



INDICE:

APPALTI PUBBLICI

Rassegna di giurisprudenza, a cura di *Andrea Stefanelli* – p. 2

CONCORRENZA

- L'AGCM punta il dito contro i principali produttori di apparecchiature medicali di diagnostica per immagini per presunte condotte escludenti a danno dei manutentori indipendenti, di *Cecilia Carli* – p. 3
- Le partecipazioni detenute dai medesimi investitori in società concorrenti finiscono nel mirino della Commissione europea, di *Martina Bischetti* – p. 4

CONTRATTUALISTICA

- Contratto di Agenzia e Patto di Stabilità, di *Domenica Cotroneo* – p. 5
- Costituzione S.r.l. italiana con socio estero, di *Arianna Ruggieri* – p. 6

ENERGIA

Strategia energetica nazionale: un tassello importante nell'ambito di una strategia europea di lotta ai cambiamenti climatici - p. 7

PRIVACY

La sicurezza dei dati tra privacy by design e registro delle attività di trattamento, di *Marco Soffientini* – p. 9

APPROFONDIMENTO DEL MESE:

Strumenti di controllo a distanza dei lavoratori. Le indicazioni operative dell'Ispettorato del Lavoro, di *Damiana Lesce e Paolo Zucchini*

Aggiornamenti giurisprudenziali ***SUBAPPALTO E SUBFORNITURA: DIFFERENZE ED INAPPLICABILITÀ DELL'ART. 105 ALLA SUBFORNITURA**

T.A.R. Roma I-bis 20/2/2018, n. 1956

L'art. 105 del D.Lgs.n. 50/2016 stabilisce che non configurano subappalto:

- a) le attività d'importo inferiore al 2% dell'importo dell'appalto;
- b) le attività d'importo inferiore a 100.000 € sempreché (in entrambi i casi) il costo della manodopera sia inferiore al 50% al valore del contratto stesso da affidare;
- c) l'affidamento di attività specifiche "a lavoratori autonomi";
- d) la subfornitura "a catalogo" di prodotti informatici;
- e) l'affidamento di servizi di valore inferiore a 20.000 € ad imprenditori agricoli;
- f) i contratti continuativi di cooperazione, servizi e forniture, se sottoscritti in data antecedente la gara.

Lo stesso articolo pone poi il **limite massimo del 30%** alla quota subappaltabile oltre a prevedere l'obbligo, in sede di gara, alla dichiarazione di subappalto.

Il comma 6° dell'art. 105, infine, richiede l'indicazione nominativa di almeno 3 subappaltatori "**a pena d'esclusione**" (la vera novità del Codice), purché gli appalti siano di valore soprasoglia comunitaria.

Il **contratto di subfornitura** risulta dunque espressamente citato solo relativamente al caso dei "prodotti informatici a catalogo", con ciò dunque lasciando intendere che, per tutti gli altri casi di subfornitura, debba trovare applicazione quanto disposto dall'art. 105.

Ma cos'è esattamente la subfornitura?

L'art. 1 della L.n. 192/1998 ("**Disciplina della subfornitura nelle attività produttive**") contiene la seguente definizione "**Con il contratto di subfornitura un imprenditore si impegna a effettuare, per conto di una impresa committente, lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati, o comunque ad essere utilizzati, nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche**

e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente".

Nel Codice Civile, invece, mentre il sub-appalto è un contratto derivato dell'appalto, il contratto di "fornitura" non esiste, trattandosi del termine atecnico per individuare il contratto di "vendita".

Da ciò ne discende quindi come la subfornitura altro non sia che la "vendita" di un prodotto ad un soggetto che, a sua volta, lo rivende.

Ma se così è, allora, profonda è la differenza tra il subappaltatore ed il subfornitore, in quanto al primo è richiesto un coinvolgimento imprenditoriale ed organizzativo nell'esecuzione dell'appalto principale (**rectius** di una quota di detto), da cui ne consegue la relativa responsabilità, mentre il secondo si limita a fornire (**vendere**) un prodotto semilavorato o finito, di cui l'appaltatore diverrà proprietario per poi usarlo nella prestazione oggetto dell'appalto principale.

SCELTA DEL CRITERIO DEL PREZZO PIÙ BASSO PER L'ALTA STANDARDIZZAZIONE E RIPETITIVITÀ DELLA PRESTAZIONE

T.A.R. Toscana, I°, 2/1/2018, n. 18

La questione affrontata dal TAR Firenze risulta di grande interesse in quanto riguarda una gara relativa al **servizio di trasporto** di materiale a rischio biologico, che l'Istituto Zooprofilattico della Toscana e Lazio aveva predisposto con estrema precisione (stabilendo i percorsi esatti, i luoghi di consegna e ritiro, i mezzi da utilizzare ecc.) e che decideva d'affidare in base al **criterio del prezzo più basso**.

Trattandosi tuttavia di un appalto di servizi, il bando veniva impugnato nella parte in cui applicava detto criterio in quanto, sulla scorta del disposto dall'art. 95, commi 3 e 4 D.Lgs.n. 50/2016

- si trattava di un servizio ad alta intensità di manodopera che, come tale, poteva essere aggiudicato esclusivamente in base al criterio dell'offerta **economicamente più vantaggiosa** (ai sensi del comma 3° lett. a),
- non si poteva configurare alcuna **standardizzazione** in quanto è un servizio di trasporto e, dunque, non può trovare applicazione il criterio del prezzo più basso (comma 4°, lett. b),
- né, infine, si poteva parlare di "elevata **ripetitività**", per cui non si poteva applicare neanche la lett. c) del medesimo comma 4° dell'art. 95 D.Lgs.n. 50/2016.

Il Tar Firenze ha tuttavia rigettato il ricorso riconoscendo, al contrario, come la puntuale e precisa definizione dell'oggetto della gara avesse di fatto reso le offerte "standardizzate" e quindi, non lasciando alcuna

discrezionalità ai concorrenti, le loro proposte erano tra loro "differenziabili" solo per i diversi costi d'ammortamento e di manutenzione dei mezzi.

Il costo della manodopera, pedaggio, carburante ecc. dovevano pertanto risultare uguali per tutti i partecipanti, per cui la gara poteva affidarsi anche al prezzo più basso che come noto risulta essere, nel nuovo Codice, un criterio del tutto "residuale", ovvero utilizzabile solo in casi del tutto eccezionali (ed espressamente previsti dal Legislatore).

L'OBLIGO DI GARA "SUPERA" IL DIRITTO D'ESCLUSIVA

Cons.St., III°, 5/2/2018, n. 748

TAR Milano, IV° 21/2/2018, n. 500

Il Policlinico Umberto I° di Roma indicava una procedura di gara per l'affidamento di un prodotto, che veniva aggiudicata alla società "A" ma la società "B", sul presupposto di essere esclusivista di detto prodotto a far data dal 1/1/2017, ne contestava l'aggiudicazione.

Il Tar Roma prima, nonché il Consiglio di Stato (5/2/2018, n. 748) poi, respingevano tuttavia il ricorso sulla scorta di un ragionamento molto interessante, ovvero che la violazione del diritto di esclusiva non è di per sé sufficiente a determinare l'illegittimità dell'aggiudicazione a favore della "non esclusivista", rilevando detto diritto solo in termini obbligatori fra le parti.

In altre parole la sussistenza di un'esclusiva non è tale da precludere l'indizione di una gara ed imporre un affidamento diretto, tanto è vero che l'art. 62, comma 2, lett. b), n. 3 del D.Lgs.n. 50/2016 prevede la possibilità - e non l'obbligo - di disporre una procedura negoziata senza pubblicazione del bando *"in presenza di diritti esclusivi"*.

Dunque **la decisione di una P.A. che, pur consapevole della presenza di diritto d'esclusiva in capo ad un operatore economico, decide d'esperire ugualmente una gara non è da considerarsi illegittima**, in quanto il futuro affidatario (qualora non dovesse essere esclusivista) ben potrà comunque rifornirsi "all'estero" oppure può aver fatto incetta del prodotto aggiudicato prima dell'inizio del periodo dell'esclusiva altrui.

Nè vale a giustificare l'affidamento diretto al titolare del diritto la minaccia della perdita della cd. "garanzia" in quanto, se il prodotto offerto presenta i medesimi requisiti di conformità tecnica dell'originale, non *"si vede la ragione per la quale la garanzia [...] costituirebbe una prerogativa esclusiva del prodotto distribuito"* dall'esclusivista.

Analoga decisione è stata poi assunta dal TAR Milano (21/2/2018, n. 500) in una controversia che nasceva da una gara per l'assistenza e manutenzione di apparecchiature in cui, dopo aver aggiudicato la

procedura alla società "C", l'amministrazione revocava l'affidamento per assegnarlo alla società "D" esclusivista di detti servizi.

Il Collegio meneghino ha tuttavia annullato tale determinazione sostenendo che ***"l'esistenza di un diritto esclusivo non implica necessariamente che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi"***.

Peraltro la **Linea guida n. 8** distingue fra i concetti di "infungibilità" ed "esclusiva", prevedendo che, mentre nei casi d'infungibilità il Codice dà la possibilità di derogare alle regole dell'evidenza pubblica, nei casi d'esclusiva invece è necessario prendere in considerazione il cd. *"principio di esaurimento comunitario"* secondo cui, una volta che un bene viene messo in commercio nel territorio comunitario dal parte del titolare, egli perde le facoltà di privativa sullo stesso. Detto principio è alla base delle cd. "importazioni parallele", che la giurisprudenza della Corte di Giustizia non ha sanzionato ed anzi più di una volta, si è positivamente espressa al loro riguardo (Corte 13/10/2016, causa C-277/15 e 24/11/2016, causa C-662/15).

**A cura Avv. Andrea Stefanelli
Studio Legale Stefanelli*