

Indicazioni ANAC alle stazioni appaltanti sull'affidamento dei contratti a titolo gratuito

Scritto da Interdata Cuzzola | 24/06/2024

Con un comunicato del Presidente del 5 giugno 2024, in un'ottica di collaborazione e supporto alle stazioni appaltanti ed al fine di suggerire raccomandazioni, indirizzi e buone prassi, ai sensi dell'art. 222 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), ANAC ha fornito indicazioni utili circa la disciplina applicabile agli affidamenti dei contratti a titolo gratuito.

Come noto, l'art. 13, comma 2, del Codice esclude espressamente dall'ambito di applicazione, fra le altre ipotesi, anche i *"contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno, anche indiretto"*; il comma 5 della medesima disposizione impone, poi, che tali contratti siano, comunque, affidati in applicazione dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, rispettivamente declinati dagli artt. 1, 2 e 3 del Codice.

Come è noto, la definizione di tali contratti, mutuata dalla disciplina civilistica e dalla prassi giurisprudenziale, è contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. g) dell'Allegato I.1 al Codice, secondo cui sono contratti a titolo gratuito quelli per i quali *"l'obbligo di prestazione o i sacrifici economici direttamente previsti nel contratto gravano solo su una o alcune delle parti contraenti"*.

Le disposizioni oggi vigenti materia di contratti a titolo gratuito rappresentano il frutto dell'*intentio legis* di semplificare gli affidamenti, razionalizzare le risorse e liberalizzare le procedure. Tuttavia, la previsione di esclusione dall'ambito di applicazione codicistico degli affidamenti dei contratti a titolo gratuito non può dirsi incondizionata, dovendo trovare, comunque, applicazione i principi generali, anche di matrice europea, che regolano l'operato delle stazioni appaltanti nel settore dell'evidenza pubblica e dell'utilizzo di risorse pubbliche.

Non può, infatti, prescindere dai principi di legalità, trasparenza, e concorrenza, desumibili dagli artt. 1, 2 e 3 del Codice, espressamente richiamati dal comma 5 dell'art. 13, nonché dall'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo (Legge n. 241/1990). I richiamati capisaldi normativi non consentono quindi di tralasciare, per qualunque affidamento, l'accertamento, in capo alla stazione appaltante, della sussistenza dei requisiti a contrattare in capo all'affidatario, della par condicio degli offerenti,

dell'adeguatezza della prestazione resa e dell'insussistenza di potenziali conflitti di interesse con l'operatore economico.

Dall'adozione della c.d. "legge anticorruzione" (Legge n. 190/2012), infatti, l'intero impianto normativo ha declinato in senso ampio il principio di legalità, per cui è da escludersi che la stazione appaltante possa in alcun modo contrattare con l'operatore economico per il quale siano stati

accertati i fatti causa di esclusione di cui all'art. 94 del Codice (cause di esclusione "automatiche"), Pertanto, l'esigenza di coerenza del sistema normativo di riferimento, unitamente alla necessità di salvaguardare l'immagine della pubblica amministrazione e la fiducia che il cittadino ripone nelle istituzioni, esige un divieto assoluto di contrattare con taluni operatori economici, anche nel caso di affidamento di contratti a titolo gratuito.

Considerazioni analoghe valgono in relazione alle cause di esclusione non automatiche, di cui all'art. 95 del Codice, per le quali deve ritenersi estesa ai contratti a titolo gratuito la disciplina ordinaria, per cui l'accertamento del motivo di esclusione è riservato alla concreta valutazione, caso per caso, della stazione appaltante sull'affidabilità dell'operatore economico.

Del pari, nel richiamare i medesimi principi di fiducia nelle istituzioni, legalità e tutela dell'affidamento, la valutazione sugli affidamenti gratuiti di cui all'art. 13 del Codice andrebbe effettuata caso per caso, laddove disposta in favore di soggetti portatori di potenziali conflitti di interesse. Più in dettaglio, i principi ordinanti del codice richiedono la necessaria applicazione, anche ai contratti a titolo gratuito, della specifica disciplina di cui all'art. 95, comma 1, lettera b), che preclude l'affidamento, nei termini sopra evidenziati, ad operatori economici la cui partecipazione alla gara generi situazioni di conflitti di interesse non diversamente risolvibili.

Inoltre, anche con riferimento alla disciplina concernente l'esecuzione di contratti pubblici, ai sensi delle nuove disposizioni codicistiche, le medesime esigenze di raccordo di sistema impongono alla stazione appaltante di tenere in debita considerazione la competenza, l'affidabilità e l'adeguatezza dell'operatore economico in relazione alla prestazione da eseguire, in favore dell'amministrazione, a titolo gratuito. Occorre, pertanto, esplicitare le ragioni dell'affidamento negli atti propedeutici allo stesso (quali ad esempio le decisioni di contrarre), verificando ex ante la complessiva validità della prestazione offerta, anche se a titolo gratuito, nonché l'assenza di conflitti di interesse, anche al fine di evidenziare in termini generali l'interesse pubblico sotteso alla prestazione resa e l'effettivo vantaggio conseguito dalla stazione appaltante per effetto della stessa.

Infine, ancorché trattasi di contratti esclusi, occorre precisare altresì che anche per i contratti gratuiti devono essere garantite appropriate forme di trasparenza al fine di rendere conoscibile, quantomeno ex post, l'operato e le attività realizzate dalle amministrazioni aggiudicatrici negli specifici ambiti a cui i contratti gratuiti si riferiscono (cfr. Comunicato del Presidente del 24 maggio 2024).

In questa prospettiva, la stazione appaltante deve garantire la trasparenza mediante la pubblicazione in "Amministrazione trasparente" sottosezione "Bandi di gara e contratti", assicurando la pubblicazione, quantomeno, della struttura proponente, dell'oggetto dell'accordo/affidamento, con indicazione dell'affidatario/assegnatario, nonché gli estremi della decisione di dare avvio alla procedura (o dell'atto di analogo tenore).

Alla luce di quanto sopra, l'Autorità raccomanda alle stazioni appaltanti di valutare, nell'affidamento di contratti a titolo gratuito di cui all'art. 13, comma 2, del Codice, la preventiva sussistenza di tutte le condizioni di legittimità ed opportunità dell'affidamento sopra descritte e di esplicitare le stesse nei

documenti propedeutici all'affidamento, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza, fiducia e accesso al mercato, nonché dell'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi.