

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1-2/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado,Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano,Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

L'utilizzo delle piattaforme informatiche da parte della pubblica amministrazione: tra falsi miti e veri rischi

di Ferdinando Pinto*

Sommario

1. La gratuità dell'utilizzo delle piattaforme informatiche nelle gare telematiche: la posizione dell'ANAC. – 2. Sulla presunta gratuità delle piattaforme informatiche in applicazione del cosiddetto riuso. – 3. Un esempio del costo (nascosto) del riuso: il caso del comune di Roma e (di nuovo) della piattaforma Consip. – 4. La posizione del cedente la piattaforma informatica tra opacità e interessi reali. – 5. L'indagine dell'ANAC in tema di contratti informatici. – 6. Enormi banche dati senza controllo? – 7. Piattaforme informatiche e piccoli comuni. – 8. Sulle centrali di committenza. – 9. I costi generali di contratto: una soluzione al problema?

Abstract

Il contributo ha ad oggetto l' utilizzo delle piattaforme informatiche nelle gare telematiche da parte delle pubbliche amministrazioni e l'eventuale addebito dei costi a carico dei concorrenti. Il legislatore ha provveduto in sede di decreto correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017) ad aggiungere all'originaria formulazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice degli appalti) il comma 2bis in base al quale "è fatto divieto di porre a carico dei concorrenti nonché dell'aggiudicatario eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui l'art. 58". La materia è sta oggetto di numerosi interventi da parte dell'ANAC e della magistratura amministrativa, che hanno evidenziato la necessità di distinguere per le stazioni appaltanti i costi palesi di acquisto e di implementazione delle piattaforme ma anche quelli nascosti nel riuso e nella manutenzione dei sistemi.

1. La gratuità dell'utilizzo delle piattaforme informatiche nelle gare telematiche: la posizione dell'ANAC

Una recente presa di posizione da parte dell'Autorità Nazionale per la Prevenzione della Corruzione consente di fare un punto su uno dei profili più controversi dei rapporti tra pubblica amministrazione e utilizzo delle piattaforme informatiche nelle procedure di selezione del contraente durante le c.d. aste in forma telematica. Si tratta di un tema controverso – e si vedrà immediatamente perché – e in rapida evoluzione in cui spesso l'apparire è cosa ben diversa dall'essere e in cui i rischi sono ben nascosti nelle pieghe dei benefici.

L'ANAC solleva, con una contestazione, in sede di attività di risoluzione di un possibile contenzioso tra un concorrente e una stazione appaltante, un problema generale sulle modalità di utilizzo delle piattaforme informatiche, sempre più diffuse, per l'ampliarsi dei sistemi di *e-procurement*.

Sul punto va ricordato che l'ANAC ha svolto già una segnalazione, la n. 3 del 25 febbraio 2015, al Governo in virtù della quale, poiché non esisterebbero disposizioni legislative che abilitano le stazioni appaltati a richiedere il pagamento di una commissione agli aggiudicatari, ha chiesto una esplicita disposizione legislativa che si pronunziasse sul punto. Il legislatore ha provveduto in sede di decreto correttivo ad aggiungere all'originaria formulazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 50 del 2016 (codice degli appalti) il comma 2bis in base al quale "è fatto divieto di porre a carico dei concorrenti nonché dell'aggiudicatario eventuali costi connessi alla gestione delle piattaforme di cui l'art. 58".

La norma è entrata in vigore il 20 maggio 2017.

