

Transaction fee e centrale di committenza: una lettura costituzionalmente orientata

di Francesco Tramontana

1. Collocazione del problema

Accogliendo una richiesta formulata da Anci, il Senato ha approvato un emendamento al disegno di legge 576 di conversione del decreto 26 aprile 2013, n. 43, prorogando al 31 dicembre 2013 l'avvio dell'obbligo per i comuni aventi popolazione inferiore a 5mila abitanti di avvalersi di una centrale unica di committenza per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture⁽¹⁾. Il lasso di tempo offerto dal legislatore permette quindi ai comuni di individuare il modulo organizzativo ad essi più consono soppesando, soprattutto, la portata di alcuni modelli apparsi sul mercato i cui contenuti presentano più di qualche singolarità. Tra queste, la previsione, presente in alcune proposte, di ribaltare sui concorrenti i costi di funzionamento della centrale unica. In tali schemi organizzativi, gli inevitabili oneri che una struttura complessa come la centrale unica presenta, non graverebbero né sui comuni associati, né

sull'organismo mandatario. A loro copertura verrebbe invece introdotto un "prezzo di accesso" al servizio il più delle volte calcolato sull'importo a base d'asta, che costituirebbe una prestazione patrimoniale imposta al concorrente per prendere parte alla procedura concorsuale. Qualcosa di assimilabile alla contribuzione prevista a carico di stazioni appaltanti e concorrenti e a favore dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁽²⁾.

Da più parti, e ancor prima che il coinvolgimento dei piccoli comuni nella vicenda desse qualche clamore alla previsione, si è dubitato della legittimità di tale previsione. E tali dubbi hanno riguardato non solo l'ipotesi in cui a introdurre l'obbligo sia stata un'autorità amministrativa, ma addirittura quella in cui esso sia stato previsto dal legislatore con una norma di rango primario.

2. Una prima vicenda emblematica

Una disposizione cardine che ha permesso l'attivazione nel nostro ordinamento della c.d. *transaction fee*⁽³⁾ è contenuta

(1) La disposizione, la decorrenza dei cui effetti è stata differita è quella contenuta nell'articolo 33, comma 3-bis, del codice dei contratti pubblici: "i comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici. In alternativa, gli stessi comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e ed il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207".

(2) La contribuzione è stata introdotta dall'articolo 1, commi 67 e 68, della legge 266 del 2005 e prevede, quale condizione di accesso alla gara per il concorrente, il pagamento di un importo variabile, commisurato sul valore della commessa messa a gara. La contribuzione è altresì imposta alle stazioni appaltanti (con lo stesso criterio commisurativo previsto per i concorrenti, ma con importi più alti) e agli organismi di attestazione Soa (in misura proporzionale ai ricavi risultanti dall'ultimo bilancio di esercizio).

(3) Letteralmente: tassa sulle transazioni. È una formula contrattuale per lo più utilizzata nei contratti di viaggio tra cliente e agenzia, che prevede il pagamento di una commissione dal primo alla seconda per ogni transazione che genera un movimento contabile.

nel comma 453 dell'articolo 1 della legge finanziaria 2007 (la 296 del 2006) il quale, dopo aver introdotto nei commi precedenti ulteriori disposizioni in merito di acquisti centralizzati, demanda a un regolamento ministeriale "l'introduzione di meccanismi di remunerazione sugli acquisti da imporre a carico dell'aggiudicatario delle convenzioni" relative a centrali di committenza statali, quali Consip s.p.a., aventi per lo più caratteristiche analoghe al primo dei due modelli disegnati dal codice dei contratti (4). Questa disposizione è stata scrutinata dal TAR Lombardia nel 2011 (5) in relazione a una vicenda che ha interessato, quale amministrazione convenuta, la Regione Lombardia insieme a Lombardia Informatica spa, centrale di committenza regionale. Quest'ultima aveva indetto una gara finalizzata alla selezione di soggetti con i quali stipulare una convenzione quadro per la fornitura biennale di farmaci in favore degli enti del servizio sanitario regionale. Il bando di gara prevedeva a carico degli aggiudicatari una commissione di transazione (appunto, la *transaction fee*) pari allo 0,1% del fatturato realizzato per tutta la durata della convenzione e dei singoli contratti di fornitura stipulati dagli enti contraenti, da corrispondere a Lombardia Informatica quale rimborso delle spese sostenute dalla Regione Lombardia per la realizzazione della Centrale Acquisti Regionale. Invocando la violazione dell'articolo 23 della Costituzione (6), i ricorrenti hanno ottenuto l'annullamento del bando *in parte qua*. Il collegio giudicante ha argomentato la decisione sottolineando come, a differenza della disposizione del comma 453 che, con riferimento agli acquisti centralizzati per le amministrazioni statali, prevede la possibilità di in-

