



### INDICE:

#### APPALTI

Aggiornamenti giurisprudenziali, a cura di *Fabio Caruso, Adriano Colombari e Andrea Stefanelli* – p. 2

#### CONCORRENZA

- Cartelli e registrazioni telefoniche – Per il Tribunale dell'UE la Commissione può utilizzare le registrazioni di conversazioni telefoniche tra concorrenti effettuate di nascosto da un partecipante per dimostrare l'esistenza di un'intesa anti-concorrenziale, di *Cecilia Carli* - p. 4
- Antitrust e intercettazioni telefoniche – Il TAR dice sì all'utilizzazione dei "brogliacci" acquisiti dall'AGCM da un procedimento penale per fondare il proprio impianto probatorio in un procedimento per asserita intesa concorrenziale, di *Cecilia Carli* – p. 5

#### DIRITTO E TECNICA DOGANALE

Informazioni tariffarie vincolanti (ITV), di *Mauro Beltrami* - p. 6

#### LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

- Salute e sicurezza sul lavoro – pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Decreto SINP (Sistema informativo nazionale per la prevenzione nei luoghi di lavoro - art. 8, Dlgs. n. 81/2008) – p. 7
- Ampliamento della responsabilità civile degli amministratori di società di capitali, di *Vittorio Provera* – p. 8

#### RINNOVABILI

- Rinnovabili e settore energetico - La Corte di Giustizia europea si pronuncia in via pregiudiziale sulla compatibilità di una normativa regionale che limita a livello territoriale la gratuità della distribuzione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili, di *Filippo Alberti* – p. 9
- Aiuti di stato ed energia nucleare – L'aiuto di stato concesso per il funzionamento dell'impianto di produzione di energia nucleare di Hinkley Point non danneggia le società produttrici di energia rinnovabile, di *Cecilia Carli* – p. 10

#### APPROFONDIMENTO DEL MESE:

Nuove regole per i subentri nei contratti di appalto e la tutela del personale impiegato

### Aggiornamenti giurisprudenziali

#### **SUDDIVISIONE IN LOTTI E TUTELA DELLA CONCORRENZA, UN EQUILIBRIO DIFFICILE**

TAR Roma, II°, 30/8/2016, n. 9441

CONSIP ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi integrati di vigilanza per le Pubbliche Amministrazioni, per un importo pari a **540 milioni di euro**.

La gara era suddivisa in 13 lotti territoriali, ma un Istituto di vigilanza la impugnava sul presupposto che l'accorpamento di territori - comunque di grande vastità - precludesse di fatto la partecipazione ad operatori di piccole e medie dimensioni.

L'occasione consente al TAR Roma di fare un interessante *excursus* sull'evoluzione normativa in materia di contratti pubblici, che inizialmente erano regolamentati dal R.D.n. 2440/1923 – la cui finalità era quella d'individuare il “giusto” contraente per l'amministrazione, la cui prerogativa era quella di far spendere meno o meglio” la P.A. - a cui tuttavia, sulla spinta delle direttive comunitarie, si era aggiunta “l'ondata neoliberalista” che aveva, come mantra, la tutela della concorrenza e la non discriminazione fra le imprese, per giungere fino ad una normativa – il Codice appalti del 2006 – in grado di fondere la ricerca del miglior contraente con il rispetto del mercato transfrontaliero.

Sostiene poi il giudice amministrativo che “*Con il nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni (d.lgs. n. 50 del 2016) [...] la funzione proconcorrenziale delle regole di evidenza pubblica ha assunto ancora maggiore rilievo ed è divenuta il baricentro del sistema*”, sebbene questo non significhi la rinuncia al risparmio di spesa, in quanto “*Le due anime della normativa sostanziale [...] devono essere perseguite contemporaneamente, atteso che la massima partecipazione alla gara è funzionale alla realizzazione di entrambe le finalità*”.

Fatte queste dovute premesse, il TAR passa quindi ad analizzare la vicenda in oggetto e chiarisce come CONSIP si sia giustificata, relativamente alla maxi-gara indetta, adducendo di aver perfettamente rispettato l'art. 26 L.n. 488/1999.

