

GIURISPRUDENZA

Le pronunce riportate di seguito sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

È possibile sanare un'irregolarità documentale mediante invio spontaneo di una pec successivamente al termine di scadenza di presentazione delle offerte?

[TAR Campania, sez. VI, 8 dicembre 2018, n. 7234](#)

PROCEDURA TELEMATICA – TRASMISSIONE SPONTANEA DOCUMENTAZIONE DA PARTE DELL'OPERATORE ECONOMICO – NON VALE A SANARE LA CARENZA



Nell'ambito di una **procedura telematica**, una società partecipante ad un raggruppamento temporaneo di imprese, dopo aver eseguito (alle ore 11:54, con scadenza alle ore 12:00) il caricamento della **documentazione** sulla piattaforma, si rendeva conto della mancanza delle firme digitali di alcuni componenti del raggruppamento. Pertanto, l'RTI trasmetteva **via pec** alla stazione appaltante alle ore 12:43 (quando ormai era **scaduto il termine**) la stessa documentazione, fornita delle firme richieste. In occasione dell'apertura delle buste, la stazione appaltante attivava il **soccorso istruttorio**, assegnando il termine di 8 giorni per la regolarizzazione. L'RTI tuttavia rimaneva **inerte** e, di conseguenza, veniva **escluso**. L'operatore economico proponeva **ricorso** al TAR campano, sostenendo che l'attivazione del soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante costituiva un atto illogico, in quanto era stata richiesta documentazione già in possesso della stazione appaltante, con violazione del principio di celerità e di non aggravamento del procedimento. In via subordinata, sosteneva che il termine di 8 giorni concesso dall'Amministrazione violasse l'art. 83 del d.lgs. 50/2016 e che, inoltre, la richiesta fosse formulata in modo oscuro.

Il Collegio ha ritenuto infondate tutte le censure mosse dalla ricorrente. Innanzitutto, doveva **escludersi** che la **spontanea trasmissione** via pec della documentazione correttamente sottoscritta **implicasse l'automatica regolarizzazione**, per due ordini di motivi: il disciplinare prescriveva che la documentazione dovesse essere presentata esclusivamente in via telematica e, a tutto voler concedere, l'invio della pec era stato comunque tardivo; pertanto, la regolarizzazione sarebbe potuta avvenire unicamente tramite soccorso istruttorio. Infine, i giudici hanno sottolineato che il termine di **10 giorni** stabilito dal Codice per rispondere al soccorso istruttorio è da intendersi come **termine massimo** e che, in considerazione della **semplicità** dell'**adempimento** richiesto (sia pur formulato in maniera un po' involuta), esso era "**più che congruo**". In definitiva la stazione appaltante aveva agito in maniera legittima, disponendo l'esclusione del concorrente.

Il deposito reale di una somma di denaro da parte di un operatore straniero presso il notaio può valere come pagamento del contributo unificato?

[TAR Lombardia, sez. IV, 7 gennaio 2019, n. 25](#)

CONTRIBUTO UNIFICATO – OPERATORE STRANIERO – DEPOSITO REALE – NON EQUIVALE AL PAGAMENTO – PAGAMENTO DOPO IL TERMINE DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE – SOCCORSO ISTRUTTORIO – NON AMMESSO



La sentenza in esame riguarda il tema del pagamento del **contributo unificato**. In particolare, si pone il problema di capire se la costituzione del **deposito reale** di una somma di denaro presso il notaio incaricato del pagamento di tale somma a titolo di contributo unificato possa ritenersi equivalente al pagamento stesso del contributo.

La società ricorrente, con **sede in un altro Paese dell'Unione europea**, non essendo riuscita a pagare il contributo mediante la piattaforma ANAC, aveva costituito presso un notaio un deposito reale di una somma di denaro e aveva dato incarico allo stesso di effettuare, con la somma depositata, il pagamento del contributo. Tale pagamento, tuttavia, era stato materialmente eseguito dal notaio **dopo** la scadenza del termine di **presentazione delle offerte** e, di conseguenza, la stazione appaltante aveva **escluso** l'operatore economico dalla procedura per mancato tempestivo pagamento del contributo unificato.