L'ANAC continua nel suo intervento richiamando la disposizione prevista dall'art. 9 del D.L. 52/2012, convertito con la l. 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 *Application Service Provider* (ASP) che costituisce "chiara espressione della volontà di non porre a carico degli operatori economici i costi connessi alla centralizzazione/aggregazione degli acquisti". Sempre in questa prospettiva, la creazione delle centrali di committenza, costituite in un'ottica di un risparmio di spesa per le singole amministrazioni, non può disporre un aggravamento dei costi per gli operatori stessi, in quanto l'utilizzo delle centrali sarebbe, per l'amministrazione che ne usufruisce, gratuite

In sostanza, sembra dire l'Autorità, poiché esiste la possibilità di un utilizzo gratuito di una piattaforma informatica messa a disposizione dal MEF o la possibilità di accedere al sistema delle centrali di committenza, non si comprende a che titolo si possa disporre l'utilizzo di altri sistemi, attraverso diverse piattaforme informatiche, distinte da quelle gratuite, messe a disposizione dal ministero, e perché questo debba comportare costi per l'aggiudicataria che nulla avrebbe a sopportare nel caso di uso delle piattaforme gratuitamente messe a disposizione. In estrema sintesi, dunque, non dovrebbe esserci nessun problema e nessun margine di incertezza. Il sistema garantisce la gratuità degli strumenti informatici utilizzati direttamente dalla stazione appaltante o attraverso la centrale di committenza che, a sua volta, utilizza piattaforme informatiche.

Entrambi gli approcci, quello cioè che ritiene gratuito l'uso delle piattaforme informatiche e quello relativo alla necessità di ricorrere ad una centrale unica di committenza, nascono da presupposti che è opportuno chiarire.

[*] Professore Ordinario di Diritto Aministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II. Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

2. Sulla presunta gratuità delle piattaforme informatiche in applicazione del cosiddetto riuso

Il presupposto da cui muove l'ANAC con riferimento alla gratuità dell'uso delle piattaforme informatiche è – come si è avuto già modo di anticipare - l'art. 9 del D.L. n. 52/2012 secondo cui il Ministero della Economia e delle Finanze mette a disposizione a titolo gratuito il proprio sistema informatico di negoziazione.

In realtà, la norma ha un suo precedente in virtù del quale la messa a disposizione non significa affatto l'obbligo di utilizzare quel sistema informatico (e se ne vedranno immediatamente le ragioni). L'art. 11, comma 3, del D.L. 98/2011, convertito con la l. 11, stabilisce, infatti, che "le amministrazioni pubbliche possono, altresì, richiedere al Ministero dell'Economia e delle Finanze l'utilizzo del sistema informatico di negoziazione in modalità ASP" e che con decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze sarebbe stata prevista la copertura dei costi relativi all'utilizzo e degli eventuali servizi correlati del sistema informatico di negoziazione anche "attraverso forme di remunerazione sugli acquisti a carico degli aggiudicatari delle procedure realizzate". IL MEF ha provveduto con decreto del 23 novembre 2012, successivo, dunque, al D.L. n. 52, a cui fa riferimento l'ANAC nella sua comunicazione, identificando nell'1,5% dell'importo effettivo di aggiudica inteso quale limite massimo per dette forme di remunerazione. E' vero che tale regola si riferisce all'utilizzo della piattaforma e delle convenzioni Consip ma è altrettanto vero che sarebbe stato davvero singolare che l'ordinamento l'abbia previsto soltanto a favore di un'unica centrale di committenza e che questo non fosse previsto come principio generale a valere per tutti i casi in cui esistono piattaforme informatiche che vengono utilizzate al di fuori del sistema acquisito dallo Stato.

