

COMUNICATO DEL PRESIDENTE

9 giugno 2021

Oggetto

Affidamento dei servizi di supporto alla committenza – illegittimità della clausola che impone all'aggiudicatario il pagamento del corrispettivo dovuto dalla stazione appaltante per i servizi di committenza e le altre prestazioni correlate allo svolgimento di gara.

L'Autorità ha riscontrato che tra le stazioni appaltanti - che si avvalgono dell'ausilio di prestatori di servizi di committenza ausiliari - è invalsa la prassi di introdurre nella documentazione di gara clausole che impongono ai concorrenti di assumere l'obbligo di pagare, in caso di aggiudicazione, direttamente al prestatore del servizio, il corrispettivo per il supporto che quest'ultimo ha assicurato alla stazione appaltante.

L'assunzione dell'obbligo in questione è spesso imposta quale condizione di partecipazione alla gara e, al contempo, la stipula del contratto di appalto è addirittura subordinata all'effettivo pagamento da parte dell'aggiudicatario del relativo compenso, talvolta d'ammontare non trascurabile.

Al riguardo, è necessario evidenziare che tali clausole sono state ritenute illegittime, in diverse occasioni, sia dalla giurisprudenza amministrativa (si veda, a titolo esemplificativo, Cons. St., V, n. 3538 del 6.5.2021; Cons. St., V, n. 6787 del 3.11.2020), che dall'Autorità (da ultimo, con la Delibera ANAC 129/2021 e la Delibera ANAC 202/2021). Le motivazioni, poste a base delle decisioni richiamate, sono legate alla constatazione che le predette clausole, inducendo gli operatori economici a non partecipare alle gare, hanno effetti restrittivi sulla concorrenza, in palese violazione dell'art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016 che, al contrario, proprio in un'ottica pro-concorrenziale, sancisce il principio di massima partecipazione.

Inoltre, è stato osservato che in tal modo si riversa a carico del privato il corrispettivo per una prestazione (quella dei servizi di committenza ausiliari), di cui si avvale la stazione appaltante, con l'imposizione di una prestazione, in assenza di un'espressa previsione di legge, come richiesto dall'art. 23 della Costituzione.

La prestazione imposta all'aggiudicatario, infine, non trova fondamento neppure nell'art.16-*bis* del R.D. n. 2440/1923, che riguarda solo le spese connesse alla stipulazione del contratto.



Pertanto, al fine di evitare l'introduzione di oneri illegittimi a carico dei concorrenti e prevenire possibili contenziosi, si invitano le stazioni appaltanti, che scelgono di espletare le procedure di aggiudicazione con il coinvolgimento di prestatori di servizi di committenza ausiliari, a non prevedere nella documentazione di gara le clausole in oggetto.

Per completezza si ricorda che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 3, comma 1, lettera m), punti 1, 2 e 3 e dell'art. 39, comma 2 del d.lgs. 50/2016, i servizi di committenza ausiliari che possono essere svolti da operatori economici privati sono esclusivamente *"le attività che consistono nella prestazione di supporto alle attività di committenza, in particolare nelle forme seguenti: 1) infrastrutture tecniche che consentano alle stazioni appaltanti di aggiudicare appalti pubblici o di concludere accordi quadro per lavori, forniture o servizi; 2) consulenza sullo svolgimento o sulla progettazione delle procedure di appalto; 3) preparazione delle procedure di appalto in nome e per conto della stazione appaltante interessata;"*.

Si ricorda, infine, che, in base a quanto prescritto dalle disposizioni richiamate, anche l'affidamento dei servizi di committenza ausiliari può avvenire solo nel rispetto delle previsioni del codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016).

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 16 giugno 2021

Per il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente