezzo corrisposto poteva considerarsi adeguato ad un motociclo usato, caso mai anche superiore alla media dell'usato di specie, quindi ancora meno sospetto.

Tizio effettuava il pagamento del dovuto tramite uno strumento facilmente tracciabile, quale l'assegno, elemento questo poco compatibile con un disegno criminoso di chi è consapevole di stare acquistando un bene la cui provenienza era illecita

Con riferimento nello specifico ai documenti emerge altresì dalla traccia che la falsità degli stessi veniva rilevata dagli agenti di P.G. soltanto a seguito di un controllo informatico (banca dati a disposizione della Polizia e non del comune cittadino). Se ne deduce che in base alle conoscenze ed attenzioni che avrebbe dovuto prestare l'uomo medio posto in tali condizioni e circostanze, nessun rimprovero potrebbe addebitarsi a Tizio e quindi nessuna volontà, neanche sorretta da dolo eventuale (ormai compatibile anche con la ricettazione secondo la Cassazione), proprio perché tutti gli indizi conducevano verso una sua totale mancanza di volontà e consapevolezza tali da escludere ogni forma di elemento psicologico. Manca la consapevolezza in capo all'agente della provenienza delittuosa del bene oggetto di reato. Ed è opinabile anche il profitto, atteso che il valore del bene pagato non è al di sotto della media dei beni usati, anzi, sembra persino essere superiore, sebbene sul punto non si possa speculare stante la mancanza di indicazioni specifiche della traccia (usato da quanto ed in che condizioni ?).

Inoltre è difficile poter sostenere la tesi in forza della quale un soggetto che sia consapevole di aver preso parte ad un reato si rechi subito dopo al Commissariato per sporgere denuncia, così attirando indirettamente anche su di sé i sospetti o comunque l'attenzione su un fatto che sarebbe dovuto rimanere nascosto alle Forze dell'Ordine.

2) In via subordinata, riqualificare il reato di cui all'art. 648 c.p. "ricettazione" nella fattispecie di cui all'art 712 c.p. "acquisto di cose di sospetta provenienza" e per l'effetto ridurre la pena.

Sembra potersi rinvenire in capo alla condotta di Tizio, eventualmente e solo in via subordinata, la condotta descritta dalla fattispecie di minore gravità di cui all'art. 712 c.p. che sanziona la condotta di chi acquista un bene in condizioni che avrebbero dovuto indurlo al sospetto sulla legittima provenienza. Si contesterebbe quindi all'agente, in tali casi, la mancanza di una ordinaria diligenza correlata al non aver svolto adeguati accertamenti sulla provenienza della cosa. Elemento che è deducibile dall'analisi della credibilità ed attendibilità del venditore (persona a lui sconosciuta e contattata tramite rivista), del luogo in cui si svolge la compravendita, del prezzo (in questo caso però non indicativo in tal senso).

In questo senso si potrebbe muovere un rimprovero di diligenza per avere usato poca attenzione nel non accorgersi del fatto che il numero di telaio era stato cancellato (con abrasione).

Motivi per contrastare l'ipotesi delittuosa di cui al reato ex art. 368 c.p.:

Il motivo che segue, a personale opinione di chi scrive, era meritevole di pregio per i candidati che lo avessero colto, stante la sua non facile individuazione. Il candidato doveva riflettere sul fatto che il reato presupposto della calunnia era, in questo caso, il furto dell'assegno che è stato accompagnato da una mera "denuncia" sporta da Tizio. Il termine "denuncia" è stranamente ripetuto per tre volte nel testo di traccia. Evidentemente si voleva porre l'attenzione su questo particolare, ed infatti, una delle richieste poteva avere ad oggetto la mancanza di condizione di procedibilità del cosiddetto "reato presupposto" (il furto) della calunnia. La mancanza di condizione di procedibilità del reato presupposto incideva sull'elemento oggettivo della calunnia, ne discende la formulazione del seguente motivo:

1) Assoluzione perché il fatto non sussiste per mancanza di una condizione di procedibilità (querela) del reato presupposto (furto) alla fattispecie di cui all'art.368 c.p.

Si invita sulla prima parte della ragione esposta a leggere la seguente sentenza (Confronta Cass. Penale, Sez. VI, sentenza n. 1762 del 2003).

Altro motivo di pregio è quello proposto dalla scrivente difesa a questo Collegio adito ed in forza del quale, seguendo l'orientamento già espresso dalla Suprema Corte di Cassazione in casi simili, a causa della natura di reato di pericolo del reato di

calunnia, per la configurazione della fattispecie in parola è necessario che vi sia un procedimento penale iniziato. Tale ipotesi viene esclusa non solo nel caso in cui la falsa accusa abbia ad oggetto fatti manifestamente inverosimili, ma anche nel caso in cui *“l’esercizio dell’azione penale è paralizzato da una condizione di procedibilità, purché tale difetto sia a sua volta evidente ed escluda immediatamente la possibilità di un seguito alla notizia di reato”*.

Le ragioni così esposte sono meritevoli di accoglimento esaltando il fatto che, venendo meno la condizione di procedibilità per la persecuzione del reato presupposto (il furto), venga meno il conseguente reato di calunnia non venendo in essere, per carenza di un elemento materiale della fattispecie in parola, l’elemento oggettivo del 368 c.p.

2) Assoluzione sempre per carenza dell’elemento oggettivo del reato di cui all’art. 368 c.p.

Altra ragione fondante la mancanza dell’elemento oggettivo della fattispecie in parola (calunnia) è quella correlata al fatto non è emerso dagli atti del giudizio di primo grado il fatto che Tizio avesse denunciato per furto “Caio” o che avesse fornito elementi utili per individualizzarlo.

Di tal fatta, questa difesa vuole sottolineare all’attenzione della Corte adita che è carente il requisito previsto dall’art. 368 c.p. quando in particolare la norma in esame

richiede che la il soggetto agente abbia incolpato di un reato “taluno che egli sa innocente”. L’interpretazione di questo passaggio secondo la giurisprudenza esplicita il fatto che Tizio deve avere almeno fornito elementi finalizzati a risalire ad una persona individuata o individuabile. Tali aspetti non rilevano dall’esame del fascicolo del dibattimento e per l’effetto l’imputato andava assolto dal reato a lui ascritto per carenza dell’elemento oggettivo.

Richiesta di riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p. e dei benefici di legge nella misura in cui applicabili.

Non poteva non attenzionarsi il primo passaggio della traccia relativo al fatto che gli unici precedenti di Tizio erano correlati a dei reati puniti solo con la multa.

Il candidato deve sempre domandarsi il perché delle affermazioni contenute nel testo.

Solo in caso di condanna, questa difesa non può esimersi dall’attenzionare l’ultima doverosa richiesta correlata alla applicabilità, al riconoscimento in favore di Tizio, delle circostanze attenuanti generiche ex art. 62 bis. c.p. atteso che le precedenti condanne risultanti a suo carico non risultano ostative alla concessione del suddetto beneficio e non inficiavano la personalità e/o amplificavano o lasciavano presupporre una qualsivoglia indole di natura criminale dello stesso, tanto da negare il beneficio richiesto.

Le richieste di riqualificazione della fattispecie e diminuzione della pena e l'eventuale concessione delle attenuanti generiche, avrebbero consentito la richiesta, sempre in via meramente subordinata, del riconoscimento anche dei benefici di legge della sospensione condizionale della pena e della non menzione se applicabili.

Per tutti queste ragioni esposte, nell'interesse di Tizio, il su indicato difensore di fiducia

CHIEDE

che questa l'Ill.ma Corte d'Appello adita voglia, in riforma dell'impugnata sentenza:

- in via principale assolvere il sig. Tizio dal reato a lui ascritto ex art. 648 c.p. perché il fatto non costituisce reato, ed ex art. 368 c.p. perché il fatto non sussiste per le ragioni illustrate

- Solo in via subordinata, ove dovesse riconoscere una qualche responsabilità all'odierno appellante, voglia riqualificare il reato di cui all'art. 648 c.p. in quello di cui all'art. 712 c.p. e previa concessione delle richieste attenuanti generiche ex art. 62 bis c.p., ridurre la pena al minimo con riconoscimento dei benefici previsti dalle vigenti leggi.

Luogo, data Avv.

Atto di nomina del difensore di fiducia

Il sottoscritto, nato a, il, C.F. ... residente in, via, imputato come in atti nel p.p. n. RGNR, condannato con sentenza n. Rg Sent. emessa dal Tribunale penale di in data

nomina

quale proprio difensore di fiducia l'Avv....., del foro di....., C.F. ... con studio in ..., alla via....., conferendo allo stesso ogni facoltà prevista dalla legge, ivi compresa quella di proporre impugnazioni, rinunciare alle stesse e farsi sostituire da altri avvocati.

Esprime il proprio consenso al trattamento dei dati personali, sensibili e giudiziari, dando atto di aver ricevuto e preso conoscenza dell'informativa rilasciata ai sensi delle vigenti leggi.

Elegge domicilio ai fini del presente procedimento in, via ...

Luogo, data Firma ...

Vera ed autentica

Avv...

Nomina del difensore di fiducia con procura speciale

Il sottoscritto, nato a, il, C.F. ... residente in, via, imputato come dagli atti nel procedimento penale n. RGNR e condannato con sentenza n. Rg Sent. emessa dal Tribunale di in data ...,

dichiara di nominare

quale proprio **difensore di fiducia e procuratore speciale** l'Avv....., del foro di....., con studio in ..., via....., **conferendo allo stesso procura speciale ad impugnare la predetta sentenza** nonché il potere di farsi sostituire da altri avvocati.

Esprime il proprio consenso al trattamento dei dati personali, sensibili e giudiziari, dando atto di aver ricevuto e preso conoscenza dell'informativa rilasciata ai sensi del reg. europeo n. 679 del 2016.

Elegge domicilio ai fini del presente procedimento in, via ...

Dichiara di revocare ogni altro difensore precedentemente nominato.

Luogo, data Firma ...

Vera ed autentica

Avv...

(di Bruno Fiammella – **Fonte:**
<https://www.altalex.com/documents/news/2019/12/12/esame-avvocato-2019-atto-giudiziario-diritto-penale-soluzione-proposta>)

Terza Traccia – ATTO AMMINISTRATIVO

L'impresa Alfa partecipa nel 2019 a una procedura di gara sopra la soglia comunitaria indetta da una AUSL per l'affidamento del servizio triennale di raccolta e smaltimento di rifiuti sanitari pericolosi da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. All'esito della procedura l'impresa Alfa si classifica al secondo posto mentre risulta aggiudicataria l'impresa Beta unica partecipante alternativa che ha presentato un'offerta economica di molto inferiore a quella di Alfa non sottoposta a verifica di anomalia ai sensi dell'art. 97 comma 3 D.lgs n. 50/2016.

Decorso il termine di 35 gg. previsti dall'art. 32 comma 9 Dlgs n. 50/2016 e nell'imminenza della sottoscrizione del contratto di appalto da parte dell'impresa Beta l'impresa Alfa a seguito di accesso agli atti della gara scopre che l'aggiudicataria pur avendo dichiarato nella sua offerta economica che il prezzo presentato è comprensivo di tutti i costi a suo carico non ha indicato l'importo degli oneri di sicurezza aziendale (elemento non espressamente richiesto nel bando di gara nel quale era contenuto un generico rinvio alle norme del codice dei contratti pubblici) come pure che in relazione a tale aspetto l'AUSL appaltante prima dell'aggiudicazione ha acquisito da Beta mediante soccorso istruttorio un documento integrativo recante l'indicazione di detta voce. Il candidato assume le

vesti del legale di Alfa rediga l'atto giudiziale più adeguato a tutelare ogni ragione della propria assistita.

Soluzioni Secondo Traccia

Premessa metodologica. La stesura di un atto di amministrativo deve essere valutata in se, essendo frutto di specifiche scelte e strategie difensive dell'avvocato. Il modello proposto, pertanto, rappresenta una delle possibili soluzioni. Si è cercato di privilegiare le posizioni più importanti ravvisabili dallo studio della traccia.

La problematica attiene in via principale alla corretta interpretazione dell'articolo 95, comma 10 del 'Codice dei contratti pubblici' in relazione all'ipotesi di mancata indicazione da parte del concorrente dei costi per la sicurezza che ha visto di recente l'intervento risolutivo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ai sensi dell'articolo 99 del codice del processo amministrativo. (Ad.Plen.n.3/2019).

La questione è stata oggetto di contrastanti interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, che, in caso di mancata indicazione dei predetti costi, hanno oscillato tra un indirizzo più rigoroso, comportante l'insanabilità dell'omissione dichiarativa, e un diverso orientamento che, senza obliterare la cogenza della disposizione normativa e al fine di verificarne il rispetto sostanziale, ha ritenuto l'ammissibilità del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016.

Premessa contenutistica importante: Il primo motivo di ricorso deve essere incentrato sulla necessità che l'offerta economica sia presentata, in conformità ai principi di certezza del diritto, parità di trattamento e trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE e fissati nel Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016. Ciò comporta l'immediata esclusione del concorrente dalla procedura di gara per avere omesso di indicare separatamente, nella propria offerta economica, i costi relativi agli oneri di sicurezza aziendale.

Questo principio è stato sancito nelle pronunce dell'Adunanza Plenaria nn.1,2 e 3 del 2019, nelle quali si spiega definitivamente come, tra le opposte finalità della tutela della concorrenza e della proporzionalità nei riguardi degli offerenti da un lato, e le esigenze della certezza del diritto, della parità di trattamento e della effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori, più volte richiamate dal diritto comunitario, dall'altro, debbano essere privilegiate tali ultime esigenze.

Il secondo motivo di ricorso è incentrato come corollario al primo punto sull'inammissibilità dell'attivazione del soccorso istruttorio da parte della Stazione appaltante, mediante richiesta di chiarimenti formulata da Beta, per il fatto che l'incompletezza di elementi sostanziali dell'offerta presentata, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, non è suscettibile di soccorso istruttorio.

Il terzo motivo di ricorso è, infine, incentrato sull'obbligo disatteso da parte dell'AUSL di aprire la fase di verifica di congruità dell'offerta presentata da Beta, in quanto di molto inferiore a quella presentata da Alfa, in aperta violazione degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

ECC.MO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL

Ricorso

Nell'interesse dell'impresa Alfa (P.IVA/C.F.....) con sede in....., Via.....in persona del sul legale rappresentante p.t. sig....., nato a , il , residente in , CF..... rappresentata e difesa, come da mandato in calce al presente atto, dall'avvocato (c.f..... , fax.....e PEC.....), presso il quale è elettivamente domiciliata inVia..... fax.....,

contro

L'AUSL di.....in persona del Direttore Generale suo legale rappresentante pro tempore, con sede in.....via.....

resistente

e nei confronti

dell'impresa Beta (P.IVA/C.F.....) con sede in.....,
Via.....in persona del sul legale rappresentante p.t. ,

controinteressato

avverso e per l'annullamento previa sospensiva

1. della Deliberazione n.....del2019, con la quale il Direttore Generale dell'A.U.S.L. ha comunicato l'aggiudicazione in favore dell'impresa Beta relativa alla procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto l'affidamento del servizio triennale di raccolta e smaltimento di rifiuti sanitari pericolosi;
2. del verbale di gara n.....del2019, con il quale la commissione esaminatrice ha approvato la graduatoria finale di merito relativa alla procedura ad evidenza pubblica in questione, aggiudicando l'appalto in favore di Beta;
3. del verbale di gara n.....2019 con il quale la Commissione di gara ha esaminato e valutato come ammissibile e congrua l'offerta economica presentata da Beta e le ha attribuito i relativi punteggi, senza aprire il processo di verifica di anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3 del D.Lgs. 50/2016;
4. del verbale afferente l'esito del soccorso istruttorio espletato dalla stazione Appaltante con cui è stato accettato un documento integrativo recante l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale di Beta;

5. del bando e del disciplinare di gara nella parte in cui nulla hanno specificato in ordine all'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale nelle offerte presentate;
6. nonché di ogni altro atto connesso, collegato, presupposto, precedente e consequenziale, nonché,
7. per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato.