trodurre, con fonte normativa di carattere subprimario, il prelievo a carico degli aggiudicatari, il comma 455 della stessa legge, concernente le centrali di committenza regionali, nulla dispone in proposito (7). Ciò, a parere del TAR, ha determinato l'illegittimità del decreto dirigenziale regionale con cui si era stabilito di "sperimentare modalità di autofinanziamento dei costi di funzionamento" della nuova Centrale regionale acquisti, inserendo nei bandi e nelle convenzioni da stipularsi l'impegno dei fornitori a "corrispondere, a titolo di parziale rimborso delle spese sostenute dalla Regione Lombardia per la realizzazione del progetto, una percentuale sul transato da definire in sede di bando, convenzione o accordo".

Il passaggio interessante della sentenza riguarda la circostanza che l'illegittimità dell'atto non rileva in quanto la disposizione normativa prevede la *transaction fee* per gli acquisti statali e non per quelli regionali (8), ma a causa del difetto di competenza dell'organo che ha assunto la decisione eccepita dal TAR. "L'istituzione della centrale acquisti in sede regionale - afferma il collegio - non può essere legittimamente associata al prelievo a titolo di '*transaction fee*' sul fondamento di un mero provvedimento dirigenziale e, quindi, di un atto inidoneo a determinare una diretta imputazione della decisione ad organi di governo dell'ente investiti di responsabilità politica". Se la regione avesse previsto l'imposizione con provvedimento di carattere regolamentare, la sua decisione sarebbe quindi andata esente dalle censure del TAR (9). Al di là della circostanza, estremamente rilevante, che nella sua pronuncia il collegio ha utilizzato, sia pur sen-

(4) Com'è noto, l'articolo 3, comma 34 del codice definisce centrale di committenza un'amministrazione aggiudicatrice che "acquista forniture o servizi destinate ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori" o che "aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici o altri enti aggiudicatori".

(5) TAR Lombardia, Milano, I, 18 maggio 2011, n. 1267.

(6) La disposizione prevede che "nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge".

(7) La disposizione infatti prevede unicamente che "ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa per l'acquisto di beni e servizi, le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore delle amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio".

(8) Infatti, secondo il TAR, "se l'interesse pubblico da perseguire prioritariamente è quello del contenimento della spesa, oltre alla sua razionalizzazione, al vuoto normativo derivante dal mancato, formale richiamo di 'meccanismi di remunerazione della spesa sugli acquisti da effettuare a carico dell'aggiudicatario', non può che supplire l'interprete, potendosi ipotizzare la *voluntas legis* di mantenere l'identica *ratio* normativa: ossia che identiche centrali di committenza, destinate a operare tramite la stipula di convenzioni o di accordi-quadro o di altre procedure concorsuali, trovino la stessa disciplina sul piano del recupero dei ridetti costi di progettazione e di espletamento delle gare, senza pregiudizio per il bilancio delle regioni, analogamente a quanto avviene per lo Stato".

(9) Gli articoli 41 e 42 dello statuto regionale incardinano infatti in capo al consiglio e, in casi eccezionali, alla giunta la competenza in materia regolamentare.

za dichiararlo espressamente, il principio ermeneutico dell'analogia ⁽¹⁰⁾, la vicenda pone un interrogativo scottante. Un provvedimento amministrativo a contenuto generale e astratto quale un regolamento, in quanto proveniente da un organo di estrazione politica, può imporre delle prestazioni patrimoniali non previste dalla legge?

3. Portata della riserva di legge

Nella vicenda esaminata, il TAR non si è mosso secondo un'ermeneusi costituzionalmente orientata, come invece in passato, su temi analoghi, era avvenuto da parte della giurisprudenza. Il tema delle prestazioni patrimoniali (e personali) la cui imposizione, secondo l'articolo 23 della Costituzione, può legittimamente avvenire solo mediante legge è stato affrontato non solo dai giudici amministrativi in tema di rispondenza del provvedimento impugnato anche al dettato costituzionale ⁽¹¹⁾, ma soprattutto dalla Cor-

te costituzionale ⁽¹²⁾ la quale, nello scrutinare diverse norme di rango primario aventi contenuto impositivo, ha puntualizzato a più riprese la portata della riserva di legge contenuta nell'articolo 23.

