

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/03/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37985-contratti-attivi-e-contratti-passivi-della-pa-disciplina-applicabile>

Autore: Chiara Maria Liguori

## **Contratti attivi e contratti passivi della PA: disciplina applicabile.**

**Alla ricerca di alcuni punti fermi nella disciplina sui contratti (attivi e passivi) conclusi dalla pubblica amministrazione.**

## **Contratti attivi e contratti passivi della PA: disciplina applicabile.**

Alla ricerca di alcuni punti fermi nella disciplina sui contratti (attivi e passivi) conclusi dalla pubblica amministrazione.

di Chiara Maria Liguori

---

Con la stipula di un contratto si dispone di un interesse patrimoniale, con la concessione si dispone di un interesse pubblico generale. La concessione di un bene pubblico (in appropriazione privata) avviene mediante lo svolgimento di procedure concorsuali. Si utilizzano procedure comparative, ad esempio, per il distributore di benzina, il verde pubblico, etc. Nei contratti di natura privata, l'interesse pubblico è del tutto indifferente. La PA deve limitarsi a considerare l'offerta economica ed il soggetto offerente.

La disciplina propriamente applicabile ai contratti attivi conclusi dalla Pubblica Amministrazione, di epoca ormai remota, deve fare i conti con l'evoluzione legislativa parallela che ha interessato i contratti passivi. La forte attenzione che l'Unione Europea ripone in materia di appalti pubblici e le innovazioni che di recente si sono avvicendate non trova, al contrario, un risvolto in merito ai contratti attivi. Il presente contributo si pone lo scopo di procedere all'individuazione della disciplina in vigore in materia di contratti attivi ed, altresì, affronta l'ipotesi di una possibile applicazione analogica della disciplina in materia di contratti passivi. In ultimo, un approfondimento su alcuni tipi contrattuali per mezzo dei quali la PA dispone, con diverse modalità, di beni pubblici, il cui rilievo scaturisce dal valore economico che tali disposizioni assumono.

---

### **I contratti attivi della PA, definizione e disciplina.**

Non vi è riferimento migliore dell'art. 3, comma 1, del Regio Decreto n. 2440/1923 per individuare la definizione di contratti attivi conclusi dalla PA.

L'art. 3 recita:

*“I contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, salvo che per particolari ragioni, delle quali dovrà farsi menzione nel decreto di approvazione del contratto, e limitatamente ai casi da determinare con il regolamento, l'amministrazione non intenda far ricorso alla licitazione ovvero nei casi di necessità alla trattativa privata.*

*I contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione.*

*Sono escluse dal fare offerte per tutti i contratti le persone o ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede. L'esclusione è dichiarata con atto insindacabile della competente amministrazione centrale, la quale ne dà comunicazione alle altre amministrazioni”.*

La definizione di contratti attivi si rinviene al comma 1, che fa riferimento a quei contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato.

La disposizione va oltre, non limitandosi a dare una definizione ma individuando altresì le modalità di affidamento ed aggiudicazione di tali contratti, funzionali alla tutela della concorrenza (i.e. pubblici incanti). Cosa si intende per pubblici incanti, considerata l'evoluzione normativa che ha interessato la materia (in realtà soprattutto appalti/contratti passivi) e le spinte concorrenziali dell'Unione Europea?

Una risposta certa e definitiva a questa domanda sembra quasi non esistere, se si lascia il dettato normativo e si seguono le diverse letture e applicazioni (estensive) che dello stesso sono date dai cultori della materia.

In proposito rileva la lettura data dalla Corte dei Conti alla disposizione di cui all'art. 3, sopra richiamato, in riferimento alla stipulazione di contratti attivi da parte della PA. Secondo la giurisprudenza contabile devono trovare applicazione le procedure a evidenza pubblica anche per la conclusione dei contratti da cui derivi un'entrata per lo Stato.

Ed, infatti, la Corte dei Conti ha, in diverse pronunce<sup>1</sup>, chiarito che l'art. 3 della legge di contabilità generale dello Stato impone, quale regola generale, la pubblica gara. Sulla base del suddetto principio, il procedimento di concessione di un terreno demaniale oppure la concessione di alloggi appartenenti al demanio o al patrimonio dello Stato in locazione (prioritariamente ai dipendenti dell'amministrazione finanziaria) deve avvenire mediante l'espletamento di una gara pubblica, secondo, quindi, trasparenti procedure concorsuali. Ciò in quanto la concessione di beni di proprietà dello Stato deve essere sorretta dal rigoroso rispetto dei principi di imparzialità, di economicità, di convenienza e di trasparenza, garantiti soltanto da adeguate forme di pubblicità e da procedure concorsuali ai sensi dell'art. 3, comma 1, R.D. n. 2440/1923, al fine di realizzare gli interessi dell'erario e dei privati.