In respingimento del ricorso, il Collegio evidenzia, innanzitutto, che *“il sito dell'ANAC contiene dettagliate istruzioni per il pagamento del contributo da parte di **operatori stranieri**, i quali possono – ad esempio – avvalersi di un bonifico internazionale in luogo del pagamento mediante collegamento alla piattaforma ANAC”* e, poi, che *“la costituzione del deposito reale presso il notaio [...] **non può** in ogni modo **valere** come pagamento del contributo”*. Nel caso in esame, il Collegio ritiene inoltre legittima la scelta dell'Amministrazione di escludere il **soccorso istruttorio** di cui all'art. 83 del d.lgs. 50/2016, in quanto la norma del **disciplinare di gara** sul soccorso istruttorio, che riproduceva la previsione del **bando-tipo** ANAC 1/2017, prevedeva che l'Amministrazione potesse concedere l'applicazione di tale istituto soltanto in caso di **tempestivo** pagamento del contributo e **omessa presentazione** nei termini della **prova** del pagamento e non, come qui, in caso di pagamento non tempestivo, oltre il termine di presentazione delle offerte.

Può l'Amministrazione non escludere il concorrente che non comunichi vicende sfavorevoli relative a precedenti contratti, se ne viene a conoscenza in tempo utile?

[Cons. Stato, sez. V, 9 gennaio 2019, n. 196](#)

ART. 80, C. 5, LETT. C, D.LGS. 50/2016 – OBBLIGHI DICHIARATIVI – OMESSA INFORMATIVA – CONOSCENZA DEI FATTI DA PARTE DELL'AMMINISTRAZIONE – DECISIONE DI NON ESCLUDERE – LEGITTIMA



Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato si pronuncia sull'interpretazione dell'**art. 80, c. 5, lett. c)**, del d.lgs. 50/2016.

La vicenda trae origine dall'impugnativa avverso l'**ammissione** della concorrente aggiudicataria della procedura di gara, per la **mancata comunicazione** da parte di quest'ultima di alcune vicende sfavorevoli relative a precedenti contratti con altre pubbliche amministrazioni in violazione del citato art. 80 del Codice.

Il Consiglio di Stato respinge l'appello, evidenziando che la stazione appaltante era **venuta a conoscenza** di tali vicende in quanto le stesse appellanti ne avevano dato notizia all'Amministrazione **prima dell'aggiudicazione**, dopo la richiesta di giustificazioni per le valutazioni di anomalia. Le appellanti infatti avevano trasmesso copia della **sentenza** che riconosceva la legittimità di una misura espulsiva adottata nei confronti dell'aggiudicataria ai sensi dell'art. 80, c. 5, del Codice, per avere **omesso di riferire** una **pregressa esclusione** collegata al mancato requisito di regolarità contributiva, e avevano reso nota anche l'esclusione dell'aggiudicataria da un'altra gara in ordine alla medesima violazione.

In motivazione, il Collegio sottolinea che *“la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016 trova applicazione nel caso in cui, per effetto del **silenzio** serbato dall'offerente, la stazione appaltante viene messa nella condizione di **non aver conoscenza** di uno o più precedenti significativi in grado di orientarne il giudizio”*. In caso di omessa informativa da parte dell'operatore economico, quindi, la stazione appaltante, venuta a conoscenza di tale omissione, può **legittimamente** escludere quest'ultimo dalla procedura, in quanto, in base al suo giudizio, tale omissione può integrare la **prova** del fatto che *“l'operatore economico si è reso colpevole di **gravi illeciti professionali**, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*. Nel caso in esame, tuttavia, è incontestato che sia il RUP, sia la Commissione di gara, sia infine l'organo competente all'approvazione degli atti di gara siano venuti a conoscenza **in tempo utile**, e cioè in tempo per non procedere all'aggiudicazione, dei precedenti a carico della concorrente; l'Amministrazione, inoltre, all'esito di una **valutazione discrezionale**, ritenuta **completa**, ha concluso che tali circostanze **non** rilevassero in danno della prima graduata.

