



INDICE:

APPALTI

Aggiornamenti normativi e giurisprudenziali, a cura di *Andrea Stefanelli* – p. 2

CONCORRENZA

- La Corte di Giustizia conferma che il regime di finanziamento della TV pubblica spagnola (RTVE) modificato nel 2009 è compatibile con le regole dell'Unione in materia di aiuti di Stato, di *Dario Paschetta* – p. 5
- La Corte di Giustizia chiarisce che una proroga della durata di un aiuto di Stato esistente, anche quando risulta da una decisione del giudice nazionale, deve essere considerata come una modifica di tale aiuto e, quindi, come nuovo, di *Dario Paschetta* – p. 6
- Secondo l'avvocato generale Wahl l'impugnazione di Intel contro l'irrogazione di un'ammenda di EUR 1,06 miliardi per abuso di posizione dominante dovrebbe essere accolta e la causa rinviate al Tribunale per un nuovo esame, di *Dario Paschetta* – p. 6

CONTRATTUALISTICA

Concorrenza sleale e distribuzione esclusiva – Il Tribunale di Milano si pronuncia sulla liceità della vendita diretta del produttore in concorrenza con il distributore in assenza di una clausola di esclusiva espressa nel contratto di fornitura tra questi due soggetti, di *Filippo Alberti* – p. 8

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

Il decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive dei decreti attuativi del Jobs Act, di *Maddalena Saccaggi e Tommaso Targa* – p. 8

PRIVACY

Big Data e concorrenza - La Commissaria Vestager delinea le priorità della Commissione: tutela della privacy e concorrenza, di *Mario Cistaro* – p. 10

RINNOVABILI

Aiuti di stato e settore dell'energia rinnovabile – La Commissione europea ha approvato il piano ellenico di sostegno alle fonti energetiche rinnovabili notificato da Atene a luglio 2016, di *Martina Ciccarello* – p. 10

SICUREZZA PRODOTTI ED IMPIANTI

Il nuovo modello di dichiarazione di conformità UE, di *Claudio Gabriele e Maria Sole Lora* – p. 10

APPROFONDIMENTO DEL MESE:

Risoluzione di rapporti continuativi con rivenditori / distributori. Il caso Granarolo / Ambrosi del 14 luglio 2016. Il problema della qualificazione dei contratti di durata con rivenditori, di *Fabio Bortolotti*

APPALTI PUBBLICI

Aggiornamenti normativi e giurisprudenziali

LINEA-GUIDA “PROCEDURE PER L’AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI D’IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE COMUNITARIE, INDAGINI DI MERCATO E FORMAZIONE E GESTIONE DEGLI ELENCHI DI OPERATORI ECONOMICI”

Delibera ANAC 26/10/2016, n. 1097

L'art. 36 del D.Lgs.n. 50/2016 regolamenta gli appalti cd. "sottosoglia", quelli che nel vecchio D.Lgs. n. 163/2006 erano disciplinati dagli artt. 121-125.

Detto articolo prevede, come noto, tre diversi tipologie di affidamenti (comma 2°), ovvero:

- a) affidamenti diretti per importi sotto ai 40.000 €,
- b) affidamenti tramite procedure negoziate senza bando, per lavori dai 40.000 € ai 150.000 € e per beni e servizi dai 40.000 € ai 209.000 €,
- c) affidamenti tramite procedure negoziate semplificate, per lavori dai 150.000 € a 1.000.000 €,
- d) affidamenti tramite procedure ordinarie per lavori superiori a 1.000.000 € (e fino a 5.225.000 €).

Ognuna di dette procedure sconta interessanti novità rispetto al passato, a cui si aggiunge che, per detti appalti sottosoglia, il Legislatore ha espressamente stabilito che la verifica dei requisiti debba avvenire *“esclusivamente tramite Banca dati nazionale degli operatori economici”* (comma 5), che in caso di procedure negoziate - lett. b) e c) – la verifica dei requisiti debba avvenire solo in capo all'aggiudicatario (comma 6°), che è possibile procedere *“attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici”* (ancora comma 6°) nonché, infine, che nelle procedure ordinarie - lett. d) - i termini possano essere ridotti della metà (comma 9°).

Al comma 7°, poi, era previsto che l'ANAC avrebbe adottato una Linea-guida *“per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure”*, LINEA-GUIDA che è stata adottata con delibera ANAC del 26/10/2016 e pubblicata solo l'11/11/2016.

Nelle oltre 10 pagine – molto discorsive - di detta 4° Linea-Guida molti sono i passaggi interessanti ma, nel breve spazio di questo scritto, ci si vuole soffermare sui due istituti che nel precedente Codice non erano previsti, ovvero le indagini di mercato e gli elenchi-fornitori.