### **I contratti attivi della PA e la tutela della concorrenza a livello europeo.**

Lo svolgimento di procedure concorsuali per l'attribuzione di un bene pubblico, oltre a garantire i menzionati principi, persegue finalità di tutela della concorrenza che, quale effetto a cui più tiene l'Unione Europea, salva l'attribuzione del bene pubblico che, in caso di concessione diretta, potrebbe incorrere nella qualifica di aiuto di stato, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Sul punto svolge funzione chiarificatrice la sentenza del Tribunale di primo grado dell'UE che si è trovato a dover statuire in merito all'annullamento della decisione della Commissione 2008/719/CE del 30 aprile 2008, relativa all'aiuto di Stato C 56/06 al quale l'Austria ha dato esecuzione per la privatizzazione della *Bank Burgenland*<sup>2</sup>. L'organo giudiziario europeo, al fine di giungere all'adozione della decisione intrapresa, che respinge i ricorsi promossi, ha statuito chiaramente che: *“la vendita di un bene da parte di un ente pubblico ad una persona privata non costituisce aiuto di Stato se il prezzo di cessione equivale al valore di mercato in quanto corrisponde a ciò che avrebbe potuto essere ottenuto dall'acquirente in condizioni normali di contrattazione. In questa prospettiva occorre che la Commissione applichi il criterio dell'investitore privato in economia di mercato al fine di verificare se il prezzo pagato dal presunto beneficiario dell'aiuto corrisponde al prezzo che un operatore privato, operante in condizioni normali di concorrenza, avrebbe potuto fissare. L'applicazione concreta di detto criterio implica in linea di principio una valutazione economica complessa.”*. Sulla base del suddetto criterio, il Tribunale ha quindi adottato la decisione che dichiara l'aiuto incompatibile con il mercato comune, ordinandone il recupero.

Con la richiamata decisione il Tribunale di primo grado ha così indicato un criterio chiaro, semplice ed oggettivo, utilizzabile direttamente dalla Commissione EU ma che potrebbe essere facilmente impiegato – indirettamente - da tutte le PA al momento dell'attribuzione di un bene pubblico, al fine di non incorrere in comportamenti (e/o provvedimenti) non compatibili con la disciplina comunitaria.

### **Estendere l'applicazione della disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 163/2006 ai contratti attivi è una forzatura?**

Una delle questioni che ha interessato (ed interessa) maggiormente le procedure pubbliche, al fine della definizione di un contratto da cui derivano entrate per lo Stato, attiene l'applicazione analogica della disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 163/2006 (cd. Codice degli Appalti Pubblici) ai contratti attivi.

Occorre da subito precisare, al fine di sventare qualsiasi dubbio, che l'applicazione analogica del Codice

<sup>1</sup> Si vedano le seguenti sentenze: Corte dei Conti, sez. contr., n. 32 del 24 maggio 1999; Corte dei Conti, sez. contr., n. 32 del 23 aprile 1998; Corte dei Conti, sez. contr., n. 154 del 19 dicembre 1997; Corte dei Conti, sez. contr., n. 110 del 17 luglio 1997; Corte dei Conti, sez. contr., n. 1605 del 5 dicembre 1985.

<sup>2</sup> Si veda: Tribunale I grado UE sez. VI, sentenza n. 268 del 28 febbraio 2012. La sentenza è stata oggetto di impugnazione presso la Corte di Giustizia che ha respinto l'impugnazione e condannato le ricorrenti alle spese (Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 24 ottobre 2013 – Land Burgenland, Grazer Wechselseitige Versicherung AG, Repubblica d'Austria / Commissione Europea, Repubblica di Austria - Cause riunite C-214/12 P, C-215/13 P e C-223/12 P -).

degli Appalti Pubblici ai contratti attivi non è ammissibile. Ciò perché la disciplina contenuta nel Codice degli Appalti Pubblici non è una disciplina generale ma speciale, e pertanto ha un ambito di applicazione particolare.

Partendo dalla suddetta esclusione, ci si chiede se questa vada intesa in senso assoluto o se devono comunque trovare applicazione i principi fondamentali della disciplina sull'evidenza pubblica.

È allora possibile l'applicazione dell'art. 27 del Codice degli Appalti Pubblici nell'attribuzione di un bene pubblico ad un soggetto privato?

L'art. 27 del Codice degli Appalti Pubblici individua i “*Principi relativi ai contratti esclusi*” prescrivendo che:

“1. *L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti.*

2. *Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4.*

3. *Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118.”*

Dalla sola lettura della richiamata disposizione, sembrerebbe che la disciplina sulle procedure ad evidenza pubblica non sia applicabile in toto. Il riferimento contenuto nell'art. 27 è inequivocabile: la disposizione richiama i soli contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi dall'applicazione del codice, quindi i soli contratti passivi.

