*Autorità Nazionale Anticorruzione*

**VIGILANZA CONTRATTI PUBBLICI**

Segnalazione al Governo e al Parlamento ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163

**Atto di segnalazione n. 3, del 25 febbraio 2015**

Concernente le spese di gestione delle procedure di gara delle centrali di committenza – per l'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) ovvero per la stipula di convenzioni – poste a carico dell'aggiudicatario.

**Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

## 1. Premessa

L'Autorità nazionale anticorruzione, avendo assunto i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a seguito della soppressione di quest'ultima, disposta dall'art. 19, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'art. 6, comma 7, lett. f), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (nel prosieguo, "Codice"), intende formulare alcune osservazioni in merito alla prassi, che si sta diffondendo nel mercato dei contratti pubblici, di porre a carico dell'aggiudicatario il pagamento di una somma a titolo di rimborso delle spese della procedura ovvero di utilizzo della piattaforma informatica, anche in modalità ASP (Application Service Provider), di alcune centrali di committenza.

Più precisamente è stata portata all'attenzione dell'Autorità la questione concernente la legittimità o meno della clausola, contenuta nei bandi di gara o nelle lettere di invito, che:

- prevede a carico dell'aggiudicatario il pagamento di un corrispettivo – a favore di alcune centrali di committenza – fissato in percentuale rispetto al valore del prezzo di aggiudicazione, pena la revoca di quest'ultima;
- impone al concorrente di allegare espressa dichiarazione con la quale si obbliga ad effettuare il suddetto pagamento in caso di aggiudicazione, a pena di esclusione.

## 2. Spese di gestione delle procedure di gara delle centrali di committenza poste a carico dell'aggiudicatario.

Con riferimento al fenomeno emerso, occorre innanzitutto richiamare il disposto dell'art. 23 della Costituzione, in base al quale «*nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge*». Conseguentemente, le previsioni normative di rango primario di seguito indicate, che consentono l'introduzione di meccanismi di remunerazione per l'ente appaltante, posti a carico dell'aggiudicatario, confermano la necessità di apposita copertura normativa per legittimare l'operato delle centrali di committenza ed evidenziano, altresì, l'eccezionalità di una tale possibilità, non esistendo alcuna disposizione legislativa, che in termini generali abiliti una stazione appaltante a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari delle proprie gare d'appalto. Si tratta, in particolare, delle previsioni di cui:

- all'art. 11, comma 3, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni in legge 15 luglio 2011, n. 111, che contempla la possibilità di prevedere forme di remunerazione sugli acquisti, anche a carico dell'aggiudicatario, per l'uso del sistema informatico di negoziazione del Ministero dell'economica e delle finanze in ASP (Application Service Provider);
- all'art. 11, comma 10, d.l. n. 98/2011, che ammette la possibilità di prevedere meccanismi di remunerazione sugli acquisti da porre a carico degli aggiudicatari delle procedure di gara svolte da Consip S.p.A. per conto del Ministero della giustizia;
- all'art. 11, comma 11, d.l. n. 98/2011, che ha modificato il comma 453 dell'art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296, che, a sua volta, introduce la possibilità di prevedere meccanismi di remunerazione sugli acquisti da porre a carico dell'aggiudicatario delle convenzioni di cui all'art. 26, comma 1, legge 23 dicembre 1999, n. 488, dell'aggiudicatario di gare su delega bandite da Consip S.p.A. e dell'aggiudicatario degli appalti banditi su accordi quadro conclusi da Consip S.p.A.

Né a diversa conclusione sul punto potrebbe addivenirsi invocando l'art. 16-*bis* del regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, secondo cui «*le spese di copia, stampa, carta bollata e tutte le altre inerenti ai contratti sono a carico dei contraenti con l'amministrazione dello Stato*».

La norma, infatti, si riferisce a spese che presuppongono una documentata comprova o quanto meno la previsione di tariffe determinate dagli organi competenti (almeno per quanto concerne le spese di copia), mentre l'imposta di registro segue la normativa di riferimento. In ogni caso, ciò che rileva nell'economica della presente segnalazione è che neanche la disposizione in argomento abilita l'ente appaltante a determinare autonomamente eventuali somme, che l'aggiudicatario dovrebbe corrispondergli quale remunerazione per l'utilizzo di piattaforme elettroniche ovvero per la stipula di convenzioni o accordi quadri aggiudicati in qualità di centrale di committenza, tanto meno in via forfettaria.

Ma vi è di più, la norma da ultimo citata si riferisce alle spese relative alla stipula del contratto, laddove il pagamento di un corrispettivo per le spese di funzionamento di una piattaforma elettronica o di un corrispettivo per l'aggiudicazione di una convenzione quadro involge necessariamente anche la gestione di tutta la procedura e non solo la stipula (quand'anche l'individuazione dell'aggiudicatario avvenga esclusivamente in modalità elettronica). Il che concorre a far ritenere insussistente la diretta ed esclusiva relazione tra spese connesse alla stipula del contratto e pagamento del relativo corrispettivo da parte dell'aggiudicatario.

Inoltre, si rileva che il criterio di commisurare l'importo del corrispettivo posto a carico dell'aggiudicatario all'importo di aggiudicazione dell'appalto non consente di attribuire al corrispettivo stesso, sotto il profilo della sua giustificazione causale, la natura di rimborso delle spese sostenute dalla stazione appaltante. Infatti, mentre queste ultime sono, di regola, fisse

(soprattutto se si ha riguardo all'utilizzo di piattaforme elettroniche, in relazione al quale la spesa non si ritiene modulabile in base all'importo del contratto aggiudicato, contrariamente a quanto prevedono talune centrali di committenza), l'importo posto a carico dell'aggiudicatario dipende dall'importo della base d'asta dedotta la percentuale del ribasso offerto in gara; l'assenza di un preciso rapporto di corrispettività, pertanto, non è conciliabile con la nozione di rimborso dei costi affrontati, ciò che rende necessaria un'espressa copertura normativa che giustifichi causalmente l'esborso richiesto all'aggiudicatario, per non contravvenire il principio della necessaria giustificazione causale dell'attribuzione patrimoniale.

Peraltro, non può omettersi di considerare l'inversione di tendenza operata dal legislatore nella materia *de qua*. La disposizione di cui all'art. 9, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito con modificazioni in legge 6 luglio 2012, n. 94, secondo cui «il Ministero dell'economia e delle finanze mette a disposizione, a titolo gratuito, il proprio sistema informatico di negoziazione in modalità ASP (Application Service Provider) delle pubbliche amministrazioni e degli altri soggetti pubblici che si avvalgono di Consip S.p.A., anche ai sensi dell'articolo 29 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, e delle disposizioni del presente decreto», costituisce, infatti, espressione di una chiara volontà di non porre a carico degli operatori del mercato i costi connessi alla centralizzazione/aggregazione degli acquisti. La norma, peraltro, sembra avere una portata di abrogazione implicita del sopra richiamato art. 11, comma 3 del d.l. n. 98/2011.

Sotto altro profilo, occorre considerare, poi, che l'inserimento di una clausola che ponesse a carico dell'aggiudicatario l'onere di rimborsare le spese della procedura – attribuendo all'inadempimento della medesima clausola il valore di "rinuncia all'aggiudicazione" – è contrario altresì alle disposizioni in tema di tassatività delle clausole di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-*bis* del Codice dei contratti.

Costituisce, infatti, clausola che non trova copertura normativa nell'art. 46, comma 1-*bis* citato non solo la richiesta, pena l'esclusione dalla gara, di una dichiarazione contenente l'impegno di accollarsi le spese di gestione della procedura in caso di aggiudicazione, ma anche la previsione che attribuisce valore di rinuncia all'aggiudicazione all'omesso versamento del rimborso delle spese di gestione della procedura di gara o di utilizzo di piattaforme elettroniche, messe a disposizione dalla centrale di committenza che espleta la gara. Ciò in quanto nessuna disposizione del Codice, di legge o di regolamento prevede genericamente tale possibilità o disciplina (tranne i casi sopra citati, espressamente normati) in termini di doverosità il rimborso delle spese di funzionamento delle piattaforme elettroniche e/o delle centrali di committenza sparse sul territorio dello Stato. Né, d'altra parte, simili clausole escludenti possono essere ricondotte ad alcuna delle altre categorie contemplate dalla disposizione sopra richiamata (incertezza assoluta sul contenuto o sulla

provenienza dell'offerta, non integrità del plico, o più in generale violazione del principio di segretezza delle offerte, carenza di elementi essenziali).

Infine, occorre evidenziare che la promozione della centralizzazione degli acquisti, di cui costituisce una chiara attuazione lo stesso l'art. 33, comma 3-*bis* del Codice, è fatta al fine di consolidare i conti pubblici, per garantire la stabilità economico-finanziaria del Paese, e di adottare misure dirette a favorire la crescita, come la stessa *Premessa* al d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (che ha introdotto la norma, seppur di recente modificata) evidenzia.

In tale ottica, quindi, la creazione di centrali di committenza, ivi comprese le forme di aggregazione richiamate dal comma 3-*bis* dell'art. 33 del Codice, devono essere finalizzate esclusivamente ad un risparmio di spesa per le singole amministrazioni che ne beneficiano (sia in termini di diverso impiego delle risorse umane sia in termini di maggiori sconti conseguibili grazie all'aggregazione della domanda e al maggior incentivo alla concorrenza) e il relativo funzionamento non può determinare un aggravio di costi per gli operatori, i quali, peraltro, tenderebbero a traslarli sull'ente appaltante, e per esso sulla collettività, offrendo minor ribassi in gara, al fine di compensare il probabile "costo" posto a loro carico, laddove dovessero risultare aggiudicatari. Ne consegue allora che, in assenza di specifica disposizione di rango primario e di previsioni attuative di secondo livello che limitino la discrezionalità delle stazioni appaltanti nel determinare gli importo ad esse dovuti (come è stato opportunamente previsto per le convenzioni e gli accordi quadro Consip nonché per l'utilizzo in ASP della piattaforma del MEF), consentire generalmente a ciascuna centrale di committenza di porre a carico dell'aggiudicatario una qualsivoglia forma di remunerazione, scelta con assoluta discrezionalità, contravverrebbe allo spirito riformatore del sistema della centralizzazione degli acquisti.

A conferma delle considerazioni svolte, si sottolinea che il d.l. n. 66/2014, convertito con modificazioni in legge n. 89/2014, ha previsto all'art. 9, comma 9, che «al fine di garantire la realizzazione degli interventi di razionalizzazione della spesa mediante aggregazione degli acquisti di beni e di servizi, è istituito, nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, il Fondo per l'aggregazione degli acquisti di beni e di servizi destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori di cui al comma 1 del presente articolo, con la dotazione di 10 milioni di euro per l'anno 2015 e di 20 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2016. Con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze sono stabiliti i criteri di ripartizione delle risorse del Fondo di cui al precedente periodo».

L'istituzione del predetto fondo, destinato al finanziamento delle attività svolte dai soggetti aggregatori, conferma che le spese di centralizzazione degli acquisti sono connesse al funzionamento della pubblica amministrazione e come tali non traslabili sull'aggiudicatario, salvo casi espressamente previsti dalla legge.

## 3. Conclusioni

Alla luce delle considerazioni svolte, tenuto conto che alcune centrali di committenza, pur in assenza di specifica norma, ritengono legittimo porre a carico dell'aggiudicatario le spese di funzionamento delle piattaforme elettroniche dalle medesime gestite ovvero quelle connesse all'adesione a convenzioni quadro da esse stipulate, considerata, inoltre, la controversia interpretativa sorta sul tema, l'Autorità nel segnalare il fenomeno, che peraltro contribuisce ad alimentare il già elevato contenzioso in materia di appalti pubblici, ritiene opportuno un intervento legislativo con cui sia espressamente previsto il divieto, salvo diversa previsione di legge, di porre le spese di gestione della procedura – siano esse riferite all'utilizzo di piattaforme elettroniche (anche in ASP) ovvero alla stipula di convenzioni – a carico dell'aggiudicatario della procedura di gara.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 25 febbraio 2015.

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 6 marzo 2015
Il Segretario: Maria Esposito