

ATTUALITÀ

Le notifiche delle sovvenzioni estere distorsive negli appalti pubblici

25 Luglio 2023

Mario Di Carlo, Partner, Ristuccia Tufarelli & Partners



Mario Di Carlo, Partner, Ristuccia Tufarelli & Partners

> Mario Di Carlo

L'avvocato Mario Di Carlo, partner dello Studio Legale Ristuccia Tufarelli & Partners dal 2010, si occupa di diritto d'impresa e diritti umani svolgendo attività di consulenza e contenzioso. Assiste primari operatori di mercato dei settori bancario e finanziario, sanitario e farmaceutico, delle telecomunicazioni, dell'informatica e delle nuove tecnologie in questioni attinenti lo sviluppo d'impresa, i contratti pubblici, la concorrenza, i contratti commerciali, la governance societaria e la responsabilità civile.

Studio associato

Ristuccia Tufarelli & Partners



In data 12 luglio 2023 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il Regolamento di esecuzione (UE) 2023/1441 del 10.07.2023 che disciplina le modalità applicative e le procedure di notifica a norma del Reg. (UE) 2022/2560 relativo alle sovvenzioni estere distorsive del mercato interno (c.d. Foreign Subsidies Regulation o FSR).

L'obiettivo della disciplina è di impedire distorsioni del mercato interno mediante un sistema di controllo delle sovvenzioni erogate da Stati terzi verso imprese operanti all'interno del mercato unico. Il FSR si applica a partire dal 12 luglio 2023 ma gli obblighi di notifica a carico delle imprese, ove applicabili, decorrono dal 12 ottobre 2023.

Si tratta di una normativa con significativi elementi di novità anche se elaborata a partire da istituti giuridici già noti in materia di concentrazioni, aiuti di stato e commercio internazionale. Essa ha introdotto fra le altre cose obblighi specifici di notifica a carico delle imprese e importanti poteri di indagine in capo alla Commissione, su cui il regolamento di esecuzione in commento interviene con un approccio pragmatico e cercando di semplificare e ridurre il carico burocratico e di compliance prefigurato dal FSR.

Come noto, le sovvenzioni rilevanti per la nuova disciplina sono quelle erogate ad imprese e gruppi di imprese tanto comunitarie quanto straniere, possono essere dirette o indirette ed erogate da una autorità pubblica, da un soggetto pubblico riconducibile allo Stato terzo o da un soggetto privato le cui azioni possano essere ricondotte a detto Stato terzo.

La valutazione dell'effetto distorsivo delle sovvenzioni è rimessa in via esclusiva alla Commissione Europea che per un verso può procedere d'ufficio e d'altro verso è destinataria delle notifiche delle imprese sull'esistenza di sovvenzioni estere in due aree specifiche, le concentrazioni e gli appalti pubblici. Ci focalizzeremo sulle seconde per evidenziare gli elementi di maggiore interesse portati dal regolamento di esecuzione.

Gli obblighi di notifica si applicano a partire dal 12 ottobre e più esattamente, come chiarito dalla Commissione a mezzo FAQ, a tutte le gare in cui la scadenza del termine di presentazione delle offerte vada a scadere in quella data o in un momento successivo. Dal punto di vista oggettivo l'obbligo per le imprese di notificare preventivamente le sovvenzioni ovunque ricevute fuori dall'UE scatta in presenza di una

> vedi l'articolo online

duplice soglia, stabilita all'art. 28 del FSR, ovvero nel momento in cui partecipano ad una gara d'appalto di valore pari o superiore a 250 milioni di euro (125 in caso di lotti) e abbiano ricevuto nel triennio sovvenzioni estere per almeno 4 milioni di euro per Paese terzo.

Al fine del raggiungimento della soglia di 4 milioni sono rilevanti anche le sovvenzioni ricevute dalle imprese del RTI e da subappaltatori e fornitori dell'impresa partecipante, se questi hanno un ruolo rilevante, oltre ovviamente alle imprese controllate, controllanti.

Qui il regolamento di esecuzione introduce una distinzione fra contributi finanziari rilevanti per raggiungere la soglia di notifica e informazioni che devono essere notificate, a seconda della loro rilevanza nell'analisi della potenziale distorsione nel mercato. Non tutti i contributi finanziari, come definiti all'art. 3 del FSR, devono essere oggetto di informazioni analitiche. Ai sensi del regolamento di attuazione la notifica deve contenere informazioni dettagliate su ciascuno dei contributi finanziari esteri che:

- rientrano in una delle categorie di cui all'articolo 5:
 - sovvenzioni estere concesse a un'impresa in difficoltà;
 - sovvenzioni estere sotto forma di garanzia illimitata;
 - misure di finanziamento delle esportazioni non conformi all'accordo dell'OCSE sui crediti all'esportazione che beneficiano di sostegno pubblico;
 - sovvenzioni estere che consentono a un'impresa di presentare un'offerta indebitamente vantaggiosa, in base alla quale l'impresa potrebbe aggiudicarsi l'appalto.
- sono di valore pari o superiori a 1 milione di euro nei tre anni precedenti la data di notifica.

In relazione agli altri contributi finanziari esteri la notifica deve fornire una panoramica dei vari tipi di contributi finanziari concessi alle parti notificanti da ciascuno Stato terzo, secondo un formato definito dal regolamento di esecuzione.

Non devono essere comunicati i contributi finanziari esteri il cui importo totale per Paese terzo è infe-

riore all'importo degli aiuti "de minimis" nell'arco dei tre anni precedenti.