L'ANAC pertanto con due distinti pareri: il primo, il n. 140 del 12 settembre 2012, ha ritenuto legittimo il compenso da corrispondere a favore di una società, la I-Faber S.p.A., peraltro privata, e di cui non è dato conoscere le modalità di scelta, quale corrispettivo dovuto al gestore della piattaforma telematica. Questo sul presupposto che debba ritenersi applicabile "la previsione legislativa di principio che consente in termini generali alle stazioni appaltanti di porre a carico dell'impresa aggiudicataria la remunerazione dei costi di funzionamento del sistema informatico di negoziazione". Meccanismo, questo, successivamente confermato come legittimo dal Consiglio di Stato che, con sentenza n. 3042/2014, ha riconosciuto, appunto, legittimo il sistema e ne ha puntualizzato i contenuti. Sulla sentenza si tornerà, ampiamente, innanzi in quanto essa consente di definire con esattezza i termini della questione e, in verità, i non pochi equivoci che si sono manifestati in tema di gestione delle piattaforme informatiche. Inoltre, sulla base dei principi generali innanzi richiamati, sempre l' ANAC, con parere n. 53 del 22 aprile 2015, ha ribadito, con riferimento ad una gara bandita nel rigore del d.lgs. 163/2006 che addebitare all'aggiudicatario i costi per l'uso dei mezzi informatici utilizzati è conforme al sistema e coerente con i principi generali. Questo in quanto il gestore della piattaforma informatica pone in essere una serie di adempimenti quali "ad esempio, la stesura e pubblicazione del bando e del relativo disciplinare, ricevere plichi, effettuare le verifiche di anomalia dell'offerta e procedere all'aggiudicazione provvisoria e definitiva con conseguente inoltro delle comunicazioni ex art. 79 d.lgs. 163/2006". Questo anche perché la piattaforma è "strumento attraverso il quale reperire anche le informazioni e/o comunicazioni relative alla gara con la conseguenza che il corrispettivo richiesto per il servizio per le attività

di gara fornite e per l'uso della suddetta piattaforma appare coerente con il sistema utilizzato".
L'approccio è evidentemente realistico e testimonia di una convinzione che tiene conto della realtà di quanto avviene nel mondo dei sistemi telematici in cui la gratuità dovrebbe essere il segnale di un pericolo piuttosto che la manifestazione del un beneficio.
Ora l'Autorità cambia prospettiva e quello che era consentito in passato sembra precluso all'oggi.
A fondamento starebbe la modifica normativa di cui si è detto in precedenza sollecitata dalla stessa Autorità.
Il nuovo approccio sconta un equivoco di fondo che va alla radice del rapporto tra amministrazione e sistema delle imprese produttrici delle piattaforme informatiche dove è impensabile, che l'utilizzo di piattaforme informatiche (come qualsiasi altro strumento informatico) sia gratuito. Può, semmai, apparire tale ma non lo è mai per come effettivamente declinato.
La norma che prevede, infatti, in generale l'utilizzo gratuito delle piattaforme informatiche acquisite dalla Pubblica Amministrazione è, infatti, una norma del tutto illusoria. Essa è prevista dall'art. 69 del codice dell'amministrazione digitale il quale prevede che "le pubbliche amministrazioni che siano titolari di soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, hanno l'obbligo di rendere disponibile il relativo codice sorgente completo della documentazione e rilasciato in repertorio pubblico sotto licenza aperta in uso gratuito ad altre pubbliche amministrazioni".
Questo non significa che il riuso non comporti costi.
L'idea è financo ingenua.
Una volta acquisita la soluzione o il programma informatico, infatti, resta a carico del cedente / cessionario innanzitutto l'attività di gestione e manutenzione, anche evolutiva, del software e la stessa gestione del server su cui è installato. Inoltre, per rendere operativo un sistema resosi disponibile per effetto della cessione gratuita, occorre comunque un'attività di formazione all'uso verso le amministrazioni interessate e garantire, almeno nella fase di start up, un sistema di help desk atto ad assicurare risposte o interventi tempestivi nei casi di criticità anche legati a difficoltà interpretative delle procedure. Questa è la vera criticità del sistema che, in sostanza, sia consentito il termine, non è come una autovettura concessa in uso gratuito all'amministrazione, a cui basta soltanto mettere la benzina (che comunque ha un costo), ma un sistema che abbisogna di continue modifiche e di continui aggiornamenti del personale e che comporta sempre nuovi bisogni anche in funzione di una legislazione oramai in continua evoluzione e di una tecnica anche essa sempre a forte obsolescenza. In questo senso il riuso - che in realtà è un istituto antico ed è stato previsto fin dall'art. 26, comma 2, della l. 27 dicembre 2002, n. 199 - non ha avuto un particolare sviluppo. Questo nonostante sia stato addirittura istituito un registro nazionale gestito da AGID attraverso il quale le pubbliche amministrazioni per accedere al registro degli applicativi. L'utilizzatore, però, come detto, deve mettere in conto le spese per la formazione all'uso, la manutenzione anche evolutiva e, soprattutto, l'assistenza al sistema. E' bene precisare che di solito le assistenze sono collegate al tipo di applicativo nel senso che - è evidentemente diverso il profilo della manutenzione dell'hardware - i profili dell'applicativo in sé considerato possono essere mantenuti solo dal soggetto che lo ha prodotto.
Quest'ultimo, poi, è esperienza nota, nel disegno dell'applicativo, pone in essere accorgimenti idonei ad evitare un'eccessiva flessibilità