L'indagine di mercato è volta a far conoscere alla P.A. che deve procedere all'acquisto l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti, i soggetti interessati, le soluzioni tecniche disponibili, le condizioni economiche praticate ecc.; il RUP deve esperire detta indagine senza tuttavia rilevare informazioni avute dai diversi operatori economici e conservando sempre la massima correttezza nei confronti di ogni interlocutore.

Per svolgere tale analisi il RUP può anche consultare i cataloghi elettronici del proprio MEPA (o quello di altre amministrazioni), ma in ogni caso deve pubblicare un “avviso” sul proprio profilo di committenza, stabilendo modalità e termine per detta consultazione, Detta pubblicazione che non può essere inferiore a 15 gg., salvo particolari ragioni d'urgenza (ma mai meno di 5 gg.).

L'ANAC si spinge poi a “suggerire” che ogni amministrazione si doti di un proprio regolamento, atto a disciplinare il corretto *modus operandi* per procedere a dette consultazioni di mercato.

Queste ultime, come detto, servono per individuare gli operatori da invitare alle procedure - negoziate o semplificate di cui alle lett. b) e c) di cui sopra - ma la scelta di tali i operatori può avvenire anche attraverso la consultazione di **“Elenchi”**, che ogni singola P.A. può istituire e che devono essere sempre “aperti” a nuove iscrizioni.

L'operatore economico che è interessato risponde quindi al bando d'abilitazione che la P.A. pubblica sul proprio profilo di committenza, ove indica tutti i requisiti e le modalità per procedere a detta iscrizione.

Anche in tal caso l'ANAC suggerisce che ogni amministrazione si doti di un proprio regolamento, atto a disciplinare il corretto *modus operandi* per procedere all'istituzione di tali elenchi.

Avv. Andrea Stefanelli
Studio Legale Stefanelli

OGGETTO GARA: QUANDO E COME È POSSIBILE MODIFICARLO

Cons. Stato , III°, 3/11/2016, n. 4613

La questione oggetto del contenzioso in commento è molto interessante, per cui merita un'approfondita analisi per comprendere appieno la portata della decisione assunta.

Un'amministrazione bandiva una gara per la fornitura di un'apparecchiatura, che veniva aggiudicata ad una concorrente, ma la 7° classificata ne contestava la vittoria, ricorso tuttavia rigettato dal TAR Lazio.

Sennonché, a seguito dell'accorpamento di alcuni suoi uffici, la P.A. appaltante constatava che l'apparecchiatura acquisita non le occorreva più, per cui revocava l'affidamento.

L'aggiudicataria a questo punto faceva causa, richiedendo 600.000 € di risarcimento danni.

A seguito tuttavia di una riorganizzazione interna, l'amministrazione procedente accertava la nuova necessità dell'apparecchiatura - prima acquistata (e poi annullata) – ragion per cui “revocava la revoca”; più correttamente la P.A. otteneva, dalla primigenia affidataria – e a distanza di 5 anni dalla prima gara – la fornitura di un'apparecchiatura tecnologicamente più avanzata (rispetto a quella aggiudicata), ad un prezzo

scontato dell'8% (rispetto a quello offerto in gara), con la rinuncia inoltre alla causa risarcitoria.

A questo punto tuttavia "risorgeva" l'iniziale ricorrente (la 7° classificata) affermando che la fornitura di un'"altra" apparecchiatura (più tecnologica) nonché ad un prezzo diverso da quello aggiudicato rappresentava, di fatto, un affidamento diretto al di fuori dei casi previsti dalla normativa (art. 57 D.Lgs. n. 16/2006, oggi art. 63 D.Lgs. n. 50/2016).

Il TAR Lazio, investito del giudizio, accoglieva il ricorso ritenendo che la 1° gara era stata effettivamente stravolta sia nell'oggetto che nel prezzo, di talché l'amministrazione era tenuta a bandire una nuova gara.

L'affidataria della fornitura, a questo punto, impugnava la sentenza del TAR sostenendo che la lex specialis iniziale imponeva l'aggiornamento tecnologico e considerato come, nelle more, fosse uscito un nuovo release della sua apparecchiatura, la proposta attuale (l'apparecchiatura tecnologicamente più avanzata) altro non faceva che rispettare le prescrizioni di gara.

Quanto poi alla scontistica, il 5% era dovuto per legge (D.L. n. 66/2014, convertito L.n. 89/2014, la cd. 4° Spending review), mentre il 3% era stato concesso a titolo di revisione prezzi.

Si costituiva in appello la prima ricorrente (7° classificata), argomentando invece che l'amministrazione non aveva erroneamente svolto alcuna indagine di mercato – oggi prevista ex lege – da cui si sarebbe accorta come i prezzi di mercato si erano ridotti (in 5 anni) di oltre il 40% rispetto al momento in cui era stata esperita la prima gara, per cui lo sconto dell'8% era risibile in relazione al risparmio che avrebbe ottenuto se si fosse rivolta nuovamente al mercato.

