

Piattaforme Elettroniche di Negoziazione, per una Pubblica Amministrazione 2.0, ma chi paga?

Marco Terrei¹

Premessa. **1)** I costi delle piattaforme di negoziazione; **2)** Le Piattaforme Elettroniche nella Direttiva 24/2014/EU; **3)** Le Piattaforme Elettroniche nel Codice dei Contratti Pubblici d.lgs 50/2016; **4)** CONSIP, MePA e Centrali di Committenza ex art. 38 del Codice; **5)** Riflessioni.

Premessa.

Il Codice degli Appalti d.lgs 50/2016 all'art. 40, comma 2 recita *"A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici"* e più precisamente, così come previsto dal Codice dell'amministrazione digitale, nell'ambito degli appalti *le comunicazione e gli scambi di informazioni riguarderanno "La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese."*

Senza ombra di dubbio questo cambiamento porterà un risparmio di tempo e di denaro per effetto della smaterializzazione dei documenti, aumenterà la sicurezza delle procedure per mezzo della tracciabilità dei flussi documentali e la segretezza del contenuto dei plichi che verranno gestiti da

¹Dottore Magistrale in Scienze Politiche Internazionali e della Pubblica Amministrazione, consulente nella materia degli appalti e studioso del diritto amministrativo.

un soggetto terzo. Inoltre le procedure verranno svolte *online* e tutti i soggetti, comodamente seduti nei propri uffici, potranno seguire le operazioni di gara.

Dalla lettura delle diverse norme che regolano tale processo appare evidente come non sarà sufficiente inviare/ricevere il materiale via PEC perché, stabilisce l'art.52 del Codice che, *"In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione"*.

Non potendosi garantire in nessun modo *l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione* con gli strumenti attualmente appare evidente che a partire dal 18 ottobre tutte le Amministrazioni dovranno fare ricorso alle piattaforme elettroniche di negoziazione.

Ciò detto sorge spontanea una domanda, chi pagherà per queste ulteriori spese che graveranno sulla procedura di gara e dunque sulla Stazione Appaltante, sugli operatori economici partecipanti alle stesse o anche solo sull'aggiudicatario?

Inoltre, siamo sicuri che non vi erano altre soluzioni?

1) I costi delle Piattaforme di negoziazione.

Lo scrivente ha avuto modo di effettuare un'analisi dei costi dei vari prodotti elettronici presenti sul mercato. Nella ricerca si è ipotizzato la sottoscrizione di un contratto, con un canone annuale, per l'adesione ad una piattaforma nella modalità "Premium" (nome di fantasia scelto a caso per indicare il miglior profilo offerto dalla società proponente), quella cioè che offriva il massimo dei servizi. Dovendosi effettuare delle scelte è stata individuata l'opzione che offriva la gestione di tutte le gare da €0 al sopra-soglia (senza limiti in merito al numero di gare), di avere la creazione e gestione dell'albo fornitori (suddiviso per categorie), la gestione e conservazione documentale, l'assistenza legale limitata (ad un certo numero di quesiti/questioni), la pubblicazione delle gare (dalla pubblicazione del bando alle aggiudicazioni). Infine l'ultima opzione era relativa ad un ipotetico bacino di utenza (le gare sono in qualche modo legate all'estensione del territorio e alla popolazione residente) che, nell'ipotesi posta in essere, è stata individuata in 100.000 abitanti. Tale scelta è sembrata la più vicina ad una ipotesi di un territorio che vedesse raggruppati un determinato numero di comuni medio/piccoli associati o in Unione di comuni per la gestione, tra gli altri servizi, degli appalti.

Il risultato dell'analisi ha portato ad individuare un soggetto "Piattaforma srl" (nome di fantasia) in grado di offrire un prodotto con un buon rapporto qualità prezzo, il quale chiedeva la somma di € 13.500,00 annui per i servizi di cui sopra.

Lo scrivente è consapevole che nel "mercato" delle Piattaforme di Negoziazione Elettroniche vi è anche quella messa a disposizione da ASMEL Consortile tuttavia si è scelto di non prendere in considerazione questa opzione, di quantizzarne cioè il canone, perché l'oggetto del presente lavoro non è quello di fare un'indagine di mercato piuttosto di ragionare sul fatto che la norma aggiunge una nuova voce di spesa in capo alle Amministrazione e/o agli operatori economici e se questa fosse la migliore scelta possibile da parte del legislatore.

