

## NEWSLETTER N. 39/2021

### NOVITÀ LEGISLATIVE E DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI

➤ **AGCM – Delibera 30 novembre 2021 Procedimento A528 - Sanzione di oltre 1 miliardo e 128 milioni di euro ad Amazon per abuso di posizione dominante**

Secondo l’Autorità, Amazon ha danneggiato gli operatori concorrenti nel servizio di logistica per e-commerce. Imposte al gruppo misure comportamentali che saranno sottoposte al vaglio di un monitoring trustee.

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha irrogato una sanzione di oltre 1 miliardo di euro (1.128.596.156,33) alle società Amazon Europe Core S.à.r.l., Amazon Services Europe S.à r.l., Amazon EU S.à r.l., Amazon Italia Services S.r.l. e Amazon Italia Logistica S.r.l. per violazione dell’art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea. Amazon detiene una posizione di assoluta dominanza nel mercato italiano dei servizi di intermediazione su marketplace, che le ha consentito di favorire il proprio servizio di logistica, denominato Logistica di Amazon (Fulfillment by Amazon, c.d. “FBA”), presso i venditori attivi sulla piattaforma Amazon.it ai danni degli operatori concorrenti in tale mercato e di rafforzare la propria posizione dominante.

Secondo l’Autorità, le società hanno legato all’utilizzo del servizio Logistica di Amazon l’accesso a un insieme di vantaggi essenziali per ottenere visibilità e migliori prospettive di vendite su Amazon.it. Tra tali vantaggi esclusivi spicca l’etichetta Prime, che consente di vendere con più facilità ai consumatori più fedeli e alto-spendenti aderenti all’omonimo programma di fidelizzazione di Amazon. Quest’ultima ha, così, impedito ai venditori terzi di associare l’etichetta Prime alle offerte non gestite con FBA.

L’istruttoria ha accertato che si tratta di funzionalità della piattaforma Amazon.it cruciali per il successo dei venditori e per l’aumento delle loro vendite. Infine, ai venditori terzi che utilizzano FBA non viene applicato lo stringente sistema di misurazione delle performance cui Amazon sottopone i venditori non-FBA ed il cui mancato superamento può portare anche alla sospensione dell’account del venditore.

In tal modo Amazon ha danneggiato gli operatori concorrenti di logistica per e-commerce, impedendo loro di proporsi ai venditori online come fornitori di servizi di qualità paragonabile a quella della logistica di Amazon. Tali condotte hanno così accresciuto il divario tra il potere di Amazon e quello della concorrenza anche nell’attività di consegna degli ordini e-commerce.

Per effetto dell’abuso, inoltre, sono stati danneggiati anche i marketplace concorrenti: a causa del costo di duplicazione dei magazzini, i venditori che adottano la logistica di Amazon sono scoraggiati dall’offrire i propri prodotti su altre piattaforme online, Perlomeno con la stessa ampiezza di gamma.

L'Autorità ha ritenuto tale strategia abusiva particolarmente grave e, anche in considerazione della sua durata, degli effetti già prodotti e delle dimensioni del Gruppo, ha deciso di irrogare la suddetta sanzione di oltre un 1 miliardo di euro. Inoltre, per ripristinare immediatamente le condizioni concorrenziali nei mercati rilevanti, l'Autorità ha imposto ad Amazon misure comportamentali che saranno sottoposte al vaglio di un *monitoring trustee*. Amazon dovrà concedere ogni privilegio di vendita e di visibilità sulla propria piattaforma a tutti i venditori terzi che sappiano rispettare standard equi e non discriminatori di evasione dei propri ordini, in linea con il livello di servizio che Amazon intende garantire ai consumatori Prime. Amazon dovrà definire e pubblicare tali standard e, a far data da un anno dall'assunzione della decisione, astenersi dal negoziare con i vettori e/o con gli operatori di logistica concorrenti - per conto dei venditori - tariffe e altre condizioni contrattuali applicate per la logistica dei loro ordini su Amazon.it, al di fuori di FBA.