L'incoerenza dell'offerta tecnica giustifica l'esclusione dell'operatore economico [TAR Lombardia, sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 40](#)

MANCATO RICORSO AD AVVALIMENTO O SUBAPPALTO – INCOERENZA OFFERTA
PRESENTATA COME SINGOLO OPERATORE ECONOMICO – ESCLUSIONE



Ad una procedura per l'affidamento in concessione del servizio di gestione degli impianti sportivi di un Comune partecipavano due associazioni sportive dilettantistiche. Una delle due associazioni, esclusa dalla stazione appaltante, proponeva ricorso adducendo diversi motivi di doglianza. In particolare, in uno sosteneva che l'Amministrazione

avesse **illegittimamente prorogato** il termine di presentazione delle offerte sulla piattaforma telematica dopo la scadenza dello stesso, peraltro a fronte di un **semplice rallentamento** e non di un malfunzionamento del sistema. Nell'altro, la società ricorrente lamentava l'esclusione disposta dalla stazione appaltante in quanto *“pur avendo presentato **l'offerta singolarmente**, nella relazione tecnica che accompagnava la relativa offerta essa dichiarava che nello svolgimento di molte attività si sarebbe avvalsa della **collaborazione** di altre associazioni sportive, **senza** far tuttavia ricorso né all'**avvalimento** né al **subappalto**”*. Secondo la deducente, si trattava di rapporti di *“mera collaborazione”* con associazioni sportive del territorio, che non potevano essere assorbiti tra gli istituti predetti;

ad avviso della società, la stazione appaltante avrebbe invece dovuto attivare il soccorso istruttorio per fornire spiegazioni sul ruolo di tali associazioni all'interno della concessione.

Per i giudici tutte le doglianze della società ricorrente sono infondate. Il **rallentamento** della piattaforma telematica su cui dovevano essere caricate le offerte, verificatosi in prossimità del termine, era già **circostanza idonea** a giustificare la decisione della stazione appaltante di **riaprire** il suddetto **termine**, in conformità all'art. 79, c. 5-bis, d.lgs. 50/2016. Non può infatti andare a discapito dell'operatore economico la circostanza che la stazione appaltante non si sia tempestivamente avveduta del malfunzionamento del sistema. Riguardo all'altro motivo, la deducente sarebbe andata **"ben oltre"** nel **coinvolgimento** di **altre due associazioni sportive**, che si sarebbero occupate della manutenzione ordinaria degli impianti, della promozione delle attività e della gestione del punto di ristoro interno. Ad avviso del Collegio *"correttamente la stazione appaltante ha ritenuto che un siffatto **progetto** fosse **incompatibile** con un **offerente in forma singola**"* e che tale incongruenza non fosse sanabile attraverso il soccorso istruttorio. L'incoerenza dell'offerta, dunque, ha legittimato la sanzione espulsiva.

NORMATIVA

Le fonti normative sottolineate sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

Il Codice appalti e la Legge di bilancio 2019

Fermo restando che **nel territorio della Provincia autonoma di Trento continua ad applicarsi la normativa dettata dalle leggi provinciali n. 2/2016, 23/1990 e 26/1993** ed, in particolare, l'art. 36-ter 1, c. 6, l.p. 23/1990 per quanto concerne la soglia al di sopra della quale è obbligatorio il ricorso al MePat e l'art. 52, c. 1, l.p. 26/1993 con riferimento alle procedure di affidamento di lavori pubblici di importo inferiore a 500.000 Euro, si rendono note le principali modifiche apportate dalla **legge 30 dicembre 2018, n. 145** (Legge di bilancio 2019) all'ordinamento statale in materia di contratti pubblici.

In primo luogo, in deroga a quanto statuito dall'art. 36, c. 2, lett. b), del Codice, che impone di esperire procedure negoziate previa consultazione di almeno dieci operatori economici, **l'art. 1, c. 912**, della legge consente alle stazioni appaltanti, fino al 31 dicembre 2019, di procedere all'affidamento di **lavori di importo pari o superiore a 40.000 Euro e inferiore a 150.000 Euro** mediante **affidamento diretto previa consultazione di almeno tre operatori economici**. Per i **lavori di importo pari o superiore a 150.000 Euro e inferiore a 350.000 Euro** invece è possibile procedere a norma di quanto disposto dall'art. 36, c. 2, lett. b), del Codice, ovvero con **procedura negoziata previa consultazione di almeno dieci operatori economici anziché 15**. Come si evince, le procedure semplificate trovano applicazione **unicamente in ipotesi di affidamento di lavori pubblici**. Diversamente, l'affidamento di **servizi e forniture** segue la **via ordinaria** sancita dal d.lgs. 50/2016.