Taluni contributi finanziari esteri beneficiano di eccezioni all'obbligo di comunicazione fra cui:

- differimenti del pagamento delle imposte e/o dei contributi previdenziali, condoni ed esenzioni fiscali e regole normali di ammortamento e di riporto delle perdite di applicazione generale,
- sgravi fiscali per evitare la doppia imposizione in linea con le disposizioni degli accordi bilaterali o multilaterali,
- fornitura/acquisto di beni/servizi (esclusi i servizi finanziari) a condizioni di mercato nel corso di normali operazioni commerciali,
- contributi finanziari esteri inferiori all'importo individuale di 1 milione di euro.

L'allegato 2 del regolamento di esecuzione precisa che la Commissione può dispensare dalla presentazione di informazioni delle quali non si può ragionevolmente disporre o che la Commissione ritiene non necessarie all'analisi o per altri giustificati motivi rappresentati dall'operatore economico. La Commissione potrà tuttavia richiedere tali informazioni successivamente.

Le informazioni relative all'anomalia dell'offerta, il cui contenuto è fortemente legato all'offerta economica di gara, possono essere trasmesse alla Commissione anche successivamente alla presentazione del modulo di notifica.

Rispetto all'art. 29, par. 6, del FSR, il regolamento di esecuzione chiarisce, all'art. 5, par. 1, e all'art. 5, par. 2, lett. b del formulario FS-PP, che per ciascuna offerta deve essere effettuata una sola notifica con un unico modulo da parte del mandatario o dell'offerente o candidato principale, anche in nome e per conto di mandanti, consorziate, subappaltatori e/o fornitori principali, etc... Tale notifica andrà ripetuta nel caso di procedura a più fasi, come già previsto dall'art. 29, par. 1, del FSR.

La Commissione nel regolamento di esecuzione invita a formulare pre-notifiche, anche per verifica-

re in tempo utile quali siano le informazioni rilevanti da fornire ed eventualmente richiedere di essere dispensati dalla presentazione di talune informazioni. Chiarisce inoltre che le discussioni in fase di pre-notifica sono tenute dalla Commissione con ciascun potenziale offerente o raggruppamento di offerenti separatamente.

Va ricordato che negli appalti, a differenza delle concentrazioni, l'art. 29, par. 1, del FSE prevede che quando non è dovuta la notifica è richiesta comunque una dichiarazione specifica agli offerenti circa le sovvenzioni ricevute. La norma si presta a due interpretazioni, quella per cui la dichiarazione è dovuta solo nelle gare di valore superiore alla soglia di valore della gara ma in presenza di contributi finanziari inferiori a 4 milioni di euro nel triennio e quella per cui la dichiarazione è dovuta in ogni caso anche nell'ambito di gare di valore inferiore alla soglia dei 250 milioni di euro. Il regolamento di esecuzione sembra indicare che la dichiarazione sia dovuta solo per il caso di gare di valore uguale o superiore alla soglia di riferimento.

Il regolamento di esecuzione prescrive che anche nel caso della dichiarazione occorre impiegare il formulario, benché con un dettaglio informativo minore rispetto alla notifica, e che in caso di offerta presentata da un RTI la dichiarazione sia presentata dall'operatore capofila così come la notifica.

Come accennato in apertura, il FSR attribuisce alla Commissione ampi poteri istruttori e di indagine, valutazione della fattispecie e definizione dei rimedi. La Commissione può chiudere l'analisi in fase di indagine preliminare o procedere ad un esame approfondito in contraddittorio con l'impresa. In tale contesto l'impresa può presentare giustificazioni o impegni.

Il regolamento di esecuzione definisce meglio i contorni di tale attività.

Fra gli elementi più significativi, evidenziamo che in fase di indagine approfondita è possibile la partecipazione degli Stati Membri e dei paesi terzi interessati al procedimento.

Si stabilisce inoltre che il termine per la presentazione di osservazioni in fase di indagine approfondita è tipicamente di un mese, mentre quello per la presentazione degli impegni è di 50 giorni e quello per presentare le osservazioni sul preavviso di decisione è non inferiore a 10 giorni.

Come stabilito dal FSR, la procedura si conclude alternativamente con (i) una decisione di non sollevare obiezioni, (ii) una decisione con impegni vincolanti o (iii) divieto dell'aggiudicazione dell'appalto. La procedura di indagine negli appalti può durare sino a 130 giorni lavorativi (quindi circa 6 mesi) dalla notifica completa.

Fino alla decisione della Commissione l'appalto non può essere aggiudicato ad un soggetto notificante.

Norme specifiche e particolarmente strutturate sono dettate sia per l'accesso degli operatori notificanti ai documenti del procedimento diversi da quelli menzionati nei motivi della decisione sia per l'accesso da parte di altri soggetti, prevedendo l'accesso mediante consulenti di parte e con tutele di riservatezza rafforzate.

Infine, specifici obblighi di collaborazione sono dettati a carico delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, inclusa la necessaria trasmissione di tutte le informazioni in proprio possesso relative alla procedura.

Nonostante le semplificazioni introdotte dal regolamento di esecuzione, gli obblighi burocratici imposti dal FSR continuano ad avere una mole significativa ed un impatto rilevante in termini operativi al momento della preparazione dell'offerta. Le imprese dovranno quindi iniziare a predisporre i necessari sistemi di raccolta delle informazioni, relazionandosi non solo con le diverse entità dei rispettivi gruppi societari ma anche con i partner e fornitori abituali. Anche le stazioni appaltanti e le centrali di competenza dovranno predisporre all'applicazione della normativa a partire del 12 ottobre 2023 sia nella fase di predisposizione della disciplina di gara sia nella gestione della relazione con la Commissione.

DB non solo
diritto
bancario

A NEW DIGITAL EXPERIENCE

 **dirittobancario.it**