➤ **ANAC – Comunicato del Presidente del 24 novembre 2021, Integrazione della delibera 1201: "Applicabilità della fattispecie di inconferibilità conseguenti a condanna penale alle ipotesi di reato associativo al compimento dei reati di cui all'art. 3 d.lgs. n. 39/2013".**

In ordine ad un quesito posto all'Autorità circa l'applicabilità della causa di inconferibilità di cui all'art. 3 del D.lgs. 39/2013, nel caso di sentenza di condanna, anche non definitiva, per un reato associativo finalizzato al compimento dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale, l'Autorità ha ritenuto applicabile la misura di cui all'art. 3 anche in caso di condanna per un reato associativo, sempre che questo sia finalizzato al compimento dei reati previsti dal capo I del titolo II del libro II del codice penale.

È stato ritenuto possibile ricomprendere nella norma anche ipotesi criminose plurisoggettive, a concorso necessario, quali l'associazione per delinquere di cui all'art 416 c.p., chiarendo che una soluzione affermativa non comporta un'interpretazione estensiva o analogica dell'articolo 3, piuttosto una sua attuazione piena e coerente. Di conseguenza, la delibera n. 1201 del 18 dicembre 2019 recante "Indicazioni per l'applicazione della disciplina delle inconferibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione – art. 3 d.lgs. n. 39/2013 e art. 35 bis D.lgs. n. 165/2001" è stata ritenuta integrata dalla delibera n. 720 del 27 ottobre 2021.

➤ **ANAC – Comunicato del Presidente del 17 novembre 2021: "Differimento al 31 gennaio 2022 del termine per la pubblicazione della Relazione RPCT".**

Attraverso il Comunicato in rassegna, il Presidente Busia ha prorogato il termine per la pubblicazione della Relazione annuale che i Responsabili della Prevenzione della corruzione e della trasparenza (RPCT) sono incaricati di predisporre.

Per la stesura della relazione, gli RPCT si avvalgono della Scheda per la relazione annuale del RPCT 2021 allegata al Comunicato del Presidente del 17 novembre 2021.

In alternativa, gli RPCT che utilizzano la Piattaforma di acquisizione dei Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza (PTPCT) possono usufruire del servizio di generazione automatica della relazione annuale dopo aver completato l'inserimento dei dati relativi ai PTPCT e alle misure di attuazione.

➤ **ANAC – Delibera 10 novembre 2021, n. 751: "La Croce Rossa Italiana non è un ente controllato dal Ministero della Difesa".**

L'Associazione della Croce Rossa Italiana, rientrando tra i soggetti di cui all'art. 2-bis, co. 3 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 è tenuta ad assicurare: 1) la pubblicazione dei dati relativi a *Sovvenzioni, contributi, sussidi, vantaggi economici*, ove concessi, essendo la pubblicazione condizione di efficacia dell'atto di concessione del beneficio (artt. 26 e 27); 2) la pubblicazione dei dati relativi a *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* in quanto stazione appaltante (art. 37); 3) il rispetto della disciplina in materia di accesso civico "*semplice*" e "*generalizzato*" di cui agli artt. 5 e 5-bis del D.lgs. 33/2013, limitatamente alle attività di pubblico interesse svolte, in quanto istituti non presenti nella disciplina speciale.

A tal fine, la CRI pubblica i riferimenti degli uffici cui presentare la richiesta di accesso civico "*generalizzato*", le modalità per l'esercizio di tale diritto, il Registro delle richieste di accesso pervenute, il nominativo e i riferimenti del soggetto cui presentare la richiesta l'accesso civico "*semplice*" e del titolare del potere sostitutivo, attivabile nei casi di ritardo o mancata risposta.