L'oggetto della contestazione, tuttavia, non è la “legittimità” della procedura, ma l'”opportunità” di una gara che preclude la possibilità di parteciparvi da parte

delle piccole e medie imprese, e la motivazione addotta da CONSIP – secondo cui gli operatori che non hanno le dimensioni sufficienti si possono riunire in a.t.i. o ricorrere all'avvalimento - non convince, in quanto “*la costituzione di un Raggruppamento Temporaneo di Imprese o il ricorso all'avvalimento sono il frutto di scelte discrezionali di tutte le imprese coinvolte, per le quali non è sufficiente la volontà della piccola o media impresa che intende partecipare alla gara, essendo necessaria anche una coincidente volontà delle altre imprese nella costituzione dell'eventuale raggruppamento e dell'impresa o delle imprese ausiliarie nell'avvalimento*”.

Volendo dunque affrontare il vero “nodo” della questione, ovvero se la suddivisione dell'appalto in 13 lotti abbia consentito di definire degli ambiti territoriali “ottimali”, occorre *in primis* verificare la correttezza dell'istruttoria svolta da CONSIP prima di redigere il disegno di gara.

E sebbene, nel caso in questione, la Centrale di committenza nazionale abbia dimostrato di aver svolto detta istruttoria, le cui risultanze sono state peraltro avallate anche dall'ACGM, il Tar Lazio giunge comunque all'opposta conclusione secondo cui “*considerare ambiti territoriali ottimali, [...] lotti per l'affidamento dei quali possono concorrere individualmente soltanto 24 imprese (18 secondo la puntuale ricostruzione operata dalla ricorrente), con esclusione delle altre numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato, [...] si ritiene [...] sia manifestamente illogico*”.

In definitiva, quindi, il giudice amministrativo ritiene che “*L'ambito territoriale ottimale dovrebbe consentire il funzionamento di un mercato in cui la facoltà di presentare offerte in forma singola sia concessa non solo ai player dello stesso ma anche, per quanto possibile, alle imprese di medie e piccole dimensioni, al fine di incentivare una concorrenza piena, con possibilità per ogni impresa di incrementare le proprie qualificazioni e la propria professionalità, e di trarre i potenziali benefici in termini di qualità di servizi resi e di prezzi corrisposti.*”

Per questo motivo, dunque, la gara CONSIP è stata annullata.

Questa definizione di mercato “ottimale” si ritiene sia la più “illuminante” finora letta in una pronuncia giurisprudenziale.

Anche di questo si parlerà nell'interessante convegno che si terrà il 28 settembre presso l'AGCM.

Avv. Andrea Stefanelli  
Studio Legale Stefanelli

## **IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NELLE GARE: CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI**

T.A.R. Palermo, Sez. III°, 27/07/2016, n. 1916

T.A.R. Milano, Sez. IV°, 9/08/2016, n. 1594

Vi è una parte della giurisprudenza che tende a ridurre il peso del precetto normativo del principio di rotazione, volto ad assicurare un avvicendamento delle imprese affidatarie in fase di nuova assegnazione di un appalto.

Tale giurisprudenza interpreta detto principio in maniera tutt'altro che restrittiva, ritenendo che non possa escludersi la facoltà d'aggiudicare l'appalto al precedente affidatario ed, in alcuni casi, si è addirittura spinta a ritenere che la presenza del precedente aggiudicatario - all'interno della rosa scelta dall'amministrazione - possa "favorire" la concorrenza (piuttosto che limitarla).

Una recente sentenza (TAR Roma, II°, 11/3/2016, n. 3119) ha così ritenuto il principio di rotazione privo di natura precettiva "assoluta", nel senso che la sua mancata applicazione non potrebbe valere ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore del soggetto già in precedenza affidataria.

Di tutt'altro avviso, però, altra giurisprudenza che ritiene detto principio interpretabile in maniera assai più rigorosa, in quanto rappresenterebbe la garanzia minima affinché la gara possa ritenersi compatibile con le regole di trasparenza e concorrenzialità; secondo tale visione, quindi, il principio di rotazione si affiancherebbe a quello di trasparenza e di parità di trattamento, rendendolo così ineludibile.

Su questa linea si assestano due pronunce "estive" in materia (T.A.R. Palermo, III°, 27/7/2016, n. 1916 e T.A.R. Milano IV°, 9/8/2016, n. 1594); quest'ultima in particolare, richiamando la posizione del massimo Consesso (Cons.St., III°, 12/9/2014; V° 16/1/2015, n. 65; V°, 25/2/2016, n. 760), ritiene che il mancato rispetto del principio di rotazione - ovvero l'invito alla nuova gara del precedente aggiudicatario - debba intendersi quale legittimo motivo di esclusione.

Tale visione più restrittiva può/deve certamente essere applicata al nuovo Codice degli appalti il quale, all'art. 36 (contratti sotto soglia) prevede come l'affidamento possa/debba avvenire proprio nel rispetto del principio di rotazione.

Principio che dunque, d'ora in avanti, dovrà essere guardato - tanto dalle Stazioni appaltanti, quanto dai singoli concorrenti - con un maggiore rispetto.

*Avv. Adriano Colomban  
Studio Legale Stefanelli*

## **SEDUTA PUBBLICA: L'OBBLIGO DI APERTURA DEI PLICHI RIGUARDA ANCHE LE GARE TELEMATICHE?**

Cons. Stato Sez. V, 20/7/2016, n. 3266

I principi di trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara non possono essere messi in discussione nel caso di procedure ad evidenza pubblica, anche se svolte con modalità telematiche. E' quanto affermato dai Giudici del Consiglio di Stato, che hanno ribadito come i suddetti principi abbiano valenza fondamentale e siano posti a tutela degli interessi non solo degli operatori economici, ma anche della stessa stazione appaltante.

Il caso in questione riguardava una procedura indetta dalla Regione Calabria ed avente ad oggetto la fornitura triennale di medicazioni generali ospedaliere, da affidarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La sentenza gravata aveva accolto la domanda d'annullamento del provvedimento d'esclusione emesso ai danni di una concorrente, che aveva eccepito di non aver potuto prendere parte alla prima seduta pubblica per mancata convocazione da parte della stazione appaltante.

La Regione Calabria affermava invece che, trattandosi di gara telematica, sarebbe stato possibile derogare all'obbligo d'apertura in seduta pubblica delle buste amministrative, tecniche ed economiche.

Ciò in ragione del fatto che il sistema avrebbe consentito - di fatto - la tracciabilità di tutte le fasi della procedura, l'inviolabilità delle buste telematiche e l'incorruttibilità di tutti i files caricati sulla piattaforma, con possibilità d'esaminare quindi tutta la documentazione di gara in qualsiasi modo in tempo reale.

Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado, affermando come lo svolgimento delle operazioni di gara in seduta pubblica non abbiano solo la funzione d'evitare la possibile manomissione o alterazione dei plichi contenenti la documentazione amministrativa o l'offerta tecnico/economica, ma anche lo scopo d'assicurare la tutela della concorrenza, affinché non si determinino (anche successivamente) alterazioni delle offerte o possibili disparità di trattamento tra i concorrenti.

Per questo motivo, quindi, la pubblicità delle sedute - anche per le gare telematiche - dev'essere comunque e sempre assicurata e garantita, al fine di rendere legittimità la medesima procedura ad evidenza pubblica.

*Avv. Fabio Caruso  
Studio Legale Stefanelli*

## **SUBAPPALTO NON AUTORIZZATO IN FASE CONTRATTUALE: SI PUÒ OTTENERE L'ANNULLAMENTO DELL'AFFIDAMENTO?**

T.A.R. Lombardia – Milano 7/7/2016 n. 1596

Che succede se vengono violate in fase esecutiva le norme che regolano l'autorizzazione al subappalto?

Quali sono le conseguenze che la suddetta violazione determina sull'aggiudicazione e sul contratto già concluso con l'amministrazione? Questi sono gli interrogativi cui l'interessante sentenza in commento cerca di fornire una risposta, partendo dall'analisi del ricorso presentato da una ditta, classificatasi seconda in una gara indetta dalla Fondazione IRCCS Cà Granda di Milano avente ad oggetto l'affidamento del servizio di lavaggio e noleggio biancheria e vestiario per il personale del Policlinico e dell'Istituto Tumori.