Nel caso di una Pubblica Amministrazione, se alle somme alle quali si è appena accennato si aggiunge la spesa delle commissioni giudicatrici che può arrivare fino a 30.000 euro² divenute obbligatorie³ per tutte le gare con L'Offerta Economicamente Più Vantaggiosa (OEPV) ci si accorge che i soggetti istituzionali che si occupano di Appalti, pur di santificare il dio trasparenza, finiranno per mettere in ginocchio sia gli operatori economici che le Amministrazioni, soprattutto i comuni stretti nella morsa della Spending Review e da una serie di riforme economiche che ne hanno sempre più limitato le capacità (e quindi l'autonomia) di spesa.

Ciò detto vale la pena fare un passo indietro nell'esposizione dei fatti sin qui effettuata al fine di analizzare con maggiore rigore il quadro normativo ed analizzare nel dettaglio le disposizioni.

Lo strumento della piattaforma elettronica, come anche altre "novità" in fase di recepimento, è stata introdotta dalla Direttiva 2014/24/EU⁴ la quale già nei Considerando introduce i concetti di pubblicità e trasparenza volti a massimizzare il principio del *favor participationis*, caro all'Europa, attraverso l'uso obbligatorio delle tecnologie digitali nelle procedure di gara.

2) Le Piattaforme Elettroniche nella Direttiva 24/2014/EU.

Il Considerando n.52 così recita *"I mezzi elettronici di informazione e comunicazione possono semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto. Dovrebbero diventare la norma per la comunicazione e lo scambio di informazioni nel corso delle procedure di appalto in quanto aumentano enormemente le possibilità degli operatori economici di partecipare a procedure d'appalto nell'ambito del mercato interno. A tal fine, è opportuno introdurre l'obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l'obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara nonché, trascorso un periodo di transizione di trenta mesi, l'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte"*.

I considerando della Direttiva posti prima dell'articolato hanno la funzione di introdurre concetti generali quali, ad esempio, la concorrenza o la trasparenza come nel caso in analisi, e chiariscono quale fine si propone il legislatore nell'affrontare tale specifica questione. Nel caso del considerando

² Decreto Ministeriale Infrastrutture e Trasporti 12 febbraio 2018 "Determinazione della tariffa di iscrizione all'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici e relativi compensi" ha stabilito che nelle gare d'appalti di lavori al di sotto di 20 milioni ai commissari spetta un compenso compreso tra €3.000 e €8.000. Negli appalti di servizi e forniture le fasce di importo sono tre: inferiore a € 1.000.000 ove il compenso varia da € 3.000 a € 8.000; superiore ad € 1.000.000 ed inferiore a € 5.000.000 il compenso varia da € 6.000 a €15.000; l'ultima fascia riguarda le gare con base d'asta maggiore di € 5.000.000 dove il compenso dei commissari varia da € 12.000 a € 30.000. Negli appalti che hanno ad oggetto i servizi di ingegneria ed architettura, invece, per le gare inferiori a € 200.000 il compenso minimo è di € 3.000 mentre quello massimo è di € 8.000; per le gare comprese tra €200.000 e € 1.000.000 il compenso dei commissari varia da €6.000 a € 15.000; per le gare con importi superiori a €1.000.000 il compenso varia da € 12.000 a € 30.000.

³ Tale previsione è resa obbligatoria all'art. 77, comma 1 del Codice il quale recita *"Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto"*

⁴DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE;

n. 52 la sua portata è dirompente⁵ perché prevede il passaggio al digitale mandando definitivamente in soffitta, tranne alcuni casi specifici, la documentazione cartacea. Colpiscono la semplicità e la chiarezza del testo nel quale si individuano facilmente 1) **la premessa** “i mezzi elettronici ... possono aiutare notevolmente ... e accrescere l’efficacia; 2) **l’obiettivo** “aumentano enormemente le possibilità degli operatori economici di partecipare a procedure d’appalto”; 3) **i mezzi** “a tal fine, è opportuno introdurre l’obbligo di ...”; 4) **i tempi** “trascorso un periodo di transizione di trenta mesi” in questo caso la tempistica prevede un obbligo parziale fino allo scadere dei trenta mesi dall’entrata in vigore della Direttiva e, successivamente, il completamento del processo con l’entrata in vigore della stessa di altri obblighi⁶.