Tuttavia, l'Associazione non pubblica i dati previsti all'art. 35 del d.lgs. 33/2013 relativi all'*Attività e procedimenti* in quanto non svolge procedimenti amministrativi al pari delle pubbliche amministrazioni. Inoltre, la CRI non è soggetto di diritto privato controllato dal Ministero della Difesa ai sensi dell'art. 22, co. 1, lett. c) del d.lgs. 33/2013. Non sussiste, pertanto, in capo allo stesso Ministero, l'obbligo di pubblicare i dati previsti dal richiamato art. 22 con riguardo all'Associazione.

➤ **MIMS – Incontro del 9 novembre 2021 tra MIMS e sindacati in tema di condizioni di lavoro e nuove regole sul subappalto.**

In data 9 novembre si è tenuta la riunione dell'Osservatorio nazionale che il Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, ha costituito a ottobre scorso insieme con i segretari delle federazioni degli edili e le principali stazioni appaltanti, per garantire

condizioni di massima sicurezza anche nei cantieri sottoposti a procedure accelerate, a partire da quelli commissariati e quelli del PNRR.

L'incontro ha consentito di approfondire questioni specifiche, tra cui la turnazione h24, la gestione delle squadre di lavoro, le tipologie di lavorazione a rischio di infiltrazioni, il tracciamento dei materiali, la gestione delle nuove normative in materia di subappalto. Questi profili sono stati verificati oggi con riguardo ai cantieri commissariati e con la prospettiva che le soluzioni individuate possano essere alla base anche delle scelte di progettazione ed esecuzione dei lavori del PNRR.

Tra le soluzioni concordate figurano:

- il prossimo lancio da parte del MIMS del sistema di monitoraggio sull'avanzamento dei cantieri (già operativo per i cantieri commissariati) che consentirà anche alle organizzazioni sindacali un esercizio più mirato di verifica delle condizioni di lavoro;
- la definizione di una clausola standard da inserire nella documentazione di gara, a partire dalla "determina a contrarre", per uniformare le modalità di autorizzazione del subappalto, condizionandolo alla verifica del Contratto Collettivo Nazionale di Lavoro utilizzato e alla congruità della forza lavoro applicata;
- il potenziamento dei sistemi di prevenzione delle infiltrazioni criminali attraverso lo scambio tempestivo di informazioni sui settori e tipologie economiche a maggiore rischio e su gare o territori meritevoli di particolare attenzione.

### NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI

➤ **CORTE COSTITUZIONALE, Comunicato del 2 dicembre 2021 – Sull'inammissibilità del conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato contro l'obbligo del c.d. "green pass" nella scuola e nell'Università**

La Corte costituzionale ha esaminato in data 2 dicembre 2021 in camera di consiglio il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dall'avvocato Daniele Granara - in proprio e in qualità di difensore di 27.252 cittadini italiani tutti facenti parte del corpo docente, studentesco e del personale scolastico e universitario - per l'omesso esame della petizione presentata il 1° settembre 2021 alla Camera dei deputati (n. 820) e al Senato della Repubblica (n. 915). Con la petizione, i ricorrenti si opponevano alla conversione del decreto-legge 6 agosto 2021 n. 111, (Misure urgenti per l'esercizio in sicurezza delle attività scolastiche, universitarie, sociali e in materia di trasporti) che introduce l'obbligo del cosiddetto green pass nella scuola e nell'Università. In attesa del deposito dell'ordinanza, l'Ufficio Stampa della Corte costituzionale comunica che il conflitto è stato dichiarato inammissibile, sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo. I firmatari di una petizione non sono titolari di una funzione attribuita dalla Costituzione,

bensì di un diritto, che mai potrebbe trovare tutela in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

➤ **CONS. STATO, AD. PLEN., 9 dicembre 2021, n. 22** – *Criterio della vicinitas ai fini dell'impugnazione dei singoli titoli edilizi.*

Il supremo consesso amministrativo ha sancito che, con riferimento al criterio della *vicinitas*, in ambito edilizio-urbanistico, l'elemento relativo all'interesse al ricorso, inteso come uno stato di fatto, vada legato necessariamente all'utilità ricavabile dalla tutela di annullamento e dall'effetto ripristinatorio.