L'aggiudicazione era stata disposta a favore di una concorrente, ma la 2° graduata aveva impugnato contestando alcune irregolarità nell'offerta della vincitrice; il T.A.R. Lombardia, tuttavia, aveva respinto il ricorso, decisione confermata anche dal Consiglio di Stato.

Senonché già in fase esecutiva la 2° classificata (già ricorrente soccombente) veniva a conoscenza – a seguito d'indagini commissionate dalla stessa ad un investigatore privato – che una parte del servizio (il trasporto della biancheria) veniva, di fatto, svolto da una ditta diversa da quella autorizzata dalla S.A. ed indicata nel contratto di subappalto depositato in sede di gara.

Proprio a seguito di detta contestazione l'aggiudicataria presentava allora all'IRCCS una richiesta di modifica del contratto di subappalto, che veniva accolta dalla stazione appaltante, ritenendo quindi di aver sanato ogni eventuale irregolarità.

Al contrario, la 2° classificata, ritenendo che proprio la richiesta di “cambio” del subappaltatore avesse (di fatto) pienamente avvallava la sua iniziale contestazione circa l'incapacità dell'aggiudicataria di svolgere l'intero servizio, impugnava l'autorizzazione del Cà Granda al nuovo subappalto per violazione dell'art. 118 D.Lgs. 163/06 (che vieta di modificare, in corso d'esecuzione, il soggetto inizialmente indicato quale subappaltatore), norma che peraltro trova piena conferma nel nuovo art. 105 D.Lgs. 50/2016.

In ragione di tale violazione la ricorrente chiedeva quindi l'annullamento dell'aggiudicazione a suo tempo disposta, con conseguente dichiarazione d'inefficacia del contratto.

Il TAR Milano, pur ritenendo fondate le doglianze della ricorrente, ha tuttavia dovuto affermare il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario, in quanto la violazione anzidetta riguarda già la fase esecutiva del contratto, di cui solo il giudice ordinario può avere cognizione.

In altri termini, la domanda d'inefficacia del contratto non può trovare accoglimento davanti al giudice amministrativo se relativa a contestazioni che riguardano fatti successivi e sopravvenuti rispetto all'aggiudicazione definitiva, che si definisce “*provvedimento ad efficacia istantanea e con effetti permanenti, suscettibile di revoca solamente per ragioni di opportunità*”.

Nel caso di specie, dunque, la scelta dell'amministrazione d'autorizzare un nuovo subappalto anziché imporre all'appaltatore d'adempiere direttamente – dovendo in caso contrario procedere all'annullamento dell'appalto - non può essere imposta alla P.A. dal giudice amministrativo, ma deve considerarsi una scelta discrezionale della stessa.

La sentenza in esame offre sicuramente numerosi spunti di riflessione in merito all'effettivo peso della **disciplina sul subappalto**, la cui **violazione appare** in questo modo **svuotata di una reale incidenza sulle sorti del contratto** di appalto e, di conseguenza, sugli stessi interessi degli operatori economici.

La futura applicazione dell'art. 105 del Nuovo Codice degli Appalti potrà esserci d'aiuto.

*P.S.:* per completezza espositiva si segnala che il TAR ha comunque ritenuto di mandare gli atti alla Procura della Repubblica per la verifica di eventuali profili penalistici nella gestione dei subappalti.

*Avv. Fabio Caruso  
Studio Legale Stefanelli*

## **CONCORRENZA**

### **CARTELLI E REGISTRAZIONI TELEFONICHE – PER IL TRIBUNALE DELL'UE LA COMMISSIONE PUÒ UTILIZZARE LE REGISTRAZIONI DI CONVERSAZIONI TELEFONICHE TRA CONCORRENTI EFFETTUATE DI NASCOSTO DA UN PARTECIPANTE PER DIMOSTRARE L'ESISTENZA DI UN'INTESA ANTI-CONCORRENZIALE**

Il Tribunale dell'UE (*Tribunale*), con sentenza dell'8 settembre ha affermato che le registrazioni di conversazioni telefoniche private effettuate segretamente da un partecipante possono legittimamente essere utilizzate dalla Commissione europea (*Commissione*) per formare la base del proprio impianto probatorio per la dimostrazione dell'esistenza di un presunto cartello. Così facendo, il Tribunale sembra