

FOCUS: GLI «ONERI DI COMMITTENZA»

ANCE Opere Pubbliche

GLI «ONERI DI COMMITTENZA»: DEFINIZIONE

Possono definirsi “**oneri di committenza**” le somme richieste all’aggiudicatario da alcune Centrali di committenza **a titolo di corrispettivo per i “servizi di committenza”** prestati da queste ultime alle Stazioni appaltanti.

La richiesta di tali oneri è stata riscontrata in numerose gare, su tutto il territorio nazionale, espletate:

- da diversi soggetti operanti come Centrali di committenza;
- per conto di **enti territoriali** (piccoli e medi Comuni, fra i quali anche alcuni capoluoghi di Provincia);
- mediante **piattaforme informatiche di e-procurement**, messe a disposizione dalle stesse Centrali.

GLI «ONERI DI COMMITTENZA»: CARATTERISTICHE

- All'interno della *lex specialis* di gara (bando, disciplinare o entrambi) viene inserita una **clausola** che prevede, per ogni concorrente, **l'obbligo di sottoscrivere ed allegare all'offerta un "atto unilaterale d'obbligo"** (già predisposto ed allegato alla documentazione di gara) con il quale impegnarsi – in caso di aggiudicazione – a riconoscere nei confronti della Centrale una somma determinata:
 - ✓ in misura fissa oppure
 - ✓ in misura percentuale, parametrata all'importo complessivo posto a base di gara.
- La sottoscrizione di tale atto d'obbligo comporta l'assunzione, per ciascun concorrente, dell'obbligazione di corrispondere alla Centrale la somma indicata;
- Tale obbligazione è **sospensivamente condizionata all'aggiudicazione** della gara: soltanto l'aggiudicatario sarà l'obbligato finale ed unico;
- L'obbligazione così assunta ha lo scopo di rifondere alle Centrali i costi sostenuti per l'erogazione di una varietà di servizi alle SS.AA. per conto delle quali operano; tali servizi possono ricomprendere, ad esempio:
 - il servizio di consulenza prestato alla S.A.;
 - lo svolgimento delle attività di gara e l'uso della piattaforma telematica di negoziazione;
 - più in generale, i "servizi di committenza" erogati all'Amministrazione.
- L'assunzione dell'obbligazione prevista dall'atto unilaterale d'obbligo viene espressamente qualificata come **"elemento essenziale dell'offerta"**, costituente **"parte integrante dell'offerta economica"** → la mancata allegazione dell'atto d'obbligo all'offerta rappresenta **causa di esclusione dalla gara**;
- A seconda dei casi, la mancata assunzione dell'obbligazione viene espressamente posta:
 - a pena di **inammissibilità** dell'offerta;
 - a pena di **irregolarità** dell'offerta → in tal caso, la mera "irregolarità" consentirebbe l'attivazione del soccorso istruttorio, all'esito del quale, comunque, è necessario produrre l'atto d'obbligo; in caso contrario, il concorrente viene comunque escluso.

GLI «ONERI DI COMMITTENZA»: LA NORMATIVA DI RIFERIMENTO

ART. 41, COMMA 2 BIS, D.LGS. N. 50/2016 (introdotto dal d. lgs. n. 56/2017)

“È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell’aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all’articolo 58” (ossia, le piattaforme telematiche di e-procurement).

ART. 23 COSTITUZIONE

“Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

ART. 83, CO. 8, D.LGS. N. 50/2016 (Principio di tassatività delle cause di esclusione)