In secondo luogo, **l'art. 1, c. 130**, prevede l'innalzamento della soglia di obbligo di ricorso al **MePa da 1.000 Euro a 5.000 Euro**.

In Gazzetta Ufficiale il decreto legislativo sulla fatturazione elettronica negli appalti pubblici

Nei diversi Stati membri dell'Unione europea esistono molteplici norme relative alla fatturazione elettronica, non interoperabili tra loro.

Prendendo atto di questo contesto di notevole complessità e al fine di evitare che gli operatori economici che intendono partecipare ad appalti transfrontalieri debbano adeguarsi a regole diverse di fatturazione elettronica a seconda dei diversi Paesi in cui si trovano ad operare, **la direttiva europea 2014/55/UE** si propone di sancire una **norma comune che disciplini a livello unitario la fatturazione elettronica negli appalti pubblici**.

In attuazione della suddetta direttiva, è stato recentemente pubblicato, nella Gazzetta Ufficiale n. 14 del 17 gennaio 2019, il [decreto legislativo n. 148 del 2018](#). In base a tale normativa, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a ricevere ed elaborare le fatture elettroniche a norma dello standard europeo sulla fatturazione elettronica negli appalti pubblici. A tale scopo viene istituito, presso l'Agazia per l'Italia Digitale, un tavolo tecnico permanente con i seguenti compiti:

- aggiornamento delle regole tecniche e delle modalità applicative;
- monitoraggio della loro corretta applicazione;
- valutazione dell'impatto per la pubblica amministrazione e sugli operatori economici;
- raccordo e coinvolgimento di tutte le iniziative legislative ed applicative in materia di fatturazione e appalti elettronici.

Il suddetto decreto entrerà in vigore il prossimo primo febbraio ed è soggetto ad applicazione differita in relazione ai soggetti coinvolti. In particolare, **le amministrazioni aggiudicatrici centrali** (v. allegato III al d.lgs. 50/2016) sono tenute a conformarsi agli obblighi a partire dal **18 aprile 2019**. Diversamente, per le **amministrazioni sub-centrali**, quali Comuni, Province e Regioni, tali obblighi decorreranno dal **18 aprile 2020**.

DIALOGO TRA CORTI

Le pronunce sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

È costituzionalmente legittima l'esclusione di un RTI che ha come capogruppo un'impresa in concordato con continuità aziendale?

[Tar Lazio, sez. II, ord. 29 ottobre 2018, n. 10398](#)

APPALTI – CAUSE DI ESCLUSIONE – RTI – MANDATARIA IN CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE – PROFILI DI INCOSTITUZIONALITÀ

Il TAR Lazio ha sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento al combinato disposto fra l'art. 38, c. 1, lett. a), del d.lgs. 163/2006 (vecchio Codice dei contratti pubblici) e l'art. 186-bis, c. 5 e c. 6, del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, per contrasto con gli artt. 3, c. 1, 41 e 117, c. 2 lett. a), Cost. laddove consente la partecipazione alle gare pubbliche alle imprese singole, ancorché sottoposte a concordato con continuità aziendale, ed ai raggruppamenti temporanei di imprese ove vi sia sottoposta una mandante, ma la vieta ai raggruppamenti temporanei di imprese nel caso in cui sia la mandataria assoggettata a tale procedura.

La questione, ritenuta rilevante e non manifestamente infondata, riguarda la compatibilità costituzionale dell'art. 38, c. 1, lett. a), del vecchio Codice dei contratti pubblici ritenuto **ratione temporis** applicabile al caso di specie.

La summenzionata disposizione, infatti, prevedeva tra i motivi di esclusione degli operatori economici dalla procedura di gara lo stato di fallimento, liquidazione coatta e concordato preventivo, salva l'ipotesi di deroga prevista dall'art. 186-bis della legge falli-

mentare secondo cui **"l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese purché non rivesta la qualità di mandataria"**.