La ragione di voler così forzatamente estendere, anche rispetto ai soli principi fondamentali, l'applicazione della normativa contenuta nel Codice degli Appalti Pubblici ai contratti attivi non si ritiene giustificabile neanche dal timore di una possibile violazione del principio di libera concorrenza comunque tutelata da altre fonti normative.

La tutela della concorrenza è, infatti, garantita dalle seguenti fonti legislative in riferimento ai contratti attivi:

1. R.D. n. 2440/1923;

2. R.D. n. 827/1924<sup>3</sup>;

3. normative speciali tra cui: la disciplina sulla privatizzazione sostanziale delle società pubbliche (d. l. n. 386/1991; legge n. 474/1994, etc.) e sulle concessioni dei diversi beni pubblici.

La plausibile non applicazione del Codice Appalti al procedimento di conclusione dei contratti attivi è evincibile anche da un'applicazione ragionata della disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 163/2006; ad esempio appare inutile – nell'ambito dei contratti attivi – il controllo sul possesso dei requisiti morali ex art. 38.

A nulla può valere, quale elemento oppositivo a tale conclusione, l'assurda conclusione seconda la quale, così ragionando, si ammetterebbero i pagamenti (entrate per lo Stato) da parte della mafia. Tale conclusione sarebbe del tutto astrusa poiché avvalorarla, vorrebbe dire prescindere dalla normativa vigente. Ed, infatti, l'inammissibilità dei pagamenti da parte delle organizzazioni criminali è garantita dall'applicazione della normativa antimafia.

Quanto finora concluso sulla inapplicabilità della normativa contenuta nel Codice degli Appalti Pubblici, non sembra trovare alcun elemento modificativo nella nuova disciplina contenuta nelle Direttive n. 23-24-25/2014. La novità normativa comunitaria non apporta innovazioni nella disciplina sui contratti attivi poiché l'ambito di applicazione delle sopra citate direttive è limitato a contratti passivi e alle concessioni di lavori e di servizi.

## **Altre specie di contratti: i contratti di locazione e di alienazione di un bene pubblico**

---

<sup>3</sup> Si veda il Titolo II, Capo I, art. 37 e ss.

### **(contratti di servizi esclusi).**

Ai sensi dell'art. 19, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 163/2006, la locazione o l'acquisto di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni, trovano la propria disciplina generale applicabile nel R.D. n. 2440/1323 e nel R.D. n. 827/1924, fatto salvo il dettato normativo di cui all'art. 27 del Codice Appalti.

L'ambito di applicazione della suddetta disciplina generale risulta però ristretto dalla disciplina speciale adottata dagli Enti locali ed anche da singole amministrazioni statali. Si pensi alla disposizione di regolamenti comunali<sup>4</sup> *ad hoc* sull'alienazione, assegnazione o locazione dei beni immobili confiscati alla mafia, nonché nell'ambito del distretto industriale di Massa e Carrara<sup>5</sup>. In diversi regolamenti comunali si registra l'introduzione di un diritto di prelazione a favore del locatore uscente, che si concretizza in una espressa violazione delle procedure di pubblico incanto<sup>6</sup>.

Così come alcuni Comuni si sono inventati forme alternative alla procedura concorsuale ad evidenza pubblica al fine di, comunque, garantire la massima pubblicità possibile nell'impiego della cosa pubblica. Ad esempio, il Comune di Bologna ha elaborato ed emanato un regolamento che prevede, come modello gestorio degli spazi pubblici, non l'indizione di procedure concorrenziali bensì la massima pubblicità inerente la disponibilità del bene.

Si registrano comunque altri casi di affidamento in locazione di beni immobili pubblici caratterizzati da una forte impronta concorrenziale, qual è risultato, ad esempio, lo svolgimento di una gara ad evidenza pubblica per la locazione degli spazi presenti nella Galleria Vittorio Emanuele di Milano. Lo svolgimento della gara ha costituito espressione della tutela della concorrenza, seppur tale principio non sembra rientrare nei principi di cui all'art. 97 della Costituzione, quale fondamento dell'*agere* amministrativo.

Trova poi spazio come strumento di dismissione dei beni pubblici: l'asta. L'asta è uno strumento di emulazione del mercato ed anche uno strumento di prevenzione della corruzione. Nelle vendite immobiliari, nelle quali la platea dei potenziali contraenti è particolarmente ampia, il rischio di corruzione cresce in modo corrispondente perché: aumenta la probabilità che i funzionari, o persone loro legate, abbiano un interesse nel contratto e siano disposti a perseguirlo in modo illecito.

L'unica motivazione economica che rimane tra quelle che possono sconsigliare l'asta è relativa ai tempi e ai costi: ciò probabilmente giustifica (in parte) le diverse previsioni legