



INDICE:

APPALTI PUBBLICI

- Bozza primo correttivo Codice Appalti, di *Andrea Stefanelli* - p. 2
- Subappalto: è possibile partecipare ad una gara e contemporaneamente essere indicati nella “terna”, di *Fabio Caruso* – p. 3

CONCORRENZA

- Cartelli e programma di *leniency* – I privati cittadini potranno segnalare in via anonima l’esistenza di pratiche anticoncorrenziali: nuova linfa per il programma di *leniency* ? di *Giulia Attinà* – p. 3
- Notifica preventiva delle operazioni di concentrazione: aggiornamento delle soglie di fatturato

CONTRATTUALISTICA

Consequential damages e clausole di limitazione di responsabilità, di *Fabio Bortolotti* - p. 4

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

Credito d’imposta per le spese di videosorveglianza, allarme e vigilanza – p.5

PRIVACY

Videosorveglianza e tempi di conservazione delle immagini. Settore privato e pubblico: il limite dei sette giorni, di *Marco Soffientini* – p. 5

APPROFONDIMENTO DEL MESE:

Proroga, con modificazioni, della disciplina del c.d. “super ammortamento” e introduzione del c.d. “iper-ammortamento”. Prime osservazioni alla Circolare Agenzia Entrate - MiSE n. 4/E/2017

BOZZA PRIMO CORRETTIVO CODICE APPALTI

Di seguito le novità più rilevanti contenute nella bozza del 1° Correttivo al codice appalti (ovvero quelle che attengono non a mere correzioni letterali e/o alla sistemazione di refusi e/o ad altre precisazioni semantiche che NON variano il contenuto degli articoli del D.Lgs.n. 50/2016):

Pianificazione e programmazione opere, forniture e servizi: si precisa che NON si applica alle Centrali di committenza ed ai Soggetti aggregatori;

Costi per sicurezza e manodopera: devono essere scorporati dalla base d'asta e non sottoposti a ribasso;

DURC: per contrastare il lavoro nero il DURC deve verificare anche la congruità dell'incidenza della manodopera relativamente alla specificità dell'appalto affidato;

Appalti sottosoglia: innanzitutto deve obbligatoriamente rispettarsi il principio di rotazione "degli inviti" (non degli affidamenti), nonché le PP.AA. devono controllare solo il DURC e la mancata sottoposizione dell'aggiudicatario a procedure concorsuali fallimentari. Relativamente poi ai lavori da 40.000 € a 150.000 € devono essere invitati alle gare almeno 10 operatori economici (ove esistenti), mentre da 150.000 € a 1.000.000 € devono essere invitati almeno 15 operatori economici (ove esistenti). Nel caso d'utilizzo del MEPA per affidamenti sotto i 40.000 €, la verifica dei requisiti ex art. 80 dev'essere effettuata "a campione" tra gli iscritti al MEPA, mentre è comunque sempre svolta nei confronti dell'aggiudicatario;

Consorti ordinari: i requisiti economici e tecnici dei singoli consorziati si sommano in capo al consorzio e, decorsi i primi 5 anni dalla costituzione, detti requisiti sono acquisiti dal consorzio in aggiunta a quelli maturati direttamente (dal consorzio medesimo). E' poi introdotto il divieto di sostituire la consorziata rispetto a quella indicata in gara, salvo fatti sopravvenuti e sempre se ciò non miri ad eludere la mancanza di requisiti di partecipazione;

Clausola sociale: si deve inserire negli appalti ad alta intensità di manodopera;

Appalto integrato: E' introdotta la possibilità d'affidare la progettazione esecutiva e l'esecuzione delle opere:

- se il progetto è della P.A., quando l'elemento tecnologico o innovativo è nettamente rispetto al prezzo, o nel partenariato per l'innovazione o nel dialogo competitivo,
- se il progetto è di terzi, in casi di estrema urgenza derivanti da casi imprevedibili.

Per procedere in tale senso occorre un'espressa motivazione nella determina a contrarre;

Commissione giudicatrice: vi è la possibilità di derogare all'obbligo di selezione dall'elenco ANAC dei commissari per forniture e servizi sottosoglia (209.000

€) e per i lavori sotto 1.000.000 €. Solo alcuni Commissari possono poi essere direttamente nominati ma NON il Presidente.