PREMESSE DI FATTO

L'impresa Alfa in data.....ha partecipato ad una procedura ad evidenza pubblica indetta dall'AUSL di..... avente ad oggetto l'affidamento del servizio triennale di raccolta e smaltimento di rifiuti sanitari pericolosi da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente si è classificata seconda in graduatoria, dietro l'impresa Beta, unica altra partecipante, che si è aggiudicata l'appalto con un'offerta economica di molto inferiore a quella di Alfa.

Per vero la ricorrente, soltanto a seguito di richiesta di accesso agli atti formulata ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 3 e 22 della Legge 241/90 soltanto in prossimità della sottoscrizione del contratto, è venuta a conoscenza del fatto che l'AUSL

avesse provveduto all'aggiudicazione in favore della controinteressata, senza aprire la fase di verifica di anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3 D.Lgs. 50/2016, benché la stessa fosse di molto inferiore a quella presentata da Alfa, nonché del fatto che l'AUSL avesse accettato a seguito di soccorso istruttorio un documento integrativo recante l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale che non erano stati esplicitati nell'offerta economica, anche se compresi nei costi previsti nell'offerta di Beta.

Il comportamento tenuto dalla Stazione Appaltante è assolutamente illegittimo ed arbitrario, e di conseguenza l'aggiudicazione disposta in favore di Beta è illegittima per i seguenti

MOTIVI DI DIRITTO

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE, VIOLAZIONE DELL'ART.95, COMMA 10, DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI TRASPARENZA E PARITA' DI TRATTAMENTO. DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTA, SVIAMENTO DI POTERE.

Il comportamento della AUSL è criticabile sotto diversi profili.

Innanzitutto la Stazione Appaltante ha proceduto all'aggiudicazione in favore di Beta senza una adeguata attività istruttoria relativa all'offerta economica da essa presentata, in aperta violazione ai principi di certezza del diritto, parità di

trattamento e trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE e fissati nel Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016.

In realtà, l'aggiudicataria Beta avrebbe dovuto essere immediatamente esclusa dalla procedura per avere omesso di indicare separatamente, nella propria offerta economica, i costi relativi agli oneri di sicurezza aziendale, conformemente a quanto disposto dalla normativa vigente.

I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto (T.A.R. Lazio Roma Sez. III bis, 25/10/2019, n. 12323).

La normativa comunitaria è stata recepita a livello nazionale dall'art. 95, comma 10, del D.Lgs. 50/2016 nella formulazione introdotta dall'art. 60, comma 1, lett. e) del correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*.

In esso si evince che "nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture

senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d)",

La normativa nazionale, quindi, è chiara nell'imporre ai concorrenti l'obbligo di indicare in modo distinto già in sede di offerta i costi della manodopera e quelli relativi agli oneri di sicurezza aziendale, di conseguenza, la violazione di tale obbligo comporta sicuramente l'esclusione dalla gara.

Questo principio è stato definitivamente sancito con tre ordinanze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn.1, 2 e 3 del 24 gennaio 2019, nelle quali tale questione pregiudiziale è stata esaminata in rapporto *alle disposizioni ed ai principi del diritto dell'Unione europea (confermati con Sentenza della Corte di Giustizia UE del 2 maggio 2019)* giungendo alla conclusione che, *tra le opposte finalità della tutela della concorrenza e della proporzionalità nei riguardi degli offerenti da un lato, e le esigenze della certezza del diritto, della parità di trattamento e della effettività della tutela economica e sociale del lavoro e della sicurezza dei prestatori, più volte richiamate dal diritto comunitario, dall'altro, debbano essere privilegiate tali ultime esigenze.*

L'obbligo di indicare i costi della manodopera e quelli per la sicurezza dei lavoratori risponde quindi, all'evidente esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela dei

lavoratori, di responsabilizzare gli operatori economici e di rendere più agevoli ed efficaci gli strumenti di vigilanza e controllo da parte delle amministrazioni.

Ora, nel caso di specie, l'impresa Beta ha presentato un'offerta economica omettendo del tutto di specificare gli oneri relativi alla sicurezza aziendale, benché tale requisito non fosse stato esplicitato nella lex specialis, e nonostante gli stessi costi fossero implicitamente desumibili dall'offerta, ha commesso non soltanto una violazione di carattere formale, ma di fatto ha presentato un'offerta indeterminata nella sua parte più rilevante, in aperta violazione all'onere di diligenza particolarmente qualificata che deve contraddistinguere l'operatore economico.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE, VIOLAZIONE DEL COMBINATO DISPOSTO DEGLI ARTICOLI 83 E 95, COMMA 10, DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016. DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTA, SVIAMENTO DI POTERE, DIFETTO DI MOTIVAZIONE.

Il convincimento della Stazione Appaltante circa la validità dell'offerta di Beta, mostra di essersi formato su di un'offerta palesemente incompleta degli elementi prescritti dalla legge a pena di esclusione.

Difatti, l'AUSL - alla luce delle giustificazioni addotte dall'impresa Beta circa il fatto che gli oneri di sicurezza aziendale fossero stati calcolati nell'offerta economica presentata, benché non indicati espressamente- ha ritenuto che fosse sufficiente aprire il procedimento di soccorso istruttorio al fine di sanare la mancanza rilevata.

Ebbene, l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della Stazione appaltante, mediante richiesta di chiarimenti formulata da Beta, non avrebbe dovuto consentire di sanare l'incompletezza dell'offerta presentata in quanto, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del D.Lgs. n. 50 del 2016, difatti il soccorso istruttorio in tutte le ipotesi di incompletezza e irregolarità concernenti l'offerta economica è inammissibile.

Per vero, avuto riguardo agli oneri aziendali della sicurezza, è un dato di fatto, come tale non opinabile, che l'offerta della aggiudicataria presentata da Beta sia manifestamente incongrua e incompleta.

La violazione di tale obbligo di indicazione degli oneri di sicurezza da parte di Beta assume valenza sostanziale proprio perché il Codice dei Contratti Pubblici impone ai concorrenti di "*indicare*" tali costi e non soltanto di "*tenere conto*" degli stessi.

In conseguenza di ciò, nell'ipotesi in trattazione non era ammesso il c.d. '*soccorso istruttorio*' di cui all'articolo 83, comma 9 del Codice, perchè tale beneficio è espressamente escluso per violazioni relative al contenuto dell'offerta economica (e l'indicazione distinta degli oneri aziendali riguarda, appunto, il contenuto dell'offerta economica).

Vero è che la giurisprudenza nazionale (e in particolare con la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 2016) aveva ammesso il soccorso istruttorio a fronte della mancata indicazione dei costi per la manodopera e per la sicurezza; ma è anche vero che tale sentenza ha riguardato un previgente (e non più pertinente)

quadro normativo, risalente al 2006, il quale non chiariva in modo adeguato l'obbligo di indicare tali costi. A seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016, invece, la mancata indicazione non sarebbe più scusabile in quanto attualmente il Legislatore la impone con una disposizione estremamente precisa.

III. DIFETTO DI ISTRUTTORIA, ILLOGICITÀ E IRRAGIONEVOLEZZA MANIFESTA, ECCESSO DI POTERE PER MANIFESTA IRRAGIONEVOLEZZA DEL GIUDIZIO POSITIVO DI CONGRUITÀ DELL'OFFERTA.

Il comportamento della Stazione Appaltante è censurabile anche sotto un diverso profilo.

L'AUSL infatti, ha aggiudicato l'appalto all'impresa Beta senza neanche aprire la fase di verifica dell'anomalia, nonostante l'offerta presentata fosse di molto inferiore all'offerta della ricorrente.