Il Consiglio di Stato, di fronte a questa intricata vicenda, chiarisce innanzitutto come la questione dirimente sia la sussistenza – o meno – di una modifica dell'oggetto della gara/fornitura, che trascende il previsto (e doveroso) adeguamento tecnologico.

In altri termini era necessario accertare se le caratteristiche "qualificanti" dell'apparecchiatura originariamente offerta erano le medesime di quella aggiornata, onere che gravava sull'Amministrazione, la quale quindi avrebbe dovuto accettare che le "novità" presenti nella nuova apparecchiatura non erano che meri aggiornamenti e non novità rispetto all'oggetto del primo affidamento.

E dal momento che tale verifica non è stata svolta dall'amministrazione, il dato oggettivo della "modificazione" del prodotto da fornire viola palesemente il principio dell'immodificabilità dell'offerta di gara, rendendo inammissibile la nuova aggiudicazione.

In disparte, poi, la mancata valutazione della convenienza economica, che non fa che corroborare la carenza di un'adeguata istruttoria da parte della P.A. appaltante.

Il tema della modifica dell'oggetto della fornitura affidata risulta oggi di grande attualità, soprattutto

nell'ottica del futuro sistema degli acquisti centralizzati in cui la grande difficoltà delle stazioni appaltanti "semplificate" sarà quello di veder soddisfatte le proprie esigenze da parte dei prodotti/servizi aggiudicati dai Soggetti Aggregatori, senza cadere nel "rischio" di chiedere modificazioni a quanto aggiudicato, tanto da modificare l'oggetto della gara.

Avv. Andrea Stefanelli
Studio Legale Stefanelli

PRINCIPIO DI ROTAZIONE, PERCHÉ ADESSO SE NE PARLA TANTO ?

T.A.R. Napoli, II°, 11/11/2016, n. 5227

Il principio di rotazione prevede che l'Amministrazione appaltante, nel rispetto della massima concorrenzialità, non inviti alla futura gara l'affidatario della precedente procedura.

Nel vecchio Codice (D. Lgs. n. 163/06) detto principio di rotazione era previsto all'art. 57 ("Procedura negoziata senza pubblicazione del bando") comma 6°, laddove veniva stabilito che la P.A. *"individua gli operatori economici da consultare [...] nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione e seleziona almeno 3 operatori economici"*, nonché all'art. 125, comma 8° relativamente all'affidamento a "cattimo fiduciario" di lavori d'importo fra i 40.000 € ed i 200.000 € *"nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno 5 operatori economici"*.

Secondo la giurisprudenza formatasi al riguardo, da una parte il principio di rotazione *"non ha valenza precettiva assoluta [...] nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario [...] uscente"*, qualora tuttavia vi sia stata effettiva competizione e l'offerta aggiudicata è risultava quella realmente più vantaggiosa; in tal caso non sussiste dunque una preclusione a che il nuovo aggiudicatario possa essere anche quello già in precedenza affidatario della medesima fornitura(ex multis Cons.St., III°, 21/10/2015, n. 4810).

Da ciò ne discende la possibilità d'invitare alla nuova gara anche il precedente appaltatore, senza tuttavia che ne sussista l'espresso obbligo, anzi stante l'espressa necessità di motivarne adeguatamente l'invito (TAR Abruzzo, I°, 30/6/2016, n. 412, già commentata in una precedente Newsletter).

Vi è tuttavia un'altra parte della giurisprudenza che ha assunto una posizione più intransigenza, secondo cui *"il principio di rotazione va inteso come esclusione dall'invito di un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa azienda (Consiglio Stato, III°, 12 settembre 2014, 4661, V°, 16 gennaio 2015, n. 65 e 25 febbraio 2016, n. 760). Insomma la rotazione, per essere effettiva, comporta l'esclusione dall'invito di coloro che siano risultati aggiudicatari [...]*

di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare" (TAR Milano, IV°, 9/8/2016, n. 1594). Addirittura vi è una pronuncia del TAR Brescia (II°, 21/1/2011, n. 137), secondo cui la rotazione può essere applicata non solo ai precedenti affidatari, ma anche ai soggetti che abbiano partecipato alle procedure negoziate senza conseguire l'appalto.

Oggi il principio di rotazione è salito agli "onorì della cronaca" in quanto il nuovo Codice, all'art. 36, comma 2°, lett b) espressamente prevede, per lavori dai 40.000 € ai 150.000 € di valore nonché per beni e servizi da 40.000 e ai 209.000 €, che gli affidamenti possano avvenire mediante "*procedura negoziata, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori e nel rispetto del principio di rotazione degli inviti*".

Ora, se si pone mente al fatto che da un lato il D.Lgs. n. 50/2016 ha introdotto la qualificazione delle stazioni appaltanti ed il divieto d'esperire gare "sottosoglia" da parte di tutte le PP.AA. non qualificate (art. 37 segg.), dall'altra disposto l'obbligo di programmazione degli acquisti di beni e servizi d'importo superiore ai 40.000 €, non vi è chi non veda come la procedura di cui all'art. 36, comma 2° lett. b) sia destinata a divenire una delle modalità d'acquisto più utilizzate nel settore degli appalti e come, di conseguenza, risulti assolutamente necessario conoscere l'esatto perimetro applicativo del principio di rotazione per comprenderne appieno possibilità e limiti.

Nella prima pronuncia circa la corretta applicazione dell'art. 36, comma 2°, lett. b) D.Lgs. n. 50/2016 - almeno di cui è a conoscenza chi scrive - il TAR Napoli, nel decidere il ricorso di una società che era stata aggiudicataria di un servizio e che, alla nuova gara, non era stata invitata, ha ritenuto corretto che la stazione appaltante, in applicazione (appunto) del principio di rotazione, non avesse invitato alla gara "*tendenzialmente e preferibilmente non solo l'affidatario uscente, ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che giammai hanno svolto tale servizio*".

Ciò significa che la P.A. non solo (*rectius* non più) ha l'interesse ad allargare la platea dei possibili concorrenti (il che comporterebbe anche l'invito al precedente affidatario), ma deve viepiù privilegiare l'affidamento ad operatori economici "diversi" dai precedenti appaltatori (per non creare rendite di posizione), ragion per cui ha il diritto/dovere di NON invitare alle gare - esperite relativamente ai medesimi oggetti - coloro che sono già stati precedenti aggiudicatari.

Nulla si dice invece il merito alla rotazione relativa agli "inviti", sebbene letteralmente il Legislatore parli appunto di "*rotazione degli inviti*".

La questione non è di poco conto se si considera la modalità della scelta degli invitati tramite "Elenchi" ragion per cui, se la P.A. deve invitare i primi 5 iscritti, e poi alla gara successiva dal 6° al 10°, e poi dall'11° al

15° ecc. è un conto (!!), ma se invece può/deve invitare i primi 5 iscritti e poi, alla gara successiva - il 6° nonché i precedenti quattro non aggiudicatari (della gara precedente) ecc.... come ben si può comprendere la differenza è grande, soprattutto per coloro che sono iscritti da poco e che risultano quindi nelle posizioni finali degli elenchi !!!

Staremo a vedere quale posizione prenderà la giurisprudenza anche relativamente alla suddetta questione.

Avv. Andrea Stefanelli
Studio Legale Stefanelli

CONCORRENZA

LA CORTE DI GIUSTIZIA CONFERMA CHE IL REGIME DI FINANZIAMENTO DELLA TV PUBBLICA SPAGNOLA (RTVE) MODIFICATO NEL 2009 È COMPATIBILE CON LE REGOLE DELL'UNIONE IN MATERIA DI AIUTI DI STATO

L'organismo pubblico radiotelevisivo spagnolo (RTVE) godeva fino al 2009 di un sistema di finanziamento misto in parte costituito da introiti provenienti dalle proprie attività commerciali (segnatamente vendita degli spazi pubblicitari) ed in altra parte da una compensazione dallo Stato Spagnolo in ragione del suo incarico di servizio pubblico.

Tale regime di finanziamento era modificato nel settembre 2009 mediante una legge che prevedeva che la pubblicità, la televendita, la sponsorizzazione e i servizi di accesso non costituivano più fonti di finanziamento e che successivamente a tale data la RTVE avrebbe continuato a disporre unicamente degli introiti derivanti dalla prestazione dei servizi a terzi e dalla vendita di proprie produzioni. A titolo di compensazione la legge in questione, inoltre, introduceva una serie di misure fiscali tra cui una nuova imposta sugli introiti degli operatori di servizi televisivi a pagamento stabiliti in Spagna e prevedendo altresì che, qualora queste nuove fonti di finanziamento non fossero state sufficienti a coprire i costi complessivi della RTVE, sarebbe intervenuto lo Stato a colmare il divario trasformando, quindi, il sistema di finanziamento da misto in uno quasi pubblico.

Con decisione del 20 luglio 2010 la Commissione dichiarava che la suddetta modifica del sistema di finanziamento della RTVE era compatibile con il mercato interno in forza dell'art. 106.2 TFUE precisando che esso escludeva qualsiasi sovraccompensazione della RTVE e che le nuove misure fiscali non costituivano parte integrante dei nuovi elementi di aiuto previsti dalla legge medesima.

Pertanto l'eventuale incompatibilità tra le suddette misure e la direttiva 2002/20/CE non comprometteva l'esame della sua compatibilità con il mercato interno.