Il giudice *a quo* mette in rilievo l'irragionevolezza dell'applicazione della predetta normativa sia in relazione alla *ratio* che ispira la disciplina del concordato preventivo di continuità, finalizzata a incentivare l'impresa a denunciare per tempo la situazione di crisi più che ad assoggettarla a misure di controllo esterno, sia con riferimento alla **ingiustificata disparità di trattamento**, in termini di esclusione o meno da una procedura di gara, tra un'impresa partecipante ad un RTI in qualità di mandataria sottoposta a concordato preventivo di continuità e un'impresa mandante o singola offerente che si trovi nella medesima situazione.

Inoltre il remittente rileva la possibile violazione dell'art. 41 Cost. per **limitazione della libertà di iniziativa economica**, nonché del principio euro-unitario di concorrenza, alla luce tra l'altro della vigente normativa di cui all'art. 80, c. 5, lett. b), del d.lgs. 50/2016 secondo cui è escluso dalla partecipazione alla procedura d'appalto l'operatore economico che si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, **senza far riferimento alla posizione rivestita all'interno di un raggruppamento temporaneo** dall'impresa sottoposta a concordato con continuità aziendale.

Comuni e centrali di committenza: conformità della normativa nazionale con il diritto comunitario al vaglio della Corte di giustizia

[Cons. Stato, sez. V, ord. 3 gennaio 2019, n. 68](#)

CONTRATTI PUBBLICI – AFFIDAMENTO DEI SERVIZI – LIMITI AUTONOMIA COMUNI – CENTRALI DI COMMITTENZA – MODELLI ORGANIZZATIVI – NORMATIVA NAZIONALE – NORMATIVA COMUNITARIA – RIMESSIONE CGE

Con l'ordinanza in commento, il Consiglio di Stato sottopone al vaglio della Corte di giustizia dell'UE tre questioni pregiudiziali relative alla conformità della normativa italiana con il diritto comunitario laddove **limiterebbe l'autonomia dei Comuni nell'affidamento ad una centrale di committenza a due soli modelli organizzativi**, quali l'unione dei Comuni ovvero il consorzio tra Comuni, escludendo la possibilità di costituire consorzi tra privati e limitando l'autonomia territoriale della centrale di committenza.

Tali questioni traggono origine dal ricorso in appello proposto al Consiglio di Stato dalla Asmel società consortile a r.l. avverso la sentenza del TAR Lazio n. 2339/2016. In particolare, la **società ricorrente contesta** il provvedimento del giudice di prime cure in primo luogo laddove ritiene che il **modello della società consortile sia incompatibile con quelli di cui all'art. 33, c. 3-bis, d.lgs. 163/2006 di natura pubblicistica** e in secondo luogo nella parte in cui prevede che le **centrali di committenza contengano un limite territoriale di operatività**.

Il **Collegio dubita** che il **quadro normativo interno**, così come ricostruito, **sia compatibile con i principi del diritto comunitario** posto che: 1) la scelta legislativa interna di imporre ai piccoli Comuni il ricorso a due soli modelli organizzativi limita la possibilità del più ampio ricorso alle centrali di committenza senza limitazione di forme di cooperazio-

ne; 2) la scelta di ricorrere ad un modello organizzativo che esclude la partecipazione di soggetti privati può apparire in contrasto con i principi euro-unitari di libera circolazione dei servizi e di massima apertura alla concorrenza; 3) la scelta di limitare l'ambito di operatività delle centrali di committenza che operano per piccoli Comuni al territorio comunale sembra, anch'essa, in contrasto con il principio di libera circolazione dei servizi e di apertura alla concorrenza, poiché istituisce zone di esclusiva nell'operatività delle centrali di committenza.

Ciò posto, il Consiglio di Stato ritiene **fondamentale sottoporre alla Corte di giustizia le suesposte questioni di diritto** onde far luce sul punto.

DOTTRINA, PRASSI E NOTIZIE

I contributi sottolineati, liberamente accessibili, sono visualizzabili per esteso cliccando in corrispondenza degli estremi

L'angolo della dottrina

Segnaliamo i seguenti contributi in materia di contratti pubblici, con le relative indicazioni per il loro reperimento:

GIORNALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/gda con le credenziali note)

- L. FIORENTINO, ***Il trattamento dei dati personali: l'impatto sulle amministrazioni pubbliche***, 2018, 6, 690;
- F. LAUS, ***Il ricorso al subappalto***, 2018, 6, 716;
- B. MARCHETTI, ***La giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa: il caso dei contratti derivati del MEF***, 2018, 6, 776.

URBANISTICA E APPALTI

(i dipendenti APAC accedono ai contenuti su www.edicolaprofessionale.com/urbapp con le credenziali note)

- A. LICCI MARINI, ***Silenzio assenso in materia edilizia***, 2018, 6, 850;
- A. MEALE, ***La legittimazione all'impugnazione della lex specialis***, 2018, 6, 795;
- V. NERI, ***Il "bene della vita" è tutto nel diritto amministrativo?***, 2018, 6, 747.

- D. PONTE, ***Società in house: affidamento, prevalenza dell'attività e scioglimento. I diversi modelli di in house nel Codice dei contratti e nel T.U. delle società partecipate***, in www.giustizia-amministrativa.it.

A PROPOSITO DI... PROCEDURE TELEMATICHE – Come deve comportarsi la stazione appaltante in caso di un malfunzionamento della piattaforma che impedisca la corretta presentazione delle offerte?

Con riferimento alle ipotesi in cui si verificano problemi tecnici relativamente alle piattaforme telematiche, che non consentano un regolare processo di caricamento delle offerte da parte dei concorrenti, il legislatore è intervenuto, con il correttivo di cui al d.lgs. 56 del 2017, introducendo il **comma 5-bis all'art. 79 del Codice**.

Anche la giurisprudenza (*ex multis*: Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323; TAR Lombardia, sez. IV, 19 settembre 2018, n. 2109; TAR Lombardia, sez. IV, 9 gennaio 2019, n. 40, *sopra commentata*; TAR Lombardia, sez. IV, 14 ottobre 2016, n. 1865) ha preso posizione sul punto, stabilendo in modo costante che il **malfunzionamento della piattaforma telematica non può andare a discapito dell'operatore economico** che intende partecipare alla gara. Pertanto, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica caratterizzata da un'unica modalità, telematica, di presentazione dell'offerta, senza margine di scelta per l'operatore economico, il malfunzionamento della piattaforma messa a disposizione dalla stazione appaltante deve comportare la **sospensione del termine** per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento dei mezzi di comunicazione e, pertanto, una **proroga** di tale termine proporzionale alla gravità del mancato funzionamento.

Nel caso in cui il **malfunzionamento**, ancorché antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, **emergesse successivamente alla scadenza** dello stesso, l'Amministrazione dovrà disporre la riapertura di detto termine, adottando un provvedimento caratterizzato da *"finalità sovrapponibili a quelle della proroga"*.

D'ogni modo, il **malfunzionamento deve essere reale** e comportare un'impossibilità per i concorrenti di presentare le offerte tale da escludere ogni responsabilità in capo all'operatore economico, dal momento che, viceversa, si avrebbe un'illegittima dilazione del periodo per la presentazione delle offerte previsto dal bando o disciplinare di gara.

In quale fattispecie di cui all'art. 80, c. 5, rientra l'omessa dichiarazione di contenziosi pendenti?

Con apposita istanza di parere di precontenzioso, una stazione appaltante ha chiesto all'ANAC se l'**omessa dichiarazione del contenzioso in atto da parte di un concorrente** possa essere ritenuta causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, c. 5, lett. c) e lett. f-bis) del d.lgs. 50/2016. Nel rispondere al quesito ([cfr. delibera 26 settembre 2018, n. 814](#)), l'Autorità ha evidenziato le differenze tra le due fattispecie.

Per quanto concerne l'ipotesi di cui alla **lettera c)**, l'Autorità, richiamando le proprie Linee guida n. 6, ha chiarito che il pregresso inadempimento può rilevare, a fini escludenti, anche se non abbia prodotto gli effetti risolutivi, risarcitori o sanzionatori tipizzati dal legislatore, qualora però esso assurga al rango di **"grave illecito professionale"** tale da rendere dubbia l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico. Deve quindi ritenersi rimessa alla **discrezionalità della stazione appaltante** la valutazione dei progressi inadempimenti che non abbiano prodotto risoluzione, risarcimento o sanzioni. L'eventuale provvedimento di esclusione dovrà essere adeguatamente motivato *"circa l'incidenza della gravità del pregresso inadempimento sull'affidabilità del concorrente in rapporto alla diversa e futura prestazione oggetto della gara"*.

Riguardo all'ulteriore ipotesi di esclusione prevista dalla sopra richiamata **lettera f-bis)**, l'Autorità ritiene non doverosa la dichiarazione di esistenza del contenzioso pendente con la stazione appaltante, in quanto avente ad oggetto *"provvedimenti almeno astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente"*. Infatti, nel caso di specie, il contenzioso pendente ineriva ad un decreto ingiuntivo chiesto dall'operatore economico al fine di ottenere dalla stazione appaltante il pagamento delle

fatture emesse in forza del precedente contratto: esso non poneva in essere, infatti, **dubbi circa l'integrità o l'affidabilità del concorrente**.

Sicché l'Autorità ha concluso che l'esclusione dell'operatore economico può avvenire solo in forza dell'art. 80, c. 5, **lett. c)**, purché assistita da una motivazione rigorosa.

Avvio del Nodo di smistamento degli ordini (NSO) per gli enti del SSN

Con il [decreto del Ministero dell'Economia e delle finanze 7 dicembre 2018](#), prende avvio il sistema di gestione denominato **Nodo di smistamento degli ordini (NSO)**. Tale strumento è stato creato per gestire *"la trasmissione in via telematica dei documenti informatici attestanti l'ordinazione e l'esecuzione degli acquisti dei beni e servizi tra gli enti del Servizio Sanitario Nazionale [...], nonché i soggetti che effettuano acquisti per conto dei predetti enti, e i loro fornitori di beni e servizi"*.

Il sistema viene messo a disposizione per l'utilizzo **in forma sperimentale e su base volontaria fino al 1. ottobre 2019**, data da cui decorre l'obbligo di emissione degli ordini in forma esclusivamente elettronica. In un'apposita sezione del sito internet www.rgs.mef.gov.it vengono pubblicate le regole tecniche e le linee guida utili al corretto utilizzo del procedimento. L'utilizzo di canali di trasmissione già in uso per la fatturazione elettronica consente di minimizzare gli adeguamenti tecnologici per l'attivazione del processo, il quale assicura il collegamento di ciascun ordine di acquisto al codice identificativo di gara (CIG). Il NSO, previsto attualmente per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, verrà successivamente esteso ad altri settori della pubblica amministrazione.

Il meccanismo del *reverse charge* nel subappalto: per l'RTI non si applica

Il raggruppamento temporaneo di impresa non è soggetto passivo IVA e non è, quindi, possibile applicare il cd. **reverse charge**, che indica il meccanismo dell'inversione contabile attraverso il quale l'IVA non viene applicata nei confronti del fornitore ed è versata all'Erario direttamente dal committente (o amministrazione aggiudicatrice nel caso di appalti pubblici) che effettua l'acquisto qualora un RTI sia il soggetto affidatario di un subappalto nell'ambito di **lavori**).

È questa l'indicazione di principio risultante dalla pronuncia della Cassazione ([Cass. civ., sez. V, 23 novembre 2018, n. 30354](#)) che ha deciso il ricorso proposto dall'Agenzia delle Entrate contro la sentenza della Commissione tributaria regionale della Sicilia, nella quale si riconoscevano ad un'**associazione temporanea di imprese**, subappaltatrice di costruzione e opere di ingegneria civile, la veste giuridica di società e il diritto di vedersi accolta la richiesta di rimborso del credito IVA maturato per effetto dell'applicazione del meccanismo del **reverse charge**, inizialmente negato dall'Agenzia.