Al fine di fornire il quadro completo della disposizione è necessario aggiungere che l’obbligo previsto da questo Considerando non è tassativo infatti prevede una serie di casi in cui la Stazione Appaltante può evitare di ricorrere a tali strumenti relativi a *tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni* questi sono relativi, ad esempio, alla circostanza secondo la quale *si possono presentare casi eccezionali in cui le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero essere autorizzate a non usare mezzi di comunicazione elettronici qualora non usare mezzi di comunicazione elettronici sia necessario per tutelare la natura particolarmente sensibile delle informazioni*⁷ ma anche quando *Formati tecnici o processi e standard di messaggistica diversi tra loro potrebbero ostacolare l’interoperabilità non solo all’interno degli Stati membri, ma soprattutto anche tra gli Stati membri.*⁸

All’art. 22, della Direttiva, rubricata “Regole applicabili alle comunicazioni” vengono indicate nel dettaglio le norme relative alle comunicazioni ed al comma 1, viene disposto che “*Gli Stati membri provvedono affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui alla presente direttiva, in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente articolo*⁹” al comma 3, invece, il legislatore entra direttamente nello specifico delle gare d’appalto prevedendo che “*In tutte le comunicazioni, gli scambi e l’archiviazione di informazioni, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che l’integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione.*”

È in questo specifico comma che va ricercato il fondamento dell’obbligo di ricorrere alle piattaforme elettroniche di negoziazione. Tali strumenti diventano l’unico mezzo capace di garantire “*che l’integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute*” ed inoltre solo attraverso il loro utilizzo si è in grado di garantire tali requisiti fino alla data di apertura e dell’analisi del contenuto delle offerte.

⁵“La nuova direttiva introduce, con questo articolo, una rilevante novità, che potrebbe passare inosservata, consistente nell’abbandono per tutte le procedure di scelta del contraente della presentazione dell’offerta in modalità cartacea.[...] Nell’articolo in commento ed in altre disposizioni della nuova direttiva (vedi artt. 34 e 40) il legislatore comunitario dà particolare risalto ai mezzi elettronici di informazione e comunicazione, ritenuti in grado di semplificare la pubblicazione degli appalti, accrescere l’efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto. In questa prospettiva, un uso estensivo dei mezzi di comunicazione elettronica ed una piena informatizzazione della procedura dovranno divenire la norma (considerando 52).” (DOCUMENTO DI ANALISI DELLA DIRETTIVA 2014/24/UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI redatto da ITACA, 19 febbraio 2015).

⁶ I successivi considerando specificano i casi in cui è possibile derogare alle norme indicate e le eccezioni.

⁷ Considerando n. 54 della Direttiva 24/2014/EU;

⁸ Considerando n. 54 della Direttiva 24/2014/EU;

⁹ Ci si riferisce ai commi 5, 6 e 7 del medesimo articolo nei quali si specifica ed analizza i casi in cui le caratteristiche tecniche dei sistemi di comunicazione potrebbero subire degli adattamenti o modifiche in relazione a specifiche situazioni in interconnessione tra sistemi diversi.

Come previsto nel Considerando analizzato poco sopra anche nel successivo art.22 della Direttiva, sono previste delle deroghe che in questo caso però sono puntuali e dettagliate e si riferiscono alla procedura di presentazione delle offerte come indicato nel quattro casi di seguito elencati:

- a) a causa della natura specialistica dell'appalto, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono in genere gestiti dai programmi comunemente disponibili;
- b) i programmi in grado di gestire i formati di file adatti a descrivere le offerte utilizzano formati di file che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
- c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle amministrazioni aggiudicatrici;
- d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici.

Nella direttiva, al fine programmarne l'attuazione, vengono individuate le seguenti tappe¹⁰:

18/04/2014 - entrata in vigore della direttiva;

18/04/2016 - termine ultimo per l'entrata in vigore della direttiva negli stati membri e *introduzione dell'obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l'obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara;*

18/04/2017 – introduzione, per le Centrali di Committenza di cui all'art. 37, *l'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte*¹¹

18/10/2018 – introduzione, per tutte le stazioni appaltanti, *l'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte*¹².

3) Le Piattaforme Elettroniche nel Codice dei Contratti Pubblici d.lgs 50/2016.

Le prescrizioni presenti nella Direttiva e delle quali qui si dibatte sono state recepite nel nostro paese con il d.lgs 50/2016 Codice degli Appalti¹³ nell'art. 40, comma 1 il quale molto semplicemente così

¹⁰L'art. 90 detta, in parte, i tempi di attuazione della direttiva;

¹¹Come disposto dall'art. 90, comma 2 secondo capoverso per le Centrali di Committenza l'obbligo dell'entrata in vigore di tali adempimenti era previsto per un periodo più breve rispetto alla totalità delle stazioni appaltanti infatti recita la norma *"In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, per le centrali di committenza fino al 18 aprile 2017"*

¹²Tale deroga era prevista all'art. 90, comma 2 il quale recita *"In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, fino al 18 ottobre 2018, eccettuati i casi in cui l'uso dei mezzi elettronici è obbligatorio ai sensi degli articoli 34, 35 o 36, dell'articolo 37, paragrafo 3, dell'articolo 51, paragrafo 2, o dell'articolo 53."*

¹³ Il decreto correttivo al Codice dei contratti – d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 – è stato pubblicato sul supplemento ordinario n. 22/L alla G.U. n. 103 del 5 maggio scorso, per entrare in vigore il successivo 20 maggio.

recita *“Le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale”* che quindi, in relazione ai tempi di attuazione delle varie disposizioni, anticipa, rispetto a quanto previsto dalla direttiva, al 18/04/2016 l'entrata in vigore dell'*obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte”* per le Centrali di Committenza¹⁴ e ne posticipa, allineandosi alla tempistica della direttiva, l'entrata in vigore per tutte le stazioni appaltanti, al comma 2 che recita *“A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici.”*

Nell'art. 52 del Codice rubricato *“Regole applicabili alle comunicazioni”*¹⁵ sono state inserite tutte le indicazioni di carattere generale di cui ai Considerando 52 e successivi e le norme dell'art. 22 della Direttiva già esaminati, comprese tutte le deroghe¹⁶ e i casi speciali in cui gli obblighi per la Pubblica Amministrazione non valgono, e in merito ai quali non si ritiene utile tornare.

Al comma 5 dell'art. 52 si può leggere *“In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione”*. Il contenuto di questo comma è identico a quello del comma 3 dell'art. 22 della direttiva del quale s'è detto e che è quello che vincolerebbe le stazioni appaltanti all'uso delle piattaforme elettroniche di negoziazione. In effetti attraverso il solo uso della PEC sarebbe possibile garantire l'integrità dei dati e degli invii ma non la riservatezza fino alla data della scadenza dei termini di presentazione delle offerte per garantire la quale si rende necessario uno strumento terzo¹⁷ ed in grado di garantire tale requisito.

4) CONSIP, MePA e Centrali di Committenza ex art. 38 del Codice.

La funzione degli acquisti pubblici riveste un ruolo economico fondamentale, poiché la spesa per beni, servizi e lavori rappresenta una quota considerevole di risorse pubbliche. Nel 2014, il volume della spesa per beni, lavori e servizi effettuata dalle amministrazioni pubbliche italiane è stato di 169,2 miliardi, pari al 10,4% del PIL e a poco più del 20% del totale della spesa pubblica, ragione per cui è spesso inclusa tra gli ambiti sottoposti a procedure di controllo sui costi degli apparati

¹⁴ Il riferimento è ai soggetti di cui all'art. 38, comma 1 del Codice degli Appalti;

¹⁵ Il titolo dell'articolo del Codice è identico a quello dell'art. 22 della Direttiva;

¹⁶ Il comma 3, dell'art. 52 del Codice prevede la possibilità in capo alla Stazione Appaltante di non utilizzare i mezzi di comunicazione indicati tuttavia tale scelta deve essere adeguatamente motivata infatti prescrive *“Le stazioni appaltanti indicano nella relazione unica i motivi per cui l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è stato ritenuto necessario in applicazione del comma 1, terzo periodo.”*

¹⁷ Attualmente i concorrenti inviano le proprie offerte al protocollo generale della stazione appaltante, a mano o tramite agenzia di consegna o a mezzo PEC ufficiale dell'ente, il quale provvede a protocollare i plichi, a certificarne l'ora d'arrivo e a custodire i fascicoli fino alla data della prima seduta di gara. Questo processo permette al personale che lavora all'interno dell'ufficio di conoscere in anticipo il numero e l'identità degli operatori economici che hanno risposto all'avviso per cui non c'è modo di garantire la segretezza di questi elementi con il sistema attualmente in essere.

amministrativi. L'incidenza sul volume di spesa pubblica ammonta a circa il 16% del PIL a livello europeo e al 29% della spesa pubblica totale nei paesi della zona euro¹⁸.

Per fortuna al di là della data del 18 ottobre, di cui qui si discute, tutte le stazioni appaltanti hanno la possibilità di rivolgersi ai mercati elettronici già attivi i quali offrono un ampio catalogo di lavori, servizi e merci; CONSIP/MePA e quei soggetti compresi tra Centrali di Committenza "qualificate" che per legge sono state definite tali dall'art. 38, comma 1 del Codice¹⁹ che hanno posto in essere quegli strumenti telematici di negoziazione di cui all'art. 37, comma 2²⁰. Tutti questi soggetti sono in grado di offrire la totalità dei servizi con la garanzia di mantenimento degli standard previsti dagli art. 40 e 52 del Codice dei Contratti per cui non tutto è perduto.

Tuttavia nonostante la presenza di questi soggetti le stazioni appaltanti potrebbero avere dei problemi non tanto per le gare negoziate sotto-soglia comunitaria, per via dell'ampia diffusione del mercato elettronico a cui si è accennato, soprattutto, di Consip/MePA (beni e servizi e, di recente, anche manutenzione lavori) il quale consente alle stazioni appaltanti di gestire tali gare rispettando a pieno le nuove disposizioni.

Invece, per le procedure ordinarie, aperte e ristrette soprattutto sopra-soglia, e per tutte quelle gare che in ragione del loro oggetto non possono passare attraverso tali canali le stazioni appaltanti non dotate di un proprio sistema di e-procurement, saranno obbligate ad effettuare una scelta tra due soluzioni:

- a) dotarsi di una propria piattaforma di e-procurement;
- b) delegare la procedura ad una Centrale di Committenza Qualificata²¹ o altro soggetto aggregatore di riferimento;

La prima opzione è con molta probabilità quella individuata dalle stazioni appaltanti medio-grandi che, oltre a vedere nell'utilizzo delle piattaforme di e-procurement un valido supporto organizzativo nel processo di acquisto, intendono percorrere la strada di una gestione autonoma e non vincolata all'organizzazione di altri soggetti pubblici. Questa scelta, inoltre, è dettata dal fatto che le amministrazioni di dimensioni maggiori hanno già nella struttura un ufficio appalti strutturato con personale specializzato.

¹⁸ "Il Processo di Centralizzazione degli Acquisti Pubblici: Tra Evoluzione Normativa e Evidenza Empirica" di Lorenzo Castellani, Francesco Decarolis e Gabriele Rovigatti;

¹⁹ L'art. 38, comma 1 così recita "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 37 in materia di aggregazione e centralizzazione degli appalti, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89"

²⁰ L'art. 37, comma 2 così recita "Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all'articolo 38, comma 1 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente"

²¹ Si ricorda che il processo di "qualificazione" delle stazioni appaltanti e delle Centrali di Committenza previsto dagli articoli 37, commi 1 e 2, 38, comma 1 non è ancora stato attuato e si è in attesa del Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri previsto dall'art. 38, comma 2;

La seconda opzione infatti, potrà creare nel breve periodo un ulteriore rallentamento alle procedure di acquisto per quegli Enti che intendono avvalersi delle strutture organizzative dei soggetti aggregatori o delle centrali di committenza qualificate.