“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

I PIU' RECENTI SVILUPPI: L'ATTIVITA' DI VIGILANZA DELL'ANAC

- La richiesta degli oneri in esame configura un **“aggiramento del divieto di cui all’art. 41, comma 2-bis, del d.lgs. n. 50/2016 (...)** secondo cui non è consentito porre a carico dei concorrenti, nonché degli aggiudicatari, i costi connessi alla gestione di piattaforme telematiche” **(Delibera ANAC n. 780 del 4 settembre 2019)**, che **pare avere carattere assoluto, non ammettendo alcuno spazio per altre forme di remunerazione a carico dell’aggiudicatario” (Parere ANAC n. 179 del 26 febbraio 2019).**
- Inoltre, **sussiste un contrasto anche con l’art. 23 Cost., dal momento che il meccanismo di remunerazione addossato all’aggiudicatario “non è supportato da alcuna puntuale base normativa” (Parere ANAC n. 179 del 26 febbraio 2019).**
- Il meccanismo di remunerazione in esame provoca un **effetto espulsivo**: l’assunzione dell’obbligo pecuniario da parte del concorrente è qualificato come **elemento essenziale dell’offerta**, la cui carenza renderebbe espressamente irricevibile quest’ultima. Viene, dunque, a configurarsi una **clausola dalla portata escludente, “ulteriore rispetto a quelle tipizzate dal codice degli appalti**, con conseguente violazione dell’art. 83 co. 8 D. Lgs. n. 50/2016” **(Parere ANAC n. 179 del 26 febbraio 2019)**; il **contrasto con il principio di tassatività delle cause d’esclusione** rende **nulle** le previsioni della legge di gara, le quali **possono essere disapplicate direttamente dalla Stazione Appaltante** senza necessità di attendere la declaratoria giudiziale **(Delibera ANAC n. 267 del 17 marzo 2020).**

I PIU' RECENTI SVILUPPI: L'ATTIVITA' DI VIGILANZA DELL'ANAC

ULTERIORI PROVVEDIMENTI ANAC

- **Del. n. 1123 del 28 Novembre 2018;**
- **Del. n. 926 del 16 ottobre 2019;**
- **Del. n. 21 del 15 gennaio 2020;**
- **Del. n. 129 del 17 febbraio 2021;**
- **Del. n. 202 del 3 marzo 2021.**

I PIU' RECENTI SVILUPPI: L'ATTIVITA' DI VIGILANZA DELL'ANAC

COMUNICATO DEL PRESIDENTE ANAC DEL 9 GIUGNO 2021

Le clausole impositive degli oneri di committenza comporterebbero un **effetto restrittivo della concorrenza**, in quanto inducono gli operatori economici a non partecipare alle gare, con violazione **dell'art. 30, comma 1, del d.lgs. 50/2016** che, al contrario, in un'ottica pro-concorrenziale, sancisce il principio di massima partecipazione.

Simile meccanismo impone una prestazione economica all'aggiudicatario **in assenza di un'espressa previsione di legge**, in chiaro contrasto con il disposto **dell'art. 23 della Costituzione** (che, per ogni tipo di imposizione patrimoniale, richiede la riserva di legge), riversando **a carico del privato il corrispettivo per una prestazione di cui si avvale la sola Stazione appaltante**.

La prestazione in parola, poi, non trova fondamento neppure **nell'art.16-bis del R.D. n. 2440/1923** (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"*), che **riguarda solo le spese connesse alla stipulazione del contratto**.

In conclusione, al fine di prevenire possibili contenziosi, **l'Autorità ha espressamente invitato le Stazioni appaltanti**, che si avvalgano di prestatori di servizi di committenza ausiliari per l'espletamento delle procedure di aggiudicazione, **a non prevedere nella documentazione di gara clausole che impongano agli aggiudicatari oneri di committenza**, ritenuti illegittimi.

I PIU' RECENTI SVILUPPI: LA GIURISPRUDENZA (1/2)

➤ La clausola della *lex specialis* di gara relativa all'obbligo di rimborso per i servizi di committenza, nonché dell'Atto unilaterale d'obbligo ad esso allegato, è illegittima (TAR Puglia – Lecce, sentenza n. 1664/2019):

- 1) alla luce della **violazione dell'art. 23 della Costituzione**, in base al quale *“Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”*. Tale principio legittimerebbe la rifusione delle spese di gestione a carico degli operatori economici soltanto quando ammessa in casi tassativi, espressamente previsti da leggi. Una simile norma di copertura, tuttavia, nel caso di specie manca completamente;
- 2) in quanto **l'addebito in parola contrasta espressamente con l'art. 41, comma 2 bis, del Codice dei contratti pubblici**, ai sensi del quale *“È fatto divieto di porre a carico dei concorrenti, nonché dell'aggiudicatario, eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui all'articolo 58”* (cioè alle “piattaforme telematiche di negoziazione”).