del sistema, cosicché ogni variante rispetto all'ingegneria originaria del sistema provoca una necessità di modifiche che solo il soggetto originatore può porre in essere.

3. Un esempio del costo (nascosto) del riuso: il caso del comune di Roma e (di nuovo) della piattaforma Consip

L'esempio di una determina adottata dal Comune di Roma Capitale è particolarmente indicativa del fenomeno e prova pienamente l'assunto.

Si legge nella determina: "Considerato che ill Sistema Informatico di Negoziazione concesso in riuso a Roma Capitale non gestisce le procedure relative alla formazione delle Commissioni di Gara, mediante estrazione dei membri e rotazione degli stessi" si è costretti ad attivare una spese assolutamente necessaria, pena l'inefficienza del sistema (della rotazione) richiesto proprio dall'Autorità. A ciò va aggiunto che occorre implementare il sistema - è sempre la determina - che non assicura le seguenti attività • Supporto alla configurazione e avvio del modulo applicativo da parte di tutte le strutture capitoline; Assistenza e manutenzione del sistema di estrazione per gli 11 mesi successivi alla messa in produzione; Help desk telefonico attivo dal lunedì al venerdì, festività escluse, dalle ore 9.00 alle ore 17.00, cui far riferimento per attivare gli interventi di assistenza e manutenzione, unitamente all'attivazione di un recapito di posta elettronica cui poter inoltrare segnalazioni al di fuori dei giorni e degli orari coperti dal servizio di risposta telefonica; Occorre inoltre garantire (e pagare)• 10 ore di formazione per gli uffici interessati e 20 giornate/uomo di assistenza on site presso le strutture che utilizzeranno il sistema informatizzato.

Questo con buona pace del riuso gratuito che dunque "nasconde" l'esistenza e la consistenza dei suoi i costi.

In questo senso il riuso pubblico non si differenzia dalle offerte per software non in riuso fatte dai privati. Questo ultimi, infatti, usano customizzare l'applicativo realizzato e lo propongono senza costo di acquisto ma richiedendo un canone annuo per i servizi di cui si è appena detto.

In sostanza, nel mondo informatico nulla è gratuito e nel caso in cui qualcosa appare tale, come ha scritto qualcuno efficacemente, in realtà la vera merce è l'utilizzatore.

Sul tema va segnalata la convenzione del 2017 con cui il Dipartimento dei Servizi Generali e del Personale del MEF ha stipulato con CONSIP sostanzialmente per lo sviluppo dei servizi connessi alla piattaforma informatica di cui quest'ultima è titolare per avere immediata percezioni di come la gratuità immediatamente si sia trasformato in controprestazioni economiche di cui è difficile - stante la variabilità prevista nella convenzione - persino cogliere l'entità e comunque da calcolarsi in milioni di euro. A pagare è qui lo Stato e non il concorrente alla procedura che utilizza il sistema, ma non sembra che questo sia il massimo per le finanze pubbliche e, soprattutto, ancora una volta è evidente uni sistema che nasconde i suoi costi. Sarebbe davvero paradossale che l'Autorità disponga per la legittimità di un sistema di tale tipo in cui neppure è dato conoscere come si siano determinati, nel quantum, l'entità dei flussi finanziari che ne conseguono e come si siano stati regolati i rapporti tra le parti tra l'amministrazione centrale e il suo soggetto strumentale (con tutti i dubbi conseguenti alla qualificazione).