E' prevista la possibilità di nominare il RUP quale Commissario, ma ciò dev'essere vagliato per singola procedura; infine è possibile verificare le cause d'esclusione anche in capo al Commissari scelti dall'Albo ANAC.

L'Albo dei componenti delle Commissioni giudicatrici viene infine articolato su base regionale;

Requisiti moralità: E' introdotta la figura dei procuratori generali e degli institori fra i soggetti da accertare in fase di verifica dei requisiti amministrativi ai fini partecipativi. E' poi previsto, come nuovo motivo d'esclusione, la presentazione di documentazione o autocertificazioni non veritiere nonché l'iscrizione del Casellario informatico ANAC per false dichiarazioni o falsa documentazione;

Soccorso istruttorio: risulta riformato con l'espressa esclusione per le offerte tecniche ed economiche dalla possibilità d'integrazione nonché la definitiva archiviazione di una sanzione economica per qualsivoglia causa;

Deposito cauzionale: sotto i 40.000 € la P.A. può non chiedere deposito cauzionale provvisorio; di conseguenza non vi è l'obbligo di dichiarazione del rilascio di cauzione definitiva. La cauzione poi è ridotta al 50% non solo per le concorrenti con certificazione di qualità ma anche per le MPMI e per le a.t.i. e consorzi di MPMI.

Infine è stato chiarito che, in caso di presenza di molteplici cause di riduzione, la successiva dev'essere calcolata sull'importo che risulta dalla precedente riduzione;

Procedure aperte: E' possibile esaminare prima le offerte e poi vagliare i requisiti partecipativi;

Criteri aggiudicazione: il criterio dell'O.E.P.V. si deve applicare agli appalti di servizi sociali ecc. nonché ad alta intensità di manodopera salvo i casi di affidamenti sotto i 40.000 € nonché nei casi di estrema urgenza derivanti da fatti imprevedibili per l'Amministrazione.

Il criterio del prezzo piu' basso può essere applicato ai lavori sotto 1.000.000 € ma solo se affidati sulla base del progetto esecutivo;

Anomalia offerte: la verifica può essere disposta SOLO se vi sono almeno 10 offerte ammesse nel caso di gara al prezzo più basso, mentre nel caso dell'O.E.P.V. la verifica si fa quando entrambi i punteggi superano NON i 4/5 ma i 9/10;

Subappalto: è consentito nei lavori nel limite del 30% per la categoria prevalente (quindi nelle scorporabili è possibile subappaltare al 100%). La "terna" deve essere indicata in sede d'offerta quando la P.A. ritiene necessario conoscere anticipatamente il nome dei subappaltatori, mentre NON è necessaria nei casi d'utilizzo di strumenti d'acquisto delle centrali di committenza; inoltre, se l'oggetto di gara ha più tipologie, la terna è presentabile per ciascuna tipologia.

Nel bando poi viene precisato quando è obbligatoria indicare la terna per la stipula del contratto. Infine non è possibile presentare offerta ed essere indicati come subappaltatori nella medesima gara solo se ciò risulta espressamente vietato in *lex specialis*;

Concessioni: il prezzo che la P.A. riconosce a favore di un concessionario NON può mai superare il 49% (prima era il 30%) del valore dell'investimento complessivo. I concessionari di opere e servizi NON affidati tramite gara devono affidare – tramite nuova gara - una quota pari all'80% di detti contratti (superiori a 150.000 €) a meno che non eseguano direttamente o non siano contratti di manutenzione ordinaria.

*Avv. Andrea Stefanelli
Studio Legale Stefanelli*

SUBAPPALTO: È POSSIBILE PARTECIPARE AD UNA GARA E CONTEMPORANEAMENTE ESSERE INDICATI NELLA “TERNA”

TAR Piemonte, II°, 8/3/2017, n. 328

Come noto la nuova disciplina sul subappalto, introdotta dall'art. 105 del D.Lgs. 50/2016, ha cambiato le modalità partecipative qualora il concorrente intenda utilizzare detto istituto, non essendo più sufficiente – in sede partecipativa – indicare la volontà di subappaltare (nei limiti del 30%), ma risultando oggi invece necessario depositare, unitamente all'offerta, anche un elenco di 3 possibili subappaltatori (la cd. “terna”) nominativamente indicati.

Tale novità legislativa ha tuttavia creato non pochi inconvenienti, tanto ai concorrenti (obbligati a “trovare” tre subappaltatori) quanto alle Stazioni appaltanti, che hanno visto ridursi drasticamente il numero dei concorrenti alle gare sul presupposto – finora – che il subappaltatore NON potesse concorrere, nella stessa procedura, anche *uti singuli*.

Con la pronuncia in commento il TAR Torino ha tuttavia fornito un'interessante – nonché innovativa – interpretazione della figura della “terna” dei subappaltatori.

Così, in una procedura per l'affidamento di lavori di manutenzione stradale una ditta veniva esclusa poiché aveva partecipato in proprio ma era stata anche indicata – secondo lei “a sua insaputa” - quale subappaltatrice di altre due concorrenti (anch'esse escluse).

Pur in assenza di un espresso divieto nella *lex specialis*, la P.A. appaltante aveva disposto tali esclusioni in forza dell'art. 80, comma 5 lett. m) del D.Lgs.n. 50/2016, che vieta espressamente la partecipazione di un operatore economico che si trovi in una situazione di controllo societario o “anche in una relazione di fatto” rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura (e considerato come l'indicazione di subappalto fosse da intendersi quale “relazione di fatto” fra detti concorrenti).

Il Tar Piemonte ha tuttavia annullato i provvedimenti espulsivi, ritenendo che la ratio del nuovo art. 105 sia quella d'evitare infiltrazioni illegali nella fase “più sensibile” degli appalti – quella dell'esecuzione – e che

per tanto per la P.A. è ben più importante conoscere tutti gli eventuali “intervenant” ad una commessa pubblica (da cui l'obbligo d'indicare nominativamente almeno 3 possibili subappaltatori), ma senza che ciò possa conseguentemente escludere detti operatori economici dal novero dei possibili concorrenti a tale gara.

Il Collegio ha quindi ritenuto, con il sostegno della giurisprudenza comunitaria, che l'indicazione di un soggetto quale subappaltatore non implichi necessariamente la sua riconducibilità ad un medesimo “centro decisionale” e che l'eventuale collegamento tra le due imprese debba essere verificata in concreto, ragion per cui può ritenersi del tutto ammissibile, alla luce del nuovo Codice, l'indicazione quale subappaltatore di un'impresa che partecipa essa stessa alla gara.

Del medesimo tenore, peraltro, la bozza del Correttivo al D.Lgs.n. 50/2016, che dispone “L'autorizzazione al subappalto può essere negata nell'ipotesi in cui il subappaltatore abbia presentato offerta nell'ambito del medesimo procedimento, a condizione che tale facoltà sia stata precisata negli atti di gara”; sarà quindi la stazione appaltante, in futuro, a poter decidere se i subappaltatori potranno anche concorrere e si ritiene che, in caso di mercato con poca competitività, detto divieto non sarà mai previsto.

*Avv. Fabio Caruso
Studio Legale Stefanelli*

CONCORRENZA

CARTELLI E PROGRAMMA DI LENIENCY – I PRIVATI CITTADINI POTRANNO SEGNALARE IN VIA ANONIMA L'ESISTENZA DI PRATICHE ANTICONCORRENZIALI: NUOVA LINFA PER IL PROGRAMMA DI LENIENCY?

Lo scorso 16 marzo la Commissione europea (*Commissione*), sorpendendo molti, ha reso noto di aver varato un nuovo strumento grazie al quale anche i privati cittadini potranno contribuire, anche in via anonima, alla scoperta di pratiche anticoncorrenziali. Fino ad oggi, la maggior parte dei cartelli sono stati scoperti grazie all'adesione delle società al programma di *leniency* della Commissione, che consente alle imprese di rivelare l'esistenza di queste infrazioni della concorrenza, confessando la loro partecipazione ad esso, in cambio dell'ammenda ovvero di una riduzione della sanzione che rischierebbero di ricevere.

Con il nuovo strumento in commento, come indicato dalla Commissaria europea per la concorrenza Margrethe Vestager “...[c]hiunque sia preoccupato riguardo ad una pratica commerciale a suo parere scorretta può contribuire a porvi rimedio. Le informazioni basate su una conoscenza diretta possono essere uno strumento efficace per aiutare la Commissione a smascherare i cartelli e le altre pratiche anticoncorrenziali. Con il nuovo strumento è possibile fornire informazioni mantenendo l'anonimato. Tali