Il corrispettivo richiesto agli aggiudicatari *“sembra concretare - in assenza di espressa copertura legislativa specifica - una violazione di legge (art. 41, comma 2 bis del Decreto Legislativo n. 50/2016 e art. 23 della Costituzione)”*; inoltre, l'addebito richiesto agli aggiudicatari non può essere ricompreso neppure nella previsione legislativa di cui all'**articolo 16-bis del R.D. 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”*), in quanto:

- la consistenza dell'importo *“non è neppure rapportato alle spese”*;
 - **l'applicazione di tale normativa non necessiterebbe di un atto unilaterale d'obbligo** (TAR Lombardia – Milano, sentenza n. 240/2020).
- Le clausole della *lex specialis* che richiedono gli oneri di committenza **comportano la violazione dell'art. 41, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici**, norma che *“preclude alle stazioni appaltanti di riversare i costi derivanti dall'utilizzo delle piattaforme telematiche di negoziazione, non solo nei confronti dei concorrenti ma anche dell'eventuale aggiudicatario”* (Consiglio di Stato, sentenza n. 6787/2020);
- **Il divieto di cui all'art. 41, comma 2 bis, del Codice dei contratti pubblici è onnicomprensivo**, e non riguarda i soli costi generati dall'utilizzo delle piattaforme di *e-procurement*, ma anche **qualsiasi tipologia di costo correlato alla gestione delle procedure di gara** (ad esempio, quello dei **servizi di committenza ausiliari**, di cui la Centrale di committenza sia eventualmente incaricata, quali la messa a disposizione delle infrastrutture tecniche, l'attività di consulenza e di preparazione dei documenti di gara) (TAR Campania – Salerno, sentenza n. 1/2021);

I PIU' RECENTI SVILUPPI: LA GIURISPRUDENZA (2/2)

- L'obbligo di assumere l'obbligazione in esame e di produrre la relativa dichiarazione unilaterale d'obbligo **provoca surrettiziamente un effetto escludente**, non contemplato da alcuna disposizione né del Codice dei contratti né di altra norma primaria, con conseguente **contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione** sancito **dall'art. 83, comma 8°, del Codice dei contratti pubblici** → i predetti adempimenti costituiscono “elemento essenziale dell'offerta”, facendo così discendere dalla mancata produzione della dichiarazione e dalla mancata assunzione dell'obbligo l'irricevibilità dell'offerta ai sensi dell'art. 59, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016. E quest'ultima disposizione individua “*ipotesi di irregolarità dell'offerta collegate al mancato rispetto della documentazione di gara, alla ritardata presentazione e al carattere anormalmente basso della stessa, ipotesi che comunque conducono all'esclusione del concorrente dalla procedura*” (**TAR Campania – Salerno, sentenza n. 1/2021**);
- La clausola in esame, “*imponendo al concorrente di impegnarsi, a pena di esclusione, a corrispondere una somma a titolo di corrispettivo per le attività di committenza (...), operava una restrizione della concorrenza, poiché è evidente che, in forza di tale previsione, il corrispettivo contrattuale sarebbe risultato, sia pure indirettamente, decurtato della predetta somma e sarebbe stato ben possibile che (...) il servizio da prestare potesse risultare in prospettiva non più remunerativo (o non adeguatamente remunerativo) e così indurre un operatore economico a non prendere parte alla procedura*”; inoltre, del costo dei servizi erogati alla Stazione appaltante **avrebbe dovuto farsi carico la stessa Amministrazione**, “che ne beneficiava direttamente: la clausola che prevedeva che fosse l'aggiudicatario a remunerare la centrale di committenza in misura percentuale rispetto all'importo a base di gara aveva, dunque, l'effetto di traslare il peso economico del servizio dall'amministrazione al privato” (**Consiglio di Stato, sentenza n. 3538/2021**).

IN SINTESI

Dall'interpretazione operata dall'ANAC e dalla giurisprudenza amministrativa, emerge che gli oneri di committenza:

- **Sono nulli**, per contrasto con il **principio della tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016**, non essendo previsti o autorizzati da alcuna norma di rango legislativo.
- **Sono comunque illegittimi**, per via dell'evidente contrasto con:
 - L'art. 23 della Costituzione;
 - L'art. 41, comma 2 bis, del d.lgs. n. 50/2016.
- Non costituiscono neppure «**spese contrattuali**» ai sensi dell'art. 16-*bis*, R.D. n. 2440/1923;
- Possono, in concreto, **limitare la concorrenza**;
- **Dovrebbero essere a carico delle stesse Amministrazioni**, in quanto dirette beneficiarie dei servizi resi ai fini dell'espletamento delle procedure di gara, senza che alcun costo possa essere traslato sugli operatori economici partecipanti.

COME POSSONO AGIRE LE STAZIONI APPALTANTI

Due sono gli scenari prospettabili:

- In quanto nulle, le clausole impositive degli oneri di committenza sono **inefficaci sin dall'origine** e, pertanto (senza che occorra attendere un'eventuale sentenza dichiarativa della nullità) «*la Stazione appaltante, senza annullare tout court gli atti di gara e l'intera procedura, può avviare un procedimento di autotutela volto a dichiarare la nullità parziale degli atti*» (**Delibera ANAC n. 129/2021**) → la S.A. può prendere essa stessa atto di tale nullità e riconoscerla formalmente in via di autotutela; conseguentemente, disapplicare le clausole della *lex specialis* che prevedano oneri di committenza a carico dell'aggiudicatario.
- Alternativamente, l'Amministrazione potrebbe annullare in autotutela (*ex art. 21 nonies*, l. n. 241/1990) tutte le previsioni della legge di gara che contengano o richiamino l'obbligo di rifondere i costi sostenuti per le attività di committenza, in quanto (oltre ad essere nulle) esse **sono anche illegittime** per contrasto con gli artt. 23 Cost. e 41, comma 2-*bis*, del Codice dei contratti pubblici.

L'intervento diretto della S.A. sulle previsioni di gara sarebbe particolarmente importante, atteso che (sia nell'ipotesi in cui vengano disapplicate, sia che vengano annullate in autotutela) **si attiverebbe un effetto invalidante "a cascata"** che travolgerebbe anche l'"Atto unilaterale d'obbligo"; quest'ultimo, infatti, in quanto "strumento attuativo" delle disposizioni della *lex specialis* dichiarate nulle (o annullate), **sarebbe a sua volta nullo per assenza di causa**, con la conseguenza che la prestazione del corrispettivo richiesto **non risulterebbe dovuta** (**Delibera ANAC n. 267/2020**).

COME POSSONO AGIRE GLI OPERATORI ECONOMICI (1/4)

A) IMPUGNAZIONE DIRETTA DEL BANDO DINNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Come prima opzione operativa, potrebbe essere considerata la possibilità di impugnare dinnanzi al Giudice Amministrativo, prima ancora della formulazione dell'offerta (e della conseguente allegazione dell'atto unilaterale d'obbligo), le clausole della *lex specialis* richiamanti gli oneri di committenza e l'atto unilaterale d'obbligo.

Tuttavia, va segnalato che la giurisprudenza amministrativa sembra – ad oggi – aver confermato l'orientamento restrittivo in materia, secondo il quale, **in mancanza di partecipazione, l'operatore economico è legittimato a contestare il bando e gli altri atti di gara soltanto laddove contengano clausole immediatamente escludenti** (da ultimo: Consiglio di Stato, n. 2276/2021; n. 3173/2020; Adunanza Plenaria, n. 4/2018).

In tale ottica, quindi, le clausole impositive degli “oneri di committenza” potrebbero essere ritenute **non aventi efficacia immediatamente lesiva**, in quanto **non impedirebbero, in modo oggettivo, la formulazione di un'offerta**; il loro **carattere lesivo, infatti, si manifesterebbe soltanto al momento dell'aggiudicazione**, essendo l'onere di corrispondere la somma richiesta posto a carico del solo aggiudicatario.

Anteriormente all'aggiudicazione, quindi, **non può escludersi che l'impresa ricorrente venga ritenuta carente della legittimazione ad agire** per il riconoscimento dell'invalidità delle clausole in esame (con il **rischio di inammissibilità del ricorso**), dovendo attendere, a tal fine, la futura (ed eventuale) aggiudicazione in proprio favore.

COME POSSONO AGIRE GLI OPERATORI ECONOMICI (2/4)

B) IMPUGNAZIONE CD "DIFFERITA" DELLE CLAUSOLE DEL BANDO DI GARA

Tuttavia, secondo la giurisprudenza in materia (v., in particolare, Consiglio di Stato n. 3173/2020), potrebbe essere ammissibile l'impugnazione di quei **provvedimenti della S.A. adottati successivamente all'aggiudicazione che confermino l'obbligo di corrispondere gli oneri** richiesti a carico dell'aggiudicatario.

Ciò, in quanto tali provvedimenti sarebbero **concretamente applicativi** delle clausole della *lex specialis* impositive degli oneri a carico dell'aggiudicatario.

Conseguentemente:

- insieme a questi provvedimenti, **potrebbero essere impugate anche le relative previsioni della legge di gara**, in quanto ne costituiscono il necessario presupposto logico-giuridico;
- ciò, anche se il termine di impugnazione del bando d'impugnazione è formalmente già decorso, trattandosi di **impugnazione cd "differita"** → l'attualizzazione della lesione a danno dell'operatore economico **non si verifica immediatamente**, ai fini della partecipazione o nel corso della procedura di gara, **ma successivamente all'aggiudicazione, al momento dell'adozione del provvedimento applicativo** da parte della S.A.

Quali potrebbero essere questi **provvedimenti applicativi**?

Si tratta di provvedimenti che trovano la propria *ratio* nelle clausole della *lex specialis* che prevedono gli oneri in esame.

A tal fine, potrebbero essere valutati, ad esempio:

- l'eventuale richiesta di pagamento della S.A., in caso di rifiuto di pagare opposto dall'aggiudicatario;
- il rifiuto di sottoscrivere il contratto in mancanza di pagamento;
- a seguito di istanza di autotutela proposta dall'impresa aggiudicataria con la quale sia stato chiesto di disapplicare o annullare le clausole della legge di gara (v. meglio *infra*), il provvedimento espresso di diniego adottato dalla S.A.

NB: Si tratta, tuttavia, di **ipotesi esemplificative, non generalizzabili**; ogni valutazione al riguardo dev'essere modulata **caso per caso**, in base alle singole circostanze della fattispecie concreta.

COME POSSONO AGIRE GLI OPERATORI ECONOMICI (3/4)

C) SEGNALEAZIONE AGLI UFFICI DI VIGILANZA ANAC

È altresì possibile inoltrare – anche anteriormente all’aggiudicazione – un’istanza **ai sensi dell’art. 4, comma 4, del Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza dell’ANAC in materia di contratti pubblici**, che consente all’ANAC di valutare anche le *“segnalazioni presentate (...) da terzi, compatibilmente con le esigenze organizzative e di funzionamento degli uffici, tenendo conto in via prioritaria della gravità della violazione e della rilevanza degli interessi coinvolti dall’appalto”*.

Ciò, al fine di chiedere all’Autorità di intervenire al fine di **rimuovere violazioni della normativa in materia di contratti pubblici** riscontrate in una determinata gara.

Qualora l’ANAC dovesse rilevare le ipotesi di illegittimità segnalate, potrà esercitare il potere attribuitole dall’**art. 211, comma 1-ter**, D.lgs. n. 50/2016: *“L’ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un **parere motivato** nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati”*.

Laddove, poi, la Stazione appaltante non si conformasse alle prescrizioni dell’Autorità entro il termine assegnatole (comunque **non superiore a 60 giorni** dalla trasmissione del parere), *“l’ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo”*.

D) SOLLECITAZIONE DELL’AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

Senza alcuna preclusione per la successiva proposizione dell’azione giurisdizionale, in via alternativa a questa, l’operatore aggiudicatario **può sollecitare la S.A. all’esercizio del potere di autotutela**, stante la dimostrata illegittimità delle relative previsioni della legge di gara.

In tal senso, l’aggiudicatario potrebbe **inoltrare un’apposita istanza alla Stazione appaltante**, con la quale richieda all’Amministrazione:

- a) In primo luogo, di **riconoscere la nullità delle clausole del bando di gara e di tutti gli altri atti di gara nei quali è menzionato l’obbligo di versare tale corrispettivo e, per l’effetto, disapplicarle**;
- b) In via subordinata (qualora la S.A. ritenga di non riconoscere la nullità delle clausole in argomento), **di annullare in autotutela le stesse previsioni**, in quanto, comunque, illegittime.

COME POSSONO AGIRE GLI OPERATORI ECONOMICI (4/4)

E) IMPUGNAZIONE DELL'ATTO UNILATERALE D'OBBLIGO DINNANZI AL G.O.

Come ulteriore possibilità, potrebbe valutarsi la possibilità di ricorrere all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, chiedendo che venga dichiarata (in base alle categorie civilistiche ex art. 1418 c.c.) la nullità dell'Atto unilaterale d'obbligo, previo accertamento *incidenter tantum* delle clausole previste dalla legge di gara (sentenza del Tribunale di Busto Arsizio n. 161 del 29 gennaio 2020).

GRAZIE A TUTTI PER L'ATTENZIONE!!!