4. La posizione del cedente la piattaforma informatica tra opacità e interessi reali

Il sistema del riuso, per come applicato in fatto, provoca ulteriori conseguenze negative in quanto, mentre nel caso in cui ci si rivolga a

soggetti privati questo avviene generalmente attraverso specifiche gare di appalto, che sono, appunto, trasparenti, nel caso del riuso, poiché non è pensabile che esista un riuso autonomo in cui le amministrazioni attingono per utilizzare gratuitamente ed in proprio le piattaforme, questo non può avvenire senza il supporto delle originarie aziende fornitrici. E' noto, nel mondo informatico, che le imprese, dopo aver vinto una gara per la realizzazione di un nuovo software per un Ente ed averne verificato la soddisfazione, premano perché il loro prodotto venga inserito nel catalogo per il riuso. Apparentemente un'operazione di questo tipo sembrerebbe un'operazione commercialmente suicida, ma in realtà l'operazione produce risultati positivi sia per l'amministrazione che per la società. Per l'amministrazione, se non altro, perché questa realizza un ritorno di immagine in quanto una propria applicazione viene individuata come *best practices*, per l'impresa in quanto l'amministrazione che riceve l'applicativo (gratuito) naturalmente si rivolgerà all'impresa che lo ha prodotto per l'assistenza, la formazione, l'aggiornamento tempestivo al verificarsi di innovazioni normative e tecnologiche. In alcuni casi saranno anche esplicate procedure selettive ma alle procedure si presenterà un unico concorrente realizzando quello che è stato definito un tipo esempio di "bigottismo normativo" in cui si realizza il doppio paradosso di aver rispettato le regole di gara per la selezione in un settore che dovrebbe essere gratuito.

In sostanza, si verifica un enorme costo per la manutenzione del sistema, la sua implementazione, il suo utilizzo, la formazione del personale che non risulta apparentemente come costo effettivo del sistema in quanto il riuso continua ad essere spacciato come un istituto che non comporta costi e aggravi per le finanze pubbliche.

5. L'indagine dell'ANAC in tema di contratti informatici

L'ANAC, si è già occupata diffusamente del fenomeno (Linee guida n. 8 nel caso di procedure infungibili).

Dalla documentazione risulta che i casi qualificati come infungibili - per i quali dunque nessuna gara è espletata - relativi al settore informatico sono secondi solo al settore sanitario e raggiungono la complessiva percentuale di ben il 14 % del totale. Va notato che tra questi la quasi totalità è attinente al CPV ad inizio con il numero 72. Si tratta dunque di servizi relativi a consulenza, sviluppo del software, internet e supporto. Il tutto, insomma esattamente nei termini in cui si è precedenza detto per sfatare il mito della presunta gratuità della piattaforma informatica.

Scartata dunque l'infungibilità - facilmente intuibile nelle sue motivazioni - del settore sanitario - che raggiunge circa il 50% del totale - il settore informatico pesa per circa 1/4 del totale.

Si tratta di casi - è sempre l'ANAC a parlare - in cui si utilizzano procedure in cui si realizza una evidente "deroga ai principi di concorrenza e parità di trattamento". Sono numeri scarsamente spiegabili in un mondo in cui la regola dovrebbe essere la gratuità e che trovano la loro spiegazione (non giustificazione) sostanzialmente nei fenomeni in precedenza evidenziati che l'ANAC fa esplicitamente propri (cfr. pag. 5 della Relazione AIR).

Scarsi sembrano stati a tutt'oggi gli effetti delle linee guida che l'ANAC ha emanato per evitare il ripetersi dei fenomeni di *lock-in* tipici del settore informatico, come quelli indicati, per esempio, alla lettera c) delle linee guida, in virtù della quale il produttore dovrebbe fornire una descrizione dei moduli o dei componenti che costituiscono software, in modo tale che per ciascun modulo venga specificato il contenuto

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

informativo richiesto in ingresso e quello atteso in uscita.
Questo innanzitutto riduce ma non elimina l'onere, come prevedono le stesse linee guida, ma non eliminano il problema.
I produttori poiché sanno che forniscono un prodotto che deve diventare di uso gratuito (formalmente) sono infatti naturalmente portati ad ottenere comunque per altra strada quello che non possono ottenere per la via maestra.