Infatti, molti di questi soggetti e le relative piattaforme di negoziazione, non sono dimensionati per gestire le procedure di affidamento di tutti gli Enti del territorio che al 18 ottobre non si saranno attrezzati per la gestione delle comunicazioni elettroniche nelle procedure di affidamento. Basti pensare a tutte le procedure ordinarie che oggi, anche i piccoli enti, gestiscono mediante ricezione di plichi cartacei, e che dal 18 ottobre 2018 verranno delegate alle centrali di committenza. È ragionevole pensare che le richieste di delega dei piccoli Enti intaseranno il calendario delle gare dei soggetti aggregatori.

Al fine di comprendere l'importanza dello strumento di cui qui si analizzano i futuri sviluppi verranno descritti, sinteticamente, le caratteristiche dei maggiori attori attualmente attivi.

CONSIP S.P.A./MePA - I volumi d'affari che riguardano tali soggetti sono davvero considerevoli infatti nel caso di CONSIP/MePA, per esempio, "L'azione sulla spesa presidiata evidenzia l'ampliamento dei beni acquistabili attraverso Consip. A fine 2016, il perimetro di spesa presidiato²² con strumenti di acquisto è arrivato a oltre 48 miliardi di euro. Il dato rappresenta oltre la metà dell'intera spesa pubblica per beni e servizi (che ammonta a complessivi 89 miliardi di euro) inoltre analizzando meglio il dato del presidiato emerge che l'intermediato è, invece, evidente l'aumento del ricorso agli strumenti Consip. Nel 2016, attraverso Consip sono transitati "fisicamente" acquisti per circa 7,9 miliardi di euro, con un aumento del +7% rispetto al 2015. In altri termini, il 16% della spesa presidiata (7,9 miliardi vs 48,3 miliardi), che vuol dire che per ogni 6 euro di spesa presidiata, 1 euro viene acquistato direttamente attraverso Consip²³.

Basti pensare che nel periodo 01 gennaio/31 dicembre 2017 attraverso CONSIP s.p.a. sono state effettuate 675.465 transazioni per un valore pari a €9.849.522.000²⁴.

Centrali di Committenza ex art. 38 del Codice – L'art. 38 comma 1 del Codice individua una serie di soggetti che di diritto vengono definiti Centrali di Committenza Qualificate e più precisamente stabilisce che *"Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 37 in materia di aggregazione e centralizzazione degli appalti, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Sono iscritti di diritto nell'elenco di cui al primo periodo, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, compresi i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, CONSIP S.p.a., INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a., nonché i soggetti aggregatori regionali di cui all'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89"* elenco aggiornato dalla Delibera numero 31 del 17 gennaio 2018 dell'ANAC che fornisce l'elenco dei soggetti aggregatori che di diritto vengono definite qualificate.

Analogamente a Consip, altre Centrali di Acquisto Regionali (o Soggetti Aggregatori, in base a quanto disciplinato dal D.L. 66/2014) hanno raggiunto (o sono prossime a farlo) l'obiettivo di gestire il 100% degli acquisti per via telematica. Si citano in particolare ARCA (Lombardia), Intercent-ER (Emilia

²²Termine tecnico con il quale viene indicato l'insieme degli "articoli" che il soggetto COSIP mette a disposizione della Pubblica Amministrazione.

²³Relazione al bilancio al 31 dicembre 2016 della CONSIP s.p.a.

²⁴Gli Open Data di acquisti in rete di CONSIP. S.p.a.;

Romagna), Regione Toscana (attraverso la piattaforma START), Provincia Autonoma di Bolzano, che da diversi anni hanno intrapreso il percorso di digitalizzazione degli acquisti.

Nelle altre Regioni la situazione è diversificata, con Soggetti Aggregatori che dispongono di una piattaforma telematica, ma continuano a pubblicare gare anche in modalità tradizionale, e Regioni che sono ancora in una fase iniziale e sperimentale degli acquisti telematici.

Da quanto detto, è ragionevole ipotizzare che sui segmenti Centrali di Committenza e Sanità (che valgono ca. 23 mld €) gli acquisti telematici superino il 50% di copertura (12-14 mld €), a cui aggiungere un altro 20-30% degli acquisti delle Regioni (3-4 mld €).

Tra le altre tipologie di Stazioni Appaltanti riportate nella Tabella ANAC, il segmento “imprese di servizi pubblici” è sicuramente il più avanzato in materia di adozione di strumenti telematici di acquisto. Molte di queste società pubbliche (o private che gestiscono servizi in concessione) gestiscono sui propri Portali on-line la gran parte degli acquisti; a titolo puramente esemplificativo possiamo citare: ACEA, ANAS, A2A, Ferrovie dello Stato, HERA, IREN, Poste Italiane, RAI.²⁵

Piattaforma ASMECOM – Solo per un attimo e per dovere di cronaca si torna sul soggetto ASMEL il quale ha creato una struttura telematica ASMECOM Centrale di Committenza per la gestione delle gare alla quale aderiscono circa 2500 comuni e all'interno della quale, nel solo semestre 01 gennaio/31 giugno 2018, il valore delle gare pubblicate sulla piattaforma è stato pari a 341.632.000 euro²⁶.

5) Riflessioni.

Dalla breve, e certamente non esaustiva, analisi sulle piattaforme elettroniche di negoziazione presenti nel nostro paese emerge che il mercato degli acquisti telematici vede coinvolti diversi soggetti, troppi a parere di chi scrive, i quali creano non poca confusione negli operatori economici che per poter promuovere i loro “prodotti” si vedono costretti ad aderire a molte piattaforme, con un dispendio di tempo e denaro non indifferente.

La soluzione ottimale, forse, sarebbe stata quella di creare dei soggetti “istituzionali” nazionali quali ad esempio CONSIP/MePA (già presenti sul mercato) strutturati per offrire un catalogo di merci il più ampio possibile affiancando a questi ultimi le Centrali di Committenza regionali che avrebbero, a livello territoriale regionale, completato il catalogo delle merci da proporre alla PA senza lasciare spazio alle amministrazioni di ricorrere a soggetti privati. In verità la norma dettata dal D.lgs 163/2006 all'art. 85 e gli art. 288 e ss del Regolamento di Attuazione del Codice D.P.R. 207/2010 fanno riferimento ad un “*soggetto esterno alla stazione appaltante*” che consentono alle stazioni appaltanti di avvalersi, nel rispetto delle procedure di scelta del contraente disciplinate dal Codice, di un soggetto, anche esterno alle stazioni medesime, per la gestione tecnica dei sistemi informatici di negoziazione. È evidente che la formulazione del testo di legge ha aperto, anche a soggetti privati, il mercato delle piattaforme di negoziazione che da quel momento sono diventate un riferimento per tutti coloro che non hanno trovato nelle strutture presenti sul territorio una valida risposta alle loro esigenze.

²⁵Dal sito di Leadership&Management del 31 gennaio 2018;

²⁶ dal sito asmecom.it;

I dati sin qui riportati hanno dimostrato come CONSIP e MePA stiano di anno in anno migliorando il servizio ed ampliando il catalogo delle merci ma lo stesso non si può dire per le Centrali di Committenza regionali le quali, ad eccezione di alcune a cui si è accennato sopra, non sono attive o se lo sono non svolgono la loro funzione. Verso questi soggetti era necessario imporre degli obiettivi ed una tempistica stringente, oltre che obbligatoria, vista la necessità per tutte le stazioni appaltanti di assolvere all'obbligo entro la fatidica data del 18 ottobre. La struttura posta in essere a livello centrale e regionale doveva essere di supporto alle amministrazioni provinciali e comunali, oltre tutte le altre amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3 del Codice dei Contratti, che si sarebbero rivolti a questi soggetti per i loro acquisti a partire dall'entrata in vigore dell'obbligo importo dall'EU e dalla norma nazionale.

Questa soluzione avrebbe permesso alle amministrazioni di avere a disposizione su pochi "negozi online" tutto l'occorrente per il funzionamento delle strutture e l'insieme dei fornitori per l'erogazione dei servizi o la realizzazione di opere. Tale situazione avrebbe avvantaggiato anche gli operatori economici i quali avrebbero potuto fornire i loro servizi/lavori/merci su poche piattaforme con un notevole risparmio di tempo e denaro²⁷.

L'analisi sin qui effettuata ci riporta al punto di partenza ed alla domanda con la quale si è aperto questo lavoro; chi paga per le ulteriori spese di acquisto/gestione delle piattaforme elettroniche di negoziazione, per chi le vorrà acquistare/affittare, ma soprattutto tale scelta era veramente la migliore?

A tal proposito si chiedeva il professore Marco Macchia in un suo contributo²⁸ *"E' legittimo un bando di gara nella parte in cui dispone che le spese di funzionamento della centrale unica di committenza, a livello regionale o locale, siano a carico dell'aggiudicatario? Può trasferirsi sul contraente con la pubblica amministrazione l'onere di sostenere economicamente, generalmente nella misura dell'un per cento dell'importo posto a base di gara, l'adempimento di una funzione di interesse pubblico? "*

La risposta non può che essere negativa perché tale pratica risulta essere illegittima perché manca un'espressa previsione di legge grazie alla quale trasferire sull'aggiudicatario i costi di gestione delle piattaforme elettroniche non mancano tuttavia posizioni, minoritarie, opposte²⁹.

E' inoltre ingiusto chiedere all'operatore un ulteriore sacrificio economico, vista la congiuntura che sta vivendo il nostro paese, come ingiusto sarebbe chiedere alle amministrazioni periferiche di farsi carico di una ulteriore spesa per la gestione delle gare come, purtroppo, già accade per tutti quei soggetti pubblici che già hanno deciso di aderire ad una delle piattaforme già esistenti al solo fine di rispettare una norma.

²⁷ Basti pensare che tutti gli operatori economici hanno l'obbligo semestrale di aggiornare i loro dati e le certificazioni su ogni piattaforma oltre al fatto che devono obbligatoriamente comunicare, tempestivamente, al gestore della piattaforma ogni variazione dell'assetto societario o relativo alle merci fornite o alle certificazioni in possesso degli stessi;

²⁸ "Il Regime delle spese di funzionamento delle Centrali di Committenza" di Marco Macchia su Giustamm n.3/2018;

²⁹ Giova, al riguardo, mettere in rilievo che gli strumenti delle aste elettroniche e delle gare telematiche sono funzionali a garantire maggiore trasparenza, economicità e rapidità delle gare, ma anche una più ampia partecipazione e, dunque, una maggiore dinamicità del mercato, poiché nelle gare tradizionali le imprese concorrenti, spazialmente distanti rispetto alla sede di svolgimento della gara, sono, di regola, esposte a costi maggiori rispetto al carico dei costi gravanti sulle imprese viciniori, sicché, in definitiva, le modalità di gara in questione vanno, primariamente, a beneficio delle stesse imprese partecipanti, con conseguente presenza di un'accentuata componente di corrispettività nella commissione di transazione posta a carico dell'impresa aggiudicataria. Ma non solo, l'aspetto da ultimo evidenziato induce ad escludere la c.d. transaction fee dal novero delle imposizioni patrimoniali ex art. 23 Cost. (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. n. 3042 del 18 febbraio 2014)

Sulla gestione delle piattaforme elettroniche di negoziazione vale la pena ricordare che la legislazione attuale prevede già un meccanismo obbligatorio di finanziamento di queste strutture “pubbliche” tramite la contribuzione ad un fondo che ha il fine di finanziare l’attività dei soggetti aggregatori/centrali di committenza, alle quali sono obbligate a ricorrere le amministrazioni aggiudicatrici. Va ricordato, 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*»³⁰

Questo dimostra come alla base dell’istituzione di questi strumenti ci fosse la volontà del legislatore di dotare le amministrazioni di dispositivi innovativi senza ulteriori spese a carico loro con il quale essere in grado di affrontare il cambiamento. Inoltre, questa scelta aveva come obiettivo quello della razionalizzazione della spesa pubblica e il suo contenimento.

PUBBLICATO SU AMBIENTEDIRITTO.IT – 12 SETTEMBRE 2018 – ANNO XVIII

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME -
Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 Mob. +39 3383702058 - info@ambientediritto.it - Testata registrata
presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562

La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 - Riviste Scientifiche Giuridiche.
ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accreditemento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. n.271 www.ambientediritto.it

³⁰ANAC atto di segnalazione n. 3 del 25 febbraio 2015;