Il pregiudizio, a fronte di un intervento edilizio *contra legem*, è rinvenuto in giurisprudenza non senza una serie di varianti, che si traduce nel possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata.

Tuttavia, l'interesse ad agire, ricavabile anche dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso, dovrebbe escludersi nei casi in cui il titolo edilizio sia affetto da vizi solamente formali o procedurali sicuramente emendabili, quand'anche ne fosse possibile l'annullamento; quindi, senza che a tale annullamento possa seguire l'applicazione di una qualunque sanzione. Sul punto, l'Adunanza ha chiarito che, ai fini dell'apprezzamento dell'interesse a ricorrere, assume rilevanza non solo la violazione della distanza legale con l'immobile confinante con quello del ricorrente, ma anche quello tra detto immobile e una terza costruzione. Pertanto, è stato ritenuto che, riaffermata la distinzione tra legittimazione e interesse a ricorrere quali condizioni dell'azione, accertabili anche d'ufficio dal giudice, è necessario che ricorrano entrambe le condizioni e che non possa affermarsi che il criterio della *vicinitas*, quale elemento di differenziazione, valga da solo ed in automatico a soddisfare anche l'interesse al ricorso.

➤ **CONS. STATO, SEZ. III, 7 dicembre 2021 n. 8180** – *Sulle differenze tra proposte migliorative e varianti*

Nel caso in cui il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il criterio discretivo tra proposte migliorative e varianti si fonda sul fatto che le soluzioni migliorative si differenziano dalle varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo preclusa comunque la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione; laddove le varianti si sostanziano invece in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria un'previa manifestazione di volontà della stazione appaltante.



➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, 9 dicembre 2021 n. 12784 – Sull'aumento del canone in caso di proroga di una concessione di un impianto sportivo municipale**

La previsione, durante il periodo di proroga della concessione degli impianti sportivi municipali disposto 10-ter del d.l. 25 maggio 2021, n. 73, convertito dalla legge 23 luglio 2021 n. 106, di un canone maggiore rispetto a quello stabilito al momento del rilascio della concessione stessa costituisce sviamento dallo scopo tipico stabilito dal legislatore per l'esercizio del potere di proroga del rapporto concessorio *de quo*, in considerazione della *ratio* della disciplina (art. 216, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 e deliberazione dell'Assemblea capitolina del 22 ottobre 2020, n. 125) posta a fondamento della proroga finalizzata a favorire le imprese che si trovano in crisi economica a causa del *factum principis* rappresentato dall'emergenza sanitaria Covid-19.

➤ **TAR CAMPANIA, NAPOLI, SEZ. V, 9 dicembre 2021 n. 7910 – Sui presupposti dell'ordinanza contingibile urgente ai fini del rilascio di un immobile comunale**

È illegittima, per difetto dei presupposti, una ordinanza contingibile ed urgente ex artt. 50 e 54, d.lgs. n. 267 del 2000, con la quale il Sindaco ha ordinato lo sgombero immediato di un immobile comunale, che sia motivata con esclusivo riferimento al fatto che il bene è detenuto abusivamente, senza evidenziare alcun pericolo, all'incolumità pubblica o privata ovvero alla sicurezza urbana, che giustifichi il ricorso all'ordinanza emergenziale, men che meno urgente e contingibile.

➤ **TAR TOSCANA, FIRENZE, SEZ. I, 7 dicembre 2021, n. 1623 - Sull'onere della prova del danno risarcibile.**