6. Enormi banche dati senza controllo?
Alle considerazioni che precedono ne vanno aggiunte due ulteriori di particolare importanza.
La prima è che i sistemi informatici che si stanno strutturando nel sistema nazionale, comportano un'enorme massa di dati che vengono incamerati da soggetti privati che direttamente o indirettamente continuamente hanno accesso al sistema. Si tratta di soggetti privati che nell'attività di manutenzione ed implementazione dei sistemi possono continuamente accedere all'enorme massa di dati telematici esistenti sul sistema e che sono ora direttamente nella disponibilità di tali soggetti. Per fare un esempio di immediata percezione è come se si consentisse continuamente a qualcuno di accedere gli archivi in cui le amministrazioni detengono i propri atti segretati; per giunta è come se l'accesso fosse garantito a chi è in possesso di sistemi idonei a riprodurre i documenti. Quanto avvenuto nelle note polemiche che hanno riguardato un noto social network sono evidentemente fuori dal tema, e riguardano, semmai, i profili relativi alla privacy, ma non si può non sottolineare come il punto fondamentale del riuso, con il rinvio e richiamo continuo a soggetti privati, determina un sistema potenzialmente esplosivo in cui nel giro di pochi anni si potrebbe arrivare ed una mappatura completa , che non si comprende chi e come gestirà .di tutte le aziende che agiscono come contraenti della pubblica amministrazione.

7. Piattaforme informatiche e piccolo comuni
A ciò bisogna aggiungere un ulteriore profilo che spesso il legislatore, e in verità la stessa ANAC, ma più in generale l'intero sistema istituzionale, non infrequentemente trascurano.
Il sistema relativo all'utilizzo delle piattaforme informatiche, cioè, è pensato sempre con riferimento ad organizzazioni di dimensioni medio grandi (i Ministeri, le Regioni i Comuni maggiori) e trascurano la realtà spesso pulviscolare dell'amministrazione italiana.
Degli oltre 9.000 comuni italiani, infatti, solo 745 hanno popolazione superiore a 15.000 abitanti mentre 5536 hanno popolazione inferiore a 5.000 abitanti. Ben 1948, infine, non raggiungono i 1.000 abitanti. Per tali comuni i problemi, evidentemente, si moltiplicano. A fronte, cioè, di apparati amministrativi estremamente fragili spesso con personale non giovane - per non dire altro - il problema del riuso / uso delle piattaforme informatiche si manifesta in tutta la sua interezza in quanto è davvero impensabile che esso possa essere declinato come sistema in virtù del quale una volta aderito al sistema "gratuitamente fornito" questo possa poi essere agevolmente utilizzato e che, dunque, per così dire, basterebbe semplicemente sedersi ad un tavolo per far funzionare il sistema in tutte le sue potenzialità. Questi comuni sono, dunque, veri e propri ostaggi del sistema dei riuso, costretti come sono da una norma che, da un lato rende difficoltoso acquisire autonomamente nuovi strumenti informatici con "pacchetti" completi per il loro utilizzo, e, dall'altro, sarebbe costretta ad utilizzare quelli esistenti che gratuiti non sono affatto.

8. Sulle centrali di committenza

Non vale replicare all'osservazione da ultimo fatta che il Comuni, per realizzare economia nell'acquisto, possono aderire alle centrali uniche di committenza che svolgerebbero gratuitamente il servizio di gestione delle procedure telematiche.

In disparte ogni considerazione sul fatto che l'obbligo per i comuni di dimensioni minori di ricorrere a forme - anche diversamente qualificate - di acquisto centralizzato dei servizi è stato di recente contestato innanzi alla Corte Costituzionale di cui si attende la pronunzia, in ogni caso l'adesione non è obbligatoria. La possibilità cioè di non ricorrere alle forme di centralizzazione, quale che sia il modo con cui esse sono declinate, è infatti pacifica nel caso in cui si realizzano forme di risparmio di spesa.