Ora, vero è che la stazione appaltante ha ampia discrezionalità in ordine alla scelta se procedere alla verifica di congruità dell'offerta (Tar Lazio Roma, Sez. I-ter, 15 ottobre 2018 n. 9992) data oltretutto la presenza di due sole partecipanti alla gara; tuttavia, nel caso in esame la commissione di gara non era in grado di conoscere con precisione tutte le voci di costo di cui all'offerta di Beta, visto che non erano indicati specificatamente gli oneri aziendali né poteva sapere di

conseguenza se tali voci di costo fossero coerenti con i valori di mercato. (Consiglio di Stato, sez V, 29.01.2018 n. 604)

L'Amministrazione ha quindi operato in aperta violazione degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, oltre che dei principi generali in tema di valutazione delle offerte anomale.

DOMANDA DI SOSPENSIVA

Esistono i presupposti per la sospensione dell'impugnato provvedimento.

Il **fumus boni iuris** è nei motivi di ricorso.

Il **periculum in mora** si evince dal fatto che dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati deriva per la ricorrente, un pregiudizio grave ed irreparabile consistente nel fatto che se l'AUSL avesse proceduto ad una corretta valutazione delle offerte, Alfa sarebbe stata senz'altro riconosciuta quale aggiudicataria.

Non solo, vista l'imminenza della sottoscrizione del contratto di appalto, se fosse ritenuta valida l'offerta di Beta, l'impresa Alfa perderebbe definitivamente la possibilità di espletare il servizio per il quale possiede tutti i requisiti tecnici ed economici richiesti e riconosciuti.

Sulla base di tali premesse si chiede pertanto che l'Ecc.mo TAR adito Voglia disporre la misura cautelare della sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato, poichè illegittimo per le ragioni esposte e, conseguentemente adottare ogni

provvedimento utile e/o necessario a tutelare in via d'urgenza le ragioni della ricorrente.

Pertanto si rassegnano le seguenti

CONCLUSIONI

Voglia l'Ecc.mo Tribunale Amministrativo Regionale di..... Adito,

1. in via cautelare disporre la sospensione dei provvedimenti impugnati;
2. nel merito, disporre l'aggiudicazione in favore dell'impresa Alfa, con ogni consequenziale pronuncia di legge, anche in ordine al risarcimento del danno arrecato.

Con vittoria di spese e di onorari.

Documenti come da separato indice.

Con ogni conseguenza anche in ordine alle spese di giudizio.

Ai sensi e per gli effetti dell'art. 14 comma 2 DPR 30 maggio 2002 n.115 (e s.m.i.) si dichiara che, in considerazione della materia trattata, la presente controversia è soggetta al versamento del contributo unificato nella misura di euro.....

Luogo, il

Firma avv.....

PROCURA SPECIALE

La sottoscritta impresa Alfa (P.IVA/C.F.....) con sede in....., Via.....in persona del sul legale rappresentante p.t. sig....., nato a , il , residente in , CF..... nomina proprio procuratore speciale e difensore a rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio promosso innanzi al TAR di.....contro l'AUSL di.....nonchè nei confronti dell'impresa Beta (P:IVA/C.F:....) avente ad oggetto l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva di Beta, l'avvocato, (c.f....., fax.....PEC.....) conferendogli ogni più ampio mandato, in ogni fase e grado del presente procedimento, ivi compresa la proposizione di ricorso incidentale e di motivi aggiunti compresa la facoltà di farsi sostituire, chiamare in causa terzi, rinunciare agli atti, riscuotere e rilasciare quietanze, transigere e conciliare. Eleggo domicilio presso il suo Studio, in luogo, indirizzo.

Dichiara, ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 196/2003 e s.m.i., di essere stato informato che i suoi dati personali, anche sensibili, verranno utilizzati in conformità al predetto decreto e limitatamente alle finalità connesse all'esecuzione del mandato, autorizzando sin d'ora il loro trattamento. Dichiara, infine, di essere stato edotto circa il grado di complessità dell'incarico che con la

presente conferisce e circa tutti gli oneri ipotizzabili dal momento del suo conferimento sino alla conclusione.

Luogo..., data

(firma)

Visto, per autentica. (avv.....)

(di Francesca Idone – **FONTE: <https://www.altalex.com/documents/news/2019/12/12/esame-avvocato-2019-atto-giudiziario-diritto-amministrativo-soluzione-proposta>**)