“ L'istituzione della centrale acquisti in sede regionale non può essere legittimamente associata al prelievo a titolo di *transaction fee* sul fondamento di un mero provvedimento dirigenziale e, quindi, di un atto inidoneo a determinare una diretta imputazione della decisione ad organi di governo dell'ente investiti di responsabilità politica ”

passivi e della aliquota massima dei singoli tributi ⁽¹⁵⁾, tutti elementi riservati alla legge ⁽¹⁶⁾.

Senza ripercorrere l'accezione, di carattere anche metagiuridico, con cui la disposizione costituzionale si è storicizzata nel tempo ⁽¹³⁾, giova qui ricordare come la riserva di legge in essa contenuta abbia carattere relativo. Quel che deve essere regolato mediante fonte primaria sono infatti le disposizioni di carattere sostanziale, cioè quelle che hanno a oggetto la disciplina delle prestazioni imposte, ben potendo essere disciplinati da norme di rango subprimario aspetti di carattere procedimentale o comunque non fondamentali ⁽¹⁴⁾. È il caso della potestà regolamentare degli enti locali in materia di entrate che non può riguardare l'individuazione e la definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti

(10) L'articolo 12, comma 2, delle preleggi al codice civile, com'è noto prevede che "se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe".

(11) Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 6167 del 2009 e TAR Lombardia, Brescia, sez. I, n. 4026 del 2010.

(12) Tra le sentenze risalenti nel tempo più significative, la n. 4 del 1957, la n. 70 del 1960, la n. 48 del 1961, la n. 2 del 1962, la n. 72 del 1969, tra le più recenti la 190 del 2007.

(13) Nel nostro Paese tale disposizione venne introdotta dallo Statuto Albertino che all'articolo 30 prevedeva che "nessun tributo può essere imposto o riscosso se non è stato consentito dalle camere e sanzionato dal Re".

(14) Il che comporta (A. GUIDARA, *Riserva di legge e indisponibilità del tributo*, in *I quaderni europei*, settembre 2012, n. 44) che "una qualche discrezionalità residua ai regolamenti (ad. es. la determinazione dell'aliquota, laddove la legge fissa soltanto limiti massimi e minimi, ovvero l'istituzione di esenzioni, riduzioni e detrazioni dal tributo). Diversamente accade per gli atti amministrativi, i quali non possono che avere un contenuto vincolato, sia che riguardino gli 'elementi essenziali' della disciplina coperta dalla riserva di legge, che devono comunque essere disciplinati dalla legge, sia che riguardino gli altri elementi, che per l'appunto possono essere disciplinati da fonti *sub*-primarie. Più esattamente gli atti amministrativi di regola applicano leggi e regolamenti tributari ai casi concreti, ma possono anche qualificare fattispecie ovvero contenere apprezzamenti e stime. Essi, cioè, possono completare, specificandola, la disciplina normativa senza però poter ponderare e comporre gli interessi (pubblici e privati) coinvolti. Il che vale per gli atti amministrativi generali (destinati ad una pluralità di destinatari indeterminati ed indeterminabili a priori), ma vale anche e a maggior ragione per gli atti amministrativi individuali".

(15) Così infatti dispone l'articolo 52, comma 1, della legge 446 del 1997, che al comma 5 dello stesso articolo individua le linee guida cui i regolamenti devono essere informati.

(16) Con una composizione degli interessi in gioco che, in forza dell'articolo 117 della Costituzione, riserva allo Stato la potestà esclusiva in materia di "perequazione delle risorse finanziarie" e ripartisce in maniera concorrente tra Stato e regione quella relativa a "armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario".

Come è stato rilevato, ciò comporta ⁽¹⁷⁾ che “una qualche discrezionalità residua ai regolamenti (ad. es. la determinazione dell’aliquota, laddove la legge fissi soltanto limiti massimi e minimi, ovvero l’istituzione di esenzioni, riduzioni e detrazioni dal tributo). Diversamente accade per gli atti amministrativi, i quali non possono che avere un contenuto vincolato, sia che riguardino gli “elementi essenziali” della disciplina coperta dalla riserva di legge, che devono comunque essere disciplinati dalla legge, sia che riguardino gli altri elementi, che per l’appunto possono essere disciplinati da fonti sub-primarie. Più esattamente gli atti amministrativi di regola applicano leggi e regolamenti tributari ai casi concreti, ma possono anche qualificare fattispecie ovvero contenere apprezzamenti e stime. Essi, cioè, possono completare, specificandola, la disciplina normativa senza però poter ponderare e comporre gli interessi (pubblici e privati) coinvolti. Il che vale per gli atti amministrativi generali (destinati ad una pluralità di destinatari indeterminati ed indeterminabili a priori), ma vale anche e a maggior ragione per gli atti amministrativi individuali”.

Ancorché relativa, la riserva di legge è pertanto in grado di condizionare la discrezionalità amministrativa, seppur con qualche temperamento in più rispetto alla riserva di legge assoluta. Secondo la sentenza del TAR esaminata il condizionamento inciderebbe soltanto sull’attività degli organi amministrativi di natura burocratica e non su quella degli organi di estrazione politica. Secondo la Corte costituzionale, invece, su entrambi.

“ La Corte ha ritenuto che la riserva sia ossequiata quando i parametri che guidano il compito di determinare l’entità del contributo imposto “siano desumibili dalla destinazione della prestazione, ovvero dalla composizione e dal funzionamento degli organi competenti a determinarne la misura” nonché “dal sistema procedimento che prevede la collaborazione di più organi”

4. Inquadramento costituzionale

Nel tempo, la Corte ha affinato la portata della riserva contenuta nell’articolo 23. La nozione di prestazione imposta è sempre stata interpretata in senso ampio, ricomprendendovi non solo prelievi tributari, ma anche tutte le prestazioni rese da parte di soggetti privati a fronte di un’attività svolta dal soggetto pubblico in forma autoritativa e non paritetica ⁽¹⁸⁾. Questo archetipo si è poi via via affinato ⁽¹⁹⁾, permettendo l’enucleazione di una serie di parametri alla presenza dei quali può dirsi che la riserva di legge sia rispettata. Ciò avviene, secondo la Corte, quando “siano preventivamente indicati, e in modo sufficiente, i criteri direttivi di base o le linee generali da seguire per delimitare la discrezionalità nella produzione di fonti secondarie della disciplina” ⁽²⁰⁾. In questo senso, la legge può astenersi dallo specificare le polarizzazioni quantitative minima e massima della prestazione esigibile, purché essa attribuisca all’organo preposto detta potestà impositiva e limiti l’esercizio di quest’ultima fissando delle regole

che tuttavia ben possono essere specificate o integrate da parte della fonte secondaria o dell’autorità amministrativa. In maniera ancora più esplicita, la Corte ha ritenuto che la riserva sia ossequiata quando i parametri che guidano il compito di determinare l’entità del contributo imposto “siano desumibili dalla destinazione della prestazione, ovvero dalla composizione e dal funzionamento degli organi competenti a determinarne la

(17) A. GUIDARA, *Riserva di legge e indisponibilità del tributo*, cit.

(18) Corte cost., 4/1957, 48/1961.

(19) Corte cost., 36/1959, 55/1963, 67/1973, 72 e 79/1969, 90 e 236/1994, 215/1998, 435/2001.

(20) Corte cost., 129/1969.

misura" nonché "dal sistema procedimento che prevede la collaborazione di più organi" (21).

Per converso, la Corte ha evidenziato come appaia poco probabile ritenere che il vincolo costituzionale sia rispettato nei casi di "prestazioni patrimoniali imposte in cui il legislatore deferisce interamente il compito di restringere la potestà di decidere sulla consistenza dell'obbligo pecuniario alla sola tipizzazione di passaggi procedurali, che scandiscono l'attività di definizione dell'onere preteso, introdotti o nella formazione della volontà del soggetto impositore, o nel momento della sua successiva verifica" (22).

Alla stregua di questi parametri, con la sentenza 190 del 2007, la Corte ha ritenuto illegittima la disposizione contenuta nella legge finanziaria 2003 (la 289 del 2002, articolo 52, comma 23) "nella parte in cui prevede che la misura del contributo obbligatorio di tutti i sanitari iscritti agli ordini professionali italiani è stabilita dal consiglio di amministrazione della Fondazione Opera Nazionale Assistenza Orfani Sanitari Italiani (ONASOSI), con regolamenti soggetti ad approvazione dei ministeri vigilanti".

La motivazione della decisione è cristallina: "non v'è dubbio che ai contributi in esame, siccome determinati con atto unilaterale, alla cui adozione non concorre la volontà del privato, sia da attribuire la natura di prestazioni patrimoniali obbligatoriamente imposte, come tali soggette alla garanzia dettata dall'articolo 23 Cost. Tale parametro, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, configura una riserva di legge di carattere "relativo", nel senso che essa deve ritenersi rispettata anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione (sentenza n. 67 del 1973 e n. 507 del 1988) purché la concreta entità della prestazione imposta sia chiaramente desumibile dagli interventi legislativi che riguardano l'attività dell'amministrazione (sentenze n. 507 del 1988, n. 182 del 1994, n. 180 del 1996, n. 105 del 2003). Così individuata la portata della riserva di legge posta dall'art. 23 Cost., ap-