Proprio l'ANAC nel novembre del 2015 ha pubblicato i risultati di una indagine svolta sulle stazioni appaltanti che avevano ritenuto di non aderire alle convenzioni CONSIP, utilizzando diversi modelli per la selezione del contraente. Molteplici sono stati i casi evidenziati in cui i risparmi di spesa sono stati evidenti, tanto che la stessa ANAC ha definito tali enti "abili" e "virtuosi". In tutti i casi sottolineati le convenzioni poste in essere dalla centrale nazionale di committenza si sono rivelati senz'altro migliorabili in termini di prezzo, a parità di prestazioni. Anche qui sono note le recenti polemiche in relazione a come funzioni " il sistema CONSIP" con i grandi appalti che ne sono la conseguenza ed enormi gare che suscitano altrettanti evidenti grandi "attenzioni".

Appare dunque non condivisibile l'affermazione secondo cui nell'utilizzo delle piattaforma informatiche per le gare telematiche gli enti locali debbano usare una piattaforma informatica che è tutt'altro che gratuita e che non realizza necessariamente quella esigenza di efficienza coniugata con il minor sacrifico delle risorse pubbliche.

9. I costi generali di contratto: una soluzione al problema?

In questo quadro come potrebbero essere qualificati i costi reali e trasparenti nell'utilizzo di una piattaforma informatica che un comune, soprattutto di dimensioni ridotte, voglia far emergegere e non nascondere nelle pieghe del sistema.

Occorre tornare alla già citata sentenza n. 3042 del 2014 del Consiglio di Stato che qualifica il corrispettivo di cui si discute "come spesa contrattuale che si sostituisce alle vecchie spese inerenti ai contratti stipulati in esito a provvedimenti di aggiudicazione svolti in modo tradizionale secondo forme non tematiche ". Il tutto come ritenuto già dall'Autorità con riferimento alla scrivente con il parere già richiamato e per il quale nulla è cambiato - sotto il profilo normativo - stante la diversa natura di quanto corrisposto che nulla - ma proprio nulla - ha a che vedere con la gestione della piattaforma informatica.

Che la ricostruzione del Consiglio di Stato sia esatta, deriva dalla sua osservazione secondo cui la spesa non fa carico a tutti i concorrenti ma al solo aggiudicatario. In questo senso la situazione si presenta radicalmente diversa dalla direttiva 2004/18/CE che vietava che qualsiasi onere fosse fatto carico agli iscritti ai mercati elettronici per il solo fatto di essere iscritti negli elenchi e al di là della effettiva commessa.

L'aggiudicatario, insomma, esattamente come sopporta le spese di rogito, di registrazione, di copia, di diritti di segretaria, sopporta anche il costo relativo alla gestione della nuova procedura - non dell'utilizzo in sé della piattaforma informatica - con un concetto di spese contrattuali che non può non essere adeguato ai tempi.

Si sottolinea che la normativa sull'attribuzione

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

delle spese di contratto - che ha antiche origini nel sistema - è di per sé derogatoria del sistema generale. La spesa non è infatti imputata a chi beneficia della prestazione - come nella regola - ma da chi effettua la prestazione.

Quanto, infine, al fatto che il costo spsso non sia fissato in maniera fissa, ma che sia variabile, ancora una volta si sconta l'equivoco che lo vorrebbe connesso alla gestione della piattaforma informatica in sé considerata. Questo è sì - al limite - un costo fisso, mentre diversa è l'attività prestata che è in funzione della complessità della gara. Gare con importi maggiori richiedono necessariamente impegni maggiori e, per converso, gare di minor importo un impegno minore. Di qui un corrispettivo maggiore per le gare maggiori e minore per le minori,

Le amministrazioni dunque potrebbero ben giustificare – seppur attraverso altra via – quello che la norma (ipocritamente) vieta nella convinzione che rendere esplicito il nascosto sarebbe cosa utile per il pubblico interesse.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821