Secondo la definizione offerta dall'art. 1223 c.c. il danno risarcibile al partecipante si compone del danno emergente e del lucro cessante e, cioè, della diminuzione reale del suo patrimonio, per effetto di esborsi connessi all'inutile partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo; peraltro, se per la prima voce di danno (quello emergente) non si pongono particolari problemi nell'assolvimento dell'onere della prova, essendo sufficiente documentare le spese sostenute, per la seconda (lucro cessante) l'interessato, per avere accesso al risarcimento, deve dimostrare non solo che la sua sfera giuridica ha subito una diminuzione per effetto dell'atto illegittimo, ma anche che non si è accresciuta nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento viziato non fosse stato adottato o eseguito. Del resto, il mancato adempimento dell'onere della prova non può essere certo surrogato dal ricorso al cd. soccorso istruttorio del Giudice (limitato ai dati fattuali che non siano nell'immediata disponibilità della parte: Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013 n. 2388) o al potere equitativo di liquidazione ex artt. 2056 e 1226 c.c. (che trovano applicazione solo nel caso di

impossibilità del ricorrente di fornire la prova del quantum: Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013 n. 3781).

Per quello che riguarda il lucro cessante, il TAR Firenze ha richiamato l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che, affrontando la sistematica risarcitoria, ha espressamente rilevato come spetti *"all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma c.c."* (Cons. Stato ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, punto n. 41 lett. c).

Anche con riferimento alla problematica della rilevanza del c.d. *"aliunde perceptum"*, il già citato intervento dell'Adunanza plenaria ha poi decisamente optato per una sistematica che attribuisce al danneggiato l'onere di dimostrare *"di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa"*, sulla base del ricorso ad una presunzione semplice *"secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili"* (Cons. Stato ad. plen., 12 maggio 2017, n. 2, punto n. 41 lett. i) e ss.).

➤ **TAR LAZIO, ROMA, SEZ. II, 6 dicembre 2021, n. 12498 - Limiti all'escussione della cauzione provvisoria**

La stazione appaltante non può escutere la cauzione provvisoria posta a corredo dell'offerta come conseguenza della esclusione della gara dell'offerente qualora tale esclusione sia intervenuta successivamente alla revoca dell'offerta medesima da parte della concorrente.

➤ **TAR PIEMONTE, SEZ. II, 3 dicembre 2021, n. 1110 - Sulla partecipazione alle gare pubbliche di un'impresa londinese nel post brexit**

In assenza di un accordo ai sensi dell'art. 49, d.lgs. n. 50/2016 - previsto unicamente per i contratti sopra la soglia comunitaria - l'ammissione di un operatore economico inglese ad una procedura di affidamento sotto-soglia non è vietata ma solamente non garantita, potendo esso essere escluso in ragione di apposita previsione del bando.

Il TAR ha affermato, infatti, che l'ammissione dell'impresa inglese alla gara fosse stata deliberata in applicazione dell'art. 49 del d.lgs. 50/2016, nonché in assenza di qualsivoglia preclusione all'interno della legge di gara.

➤ **TAR EMILIA – ROMAGNA, SEZ. I, 29 novembre 2021, n. 975** – *È consentito al Consorzio Stabile che operi nella veste di impresa ausiliaria mettere a disposizione dell'ausiliata le risorse appartenenti alle imprese ad esso consorziate.*

Con la sentenza in commento, il TAR Emilia-Romagna ha confermato l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, *“è pienamente ammissibile e legittimo, per un Consorzio Stabile, assumere veste di impresa ausiliaria in una gara pubblica, stante, come si è detto, la natura mutualistica stabile che connota il rapporto tra Consorzio e imprese ad esso consorziate, il che consente di affermare l'inconfigurabilità, nella specie, del fenomeno – non consentito dall'ordinamento – del c.d. “avvalimento a cascata” (v. Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2021, n. 6212; TAR Emilia Romagna, Sez. I, 21 novembre 2017, n. 767)”*.

Ad avviso del Collegio, dunque, poiché il Consorzio Stabile è un operatore economico costituente un'impresa collettiva operante mediante un patto consortile con le imprese consorziate, è consentito a quest'ultimo - ove rivesta la qualifica di impresa ausiliaria - di utilizzare e mettere a disposizione dell'ausiliata tanto le risorse proprie, quanto quelle delle imprese ad esse consorziate.

---

In collaborazione con gli Studi Legali  
*Cancrini & Partners – Caporale Carbone Giuffrè e Associati - Leozappa*