pare evidente che la disciplina legislativa sugli obblighi contributivi posti dalla norma denunciata, esaminata nel contesto dei dati normativi citati, non risponde ai requisiti indicati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale. In particolare, venuto meno ogni collegamento con le fonti legislative succedutesi sino al 1949, la norma censurata, pur contenendo l'identificazione dei soggetti tenuti alla prestazione, nonché del modello procedimentale cui la Fondazione deve uniformare la propria attività, si limita a confermare l'obbligatorietà dei contributi previdenziali, che continuano ad esser posti a carico dei medesimi soggetti professionali anche dopo la privatizzazione dell'ente impositore, senza offrire alcun elemento, neanche indiretto, idoneo ad individuare criteri adeguati alla concreta quantificazione e distribuzione degli oneri imposti ai soggetti sopra menzionati".

5. Un tentativo di trasposizione (e di riconduzione a sistema)

Proviamo a trasporre la linea seguita dalla Consulta al caso della *transaction fee*. Sono configurabili due ipotesi: (i) che la tassa sulle transazioni sia imposta dalla legge o che essa (ii) sia prevista da un atto amministrativo. Seguendo la lettura del TAR Lombardia, questo secondo caso, a sua volta, si dipana in due tronconi: che il provvedimento amministrativo sia di derivazione politica o dirigenziale.

De iure condito, figure di imposizione patrimoniale sulla partecipazione alle gare si hanno nella legge istitutiva del contributo all'Avcp, in quella che prevede la possibilità di introdurre un prelievo forzoso a carico degli aggiudicatari di procedure gestite da centrali di committenza statali, cui si aggiunge, per analogia compositiva più che per natura giuridica, la disposizione che dallo scorso gennaio impone agli aggiudicatari di rimborsare alla stazione appaltante le spese di pubblicazione del bando sui giornali (23). Quanto

(21) È quanto affermato dalla Corte nelle sentenze 507/1988, 90/1994, 182/1994, 236/1994 e 180/1996, come ricordato da P. TORRETTA, *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte: un tentativo di frenare la 'relativizzazione' della garanzia ex art. 23 Cost.? note a margine di Corte cost. 190/2007*, in *Rivista Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, ottobre 2007.

(22) Sono ancora parole di P. TORRETTA, *Riserva di legge e prestazioni patrimoniali imposte*, cit.

(23) Si tratta dell'articolo 34, comma 35 del d.l. 179, convertito nella legge 221, entrambi del 2012.

ciascuna di queste norme rispetta i paletti fissati dalla Corte? Se anche in ciascuna delle fonti primarie da cui la prestazione promana dovesse mancare “una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l’ambito di discrezionalità dell’amministrazione”, sarebbe ugualmente possibile affermare che “la concreta entità della prestazione imposta [è] chiaramente desumibile dagli interventi legislativi che riguardano l’attività dell’amministrazione”? In altre parole, la fissazione dell’importo da versare all’amministrazione precedente è desumibile dalla portata della legge istitutiva della prestazione o, viceversa, demandata al più o meno libero esercizio della discrezionalità dell’autorità amministrativa?

Scorrendo i testi delle disposizioni in esame, è lecito dubitare della piena aderenza delle disposizioni in esame al dettato costituzionale. Al contrario, l’ambito di operatività dell’articolo 23 nella lettura della Corte

induce a credere che, per quanto di carattere relativo, la riserva di legge in essa contenuta non permetta di dar credito a ipotesi in cui a fissare la prestazione

(con riferimento all’*an*, al *quantum* e al *quomodo*) sia una fonte di rango *sub* legislativo. Poco o nulla rilevando che essa promani da organi di estrazione politica (andando così, per lo più, a rivestire i caratteri della generalità e dell’astrattezza) o dalla dirigenza (assumendo i connotati di provvedimento puntuale).

Con in più una chiosa, riguardo alla centrale di committenza. La *transaction fee*, in quanto incidente sulle modalità di accesso al mercato degli operatori economici è del tutto compatibile con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione contenuti nella direttiva CE e fatti propri dall’articolo 2 del codice?

Scriminazione contenuti nella direttiva CE e fatti propri dall’articolo 2 del codice?

Sono questioni di cui sarà bene tenere conto in vista della scadenza di dicembre.

“ La *transaction fee*, in quanto incidente sulle modalità di accesso al mercato degli operatori economici è del tutto compatibile con i principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione contenuti nella direttiva CE e fatti propri dall’articolo 2 del codice? ”