Nell'accogliere il ricorso, la Cassazione ha imposto la revisione della sentenza della Commissione tributaria sulla base del principio di diritto secondo il quale *"in tema di IVA posto che è **soggetto passivo** l'imprenditore che esercita la propria **attività in modo indipendente**, sopportandone individualmente il relativo rischio, di per sé non risponde a tale nozione l'associazione temporanea d'impresa, la quale designa un fenomeno di raggruppamento di più imprese che per aggiudicarsi un appalto presentano un'offerta*

*unitaria, conservando la propria indipendenza giuridica [...]. Ne consegue che, non ravvisandosi un unitario soggetto passivo, non è consentito all'associazione temporanea d'impresa di valersi del metodo del reverse charge ai fini dell'**assolvimento dell'IVA**".*

Un RTI è, infatti, per definizione "un'associazione temporanea e occasionale" tra operatori economici costituita allo scopo di partecipare ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico mediante la presentazione di un'unica offerta e il **mandato collettivo**, che attribuisce alla mandataria il compito di rappresentare il raggruppamento nei rapporti con l'Amministrazione "non configura un **centro autonomo d'imputazione giuridica**" ed "esclude di per sé la formazione di un'entità giuridica nuova con un proprio **autonomo patrimonio** distinto dalle imprese che lo compongono".

Whistleblowing: disponibile la piattaforma per la segnalazione di fenomeni corruttivi

Nell'ambito delle iniziative poste in essere per contrastare i fenomeni corruttivi all'interno delle pubbliche amministrazioni, l'ANAC ha messo a disposizione, a partire dal 15 gennaio 2019, una **piattaforma informatica** denominata "Whistleblower" **che consente la segnalazione di illeciti o attività fraudolente**. Si tratta di un applicativo tramite il quale il pubblico dipendente può comunicare il presunto illecito, in maniera anonima e sicura, al Responsabile anticorruzione della struttura interessata. Esso, infatti, **garantisce la riservatezza dell'identità del segnalante** nel rispetto dell'art. 54 bis, c. 5, del d.lgs. 165/2001 e di quanto disposto dall'Autorità nelle "Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (cd. whistleblower)".

Al fine di assicurare l'anonimato, ad ogni segnalazione viene associato un Key Code che consente di risalire al contenuto della stessa senza tuttavia associarvi i dati identificativi del soggetto che la formula. Il **software è libero e a disposizione di qualsiasi soggetto interessato**, senza la necessità di una previa autorizzazione da parte di ANAC, in quanto la distribuzione è regolata dalla Licenza Pubblica dell'Unione Europea.

Anche la Provincia autonoma di Trento si è recentemente dotata di una piattaforma che permette a dipendenti e cittadini la segnalazione di eventuali illeciti, nel pieno rispetto dell'anonimato e della *privacy*. Tale applicativo è accessibile dal sito *web* della Provincia, sezione *Amministrazione trasparente > Prevenzione della corruzione* e dalla rete intranet.

Rassegna di giurisprudenza, normativa, dottrina e notizie dell'Agenda provinciale per gli Appalti e Contratti a cura di Davide Baldessari, Vincenzo Castello, Silvia Cuel, Stefano De Filippis, Federica Fiore, Clelia Gorgone, Paola Ninu, Laura Piccoli, Chiara Salatino, Leopoldo Zuanelli Brambilla
Provincia autonoma di Trento - Agenzia provinciale per gli Appalti e Contratti (APAC) - via Dogana n. 8
38122 Trento (TN) - Tel 0461/496494 - Fax 0461/496422 - apac@provincia.tn.it - www.appalti.provincia.tn.it

Crediti immagini: <https://pixabay.com/es>



La rassegna si configura esclusivamente come uno strumento di lavoro e non rappresenta in alcun modo gli orientamenti operativi dell'Agenda provinciale per gli Appalti e Contratti e dei Servizi che ne dipendono. Nonostante la cura nel reperire, analizzare e diffondere i dati, in nessun caso l'Agenda potrà essere ritenuta responsabile di danni, di qualsiasi natura, causati direttamente o indirettamente dalla consultazione e dall'utilizzo dei suoi contenuti, nonché dall'affidamento degli utenti sui medesimi. Inoltre, alcune informazioni sono collegate a siti esterni rispetto ai quali APAC non ha alcun controllo e pertanto, analogamente, non può assumersi responsabilità.
