

.....OMISSIS.....

Oggetto.....OMISSIS..... - pubblicazione di articoli su riviste scientifiche in regime di *open access* – d.lgs.

36/2023 - applicabilità - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0071-2025-FC

FUNZ CONS 29-2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 20 marzo 2025, acquisita al prot. Aut. n. 43615, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 luglio 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione richiedente comunica all'Autorità che nell'espletamento delle proprie attività istituzionali, con particolare riferimento all'attività di ricerca, assume significativa rilevanza la diffusione dei risultati scientifici conseguiti, mediante la pubblicazione di articoli sulle più prestigiose riviste scientifiche internazionali. Evidenzia al riguardo che il pagamento da parte dell'Università delle cosiddette APC (*Article Processing Charge*) a favore degli editori delle varie riviste scientifiche, al fine di garantire la pubblicazione di un articolo in regime di "*open access*" (ossia liberamente fruibile sul portale *online* della rivista), è sempre stato ricondotto nell'ambito di applicazione oggettivo del d.lgs. 36/2023. A parere del richiedente, tuttavia, l'applicazione del Codice in tale contesto determinerebbe alcune difficoltà, con particolare riguardo all'applicazione delle disposizioni in materia di digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici (alla luce della resistenza degli editori esteri a registrarsi in una PAD), di tracciabilità dei flussi finanziari (viste le difficoltà nell'ottenere il rispetto della clausola da parte degli operatori esteri, come osservato anche nella Determinazione n. 4/2011) e, più in generale, con riguardo agli oneri imposti agli operatori economici ai fini della partecipazione alle procedure di evidenza pubbliche, ivi compresa la dichiarazione sostitutiva di cui all'art. 52 del d.lgs. 36/2023.

L'Amministrazione sottolinea al riguardo che la scelta della rivista sulla quale pubblicare l'articolo, deriva dalla discrezionalità esercitata dall'autore dello stesso, sulla base di valutazioni squisitamente scientifiche; in tale contesto, va quindi esclusa qualunque valutazione comparativa e/o di rotazione in ragione dell'intrinseca infungibilità della singola rivista scelta dall'autore. Osserva, altresì, che nel momento in cui una rivista accetta il contributo proposto dall'autore in seguito ad una revisione dell'articolo, viene automaticamente emessa una fattura intestata all'organizzazione di appartenenza (l'Università) per il pagamento della tariffa prevista per il regime di *open access*, scientificamente molto più impattante rispetto al regime "*closed*" che, pur non presentando costi per la stazione appaltante, garantisce una fruibilità del contributo scientifico ampiamente più bassa.

Tenuto conto delle circostanze sopra indicate e della natura della prestazione oggetto del pagamento (regime *open access* dell'articolo scientifico) sussisterebbero dei dubbi in ordine all'effettiva configurabilità, nella fattispecie, dell'affidamento di un servizio pubblico soggetto alle norme del Codice.

A tal riguardo l'istante richiama, per analogia, l'acquisto del titolo di partecipazione ad un congresso/seminario per un dipendente della stazione appaltante, per il quale l'Autorità avrebbe escluso la qualificabilità come appalto di servizi di formazione nonché l'applicabilità della disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari. La stessa chiave argomentativa potrebbe essere utilizzata anche con riguardo alla fattispecie del pagamento delle commissioni richieste per pubblicare un articolo in regime di *open access* su una specifica rivista scientifica. Infatti, in tal caso la stazione appaltante può solo decidere di sostenere i costi di "accesso" ad un determinato regime di pubblicazione di un articolo senza poter trattare il corrispettivo della prestazione o le modalità di esecuzione della stessa, posto che l'accettazione del contributo scientifico da parte dell'editore e la possibilità di pubblicarlo in regime di *open access* si basa, di fatto, su valutazioni squisitamente scientifiche da parte del gruppo editoriale della rivista.

Alla luce di tali considerazioni, quindi, l'Università chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. 36/2023, al servizio di pubblicazione di articoli scientifici in regime di open access e di pagamento delle relative commissioni in favore delle case editrici.

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, sembra opportuno osservare in via preliminare che il servizio di pubblicazione di articoli scientifici sopra indicato, non è riconducibile nell'ambito degli appalti nel settore della ricerca e dello sviluppo, in relazione ai quali il d.lgs. 36/2023 ha dettato un particolare regime all'art. 135 (si rinvia sull'argomento al parere Funz Cons 44/2024), né tale tipologia di servizio risulta annoverato tra i contratti pubblici che l'art. 56 del Codice esclude espressamente dall'ambito oggettivo di applicazione dello stesso.

Invero, il servizio di pubblicazione di articoli scientifici in regime di open access con pagamento delle relative commissioni in favore delle case editrici – pubblicazione richiesta per la diffusione dei risultati scientifici conseguiti dalle Università nell'ambito delle funzioni istituzionalmente svolte dalle medesime, come indicato nell'istanza di parere - è annoverabile nella generale categoria degli appalti di servizi, per i quali il Codice non contempla esenzioni o regimi speciali e che, quindi, devono ritenersi sottoposti alla ordinaria disciplina dettata dallo stesso d.lgs. 36/2023.

A tal riguardo, la peculiarità della fattispecie oggetto di parere impone, tuttavia, di differenziare i casi in cui il costo della pubblicazione sia posto direttamente a carico del ricercatore, nel qual caso il Codice appalti non trova applicazione (non sussistendo in tale evenienza gli elementi tipici del contratto d'appalto, secondo la definizione contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. b), All. I.1 del d.lgs. 36/2023), dai casi in cui l'onere della pubblicazione sia posto a carico dell'Università (configurando un appalto di servizi).

In quest'ultimo caso, ferma la disciplina per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie (art. 50 del d.lgs. 36/2023) contemplante procedure semplificate di affidamento, nell'ipotesi in cui la pubblicazione si appalesi infungibile in ragione della disponibilità di un'unica rivista interessata, o in ragione del prestigio derivante dalla pubblicazione su una specifica rivista scientifica, possono trovare applicazione le disposizioni di cui all'art. 76, comma 2, lett. b), n. 2 del Codice, secondo cui è possibile ricorrere a una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico poiché la concorrenza è assente per motivi tecnici. La valutazione in ordine alla sussistenza dei presupposti legittimanti l'applicazione della norma richiamata, è comunque rimessa alla competenza e alla responsabilità della stazione appaltante.

In ogni caso, la stessa stazione appaltante è tenuta ad applicare le disposizioni in materia di digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti che, come stabilito dallo stesso d.lgs. 36/2023 (artt. 19 e segg.), si applicano a tutti i contratti sottoposti alla disciplina del Codice, ossia contratti di appalto o concessione, di qualunque importo, nei settori ordinari e nei settori speciali. Per tali contratti l'art. 25, comma 2, stabilisce che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26». La digitalizzazione dell'intero ciclo di vita di un contratto pubblico comporta quindi che le fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione,

affidamento ed esecuzione vengano gestite mediante piattaforme di approvvigionamento digitale certificate (Delibera n. 582/2023).

In particolare, per le pubblicazioni su riviste estere, si rinvia al Comunicato del Presidente del 30 luglio 2025, nel quale si chiarisce che, nelle more della necessaria implementazione da parte delle piattaforme digitali di approvvigionamento, l'Autorità ha predisposto uno specifico modello di comunicazione (scheda "ABI"), disponibile mediante l'interfaccia web della Piattaforma dei Contratti Pubblici (PCP) gestita da ANAC e relativo all'acquisizione - per importi sotto soglia europea - di beni e servizi infungibili ai sensi dell'articolo 76 comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 36/2023 nei confronti di operatori economici esteri.

I contratti pubblici in esame sono, altresì, sottoposti alle norme in tema di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla l. 136/2010, secondo le indicazioni contenute nella determinazione dell'Autorità n. 4/2011 (aggiornata con delibera n. 585/2023), posto che – secondo le previsioni normative dell'art. 3 della citata legge - «la normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applica agli appaltatori, ai subappaltatori e ai subcontraenti della filiera delle imprese nonché ai concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici. Detta normativa si applica, quindi, in ogni caso in cui vengano erogate risorse pubbliche per l'esecuzione di contratti pubblici, a prescindere dallo svolgimento di una procedura di gara. In linea generale, in considerazione del fatto che la normativa in esame ha finalità antimafia e che la normativa antimafia trova applicazione generalizzata ai contratti pubblici, sono senz'altro tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti sottoposti all'applicazione del Codice, individuati all'articolo 1, lettere da a) a i) dell'allegato I.1 al Codice» (determinazione n. 4/2011 cit.).

Si aggiunga al riguardo, in relazione a quanto osservato nella nota di richiesta parere sul tema della tracciabilità, che l'Autorità in tale documento non ha escluso l'applicazione della l. 136/2010 ai contratti pubblici sottoscritti con operatori economici non stabiliti in Italia, ma ha osservato che «Una questione particolarmente delicata concerne l'applicazione della tracciabilità ai contratti sottoscritti tra pubbliche amministrazioni italiane ed operatori economici non stabiliti all'interno dei confini nazionali. Al riguardo, si ritiene che, attesa la ratio dell'art. 3 della legge n. 136/2010 e la sanzione di nullità connessa al suo mancato rispetto, gli obblighi di tracciabilità hanno natura imperativa e che le relative disposizioni sono norme di applicazione necessaria, anche alla luce delle ordinarie regole di diritto internazionale privato. Peraltro, sul piano sanzionatorio, in assenza di specifici accordi con gli Stati esteri di provenienza del soggetto esecutore, il principio di territorialità sembra escludere la possibilità che l'operatore economico straniero non stabilito in Italia possa, di fatto, essere assoggettato alle sanzioni stabilite dall'art. 6 della legge n. 136/2010. Eventuali inadempimenti potranno, in sostanza, valere solo sul piano contrattuale, ad esempio inserendo apposite previsioni nei protocolli di legalità o patti di integrità. Occorre anche considerare che, per tali contratti, l'eventuale filiera rilevante può realizzarsi in territorio non italiano. Ad esempio, nel caso di acquisto, da parte di stazioni appaltanti, di forniture o servizi infungibili, da un operatore economico non stabilito sul territorio nazionale, si può verificare, nella pratica, che il solo operatore economico in grado di eseguire la prestazione opponga un rifiuto all'accettazione integrale delle clausole di tracciabilità (in ipotesi adducendo una normativa interna incompatibile), soprattutto per quanto concerne gli obblighi a valle. In tali casi, ferma restando l'acquisizione del CIG, sarà onere dell'amministrazione conservare idonea documentazione che comprovi che la stessa si è diligentemente attivata richiedendo l'applicazione della tracciabilità. A titolo esemplificativo, può citarsi il caso dei servizi consistenti nella predisposizione e concessione di utenze per la consultazione, tramite rete, della versione elettronica di riviste scientifiche. Qualora, in ipotesi, l'editore straniero rifiuti di inserire nei contratti a valle la clausola di tracciabilità, la stazione appaltante procederà comunque all'acquisto del bene o del servizio, motivando in ordine all'unicità del prestatore ed in ordine alla stretta necessità di acquisire quella determinata prestazione (si pensi al caso di una università dinanzi all'acquisto "necessitato" di prestigiose riviste straniere). Diversamente, non sono soggetti a tracciabilità i contratti stipulati da un operatore economico italiano con una stazione appaltante estera».

Resta ferma, quindi, nel caso in esame, la sottoposizione dei contratti pubblici aventi ad oggetto la pubblicazione ad accesso aperto (Open Access) su riviste specializzate di articoli scientifici, anche alla disciplina in tema di tracciabilità di cui alla l.n. 136/2010.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rimette pertanto, a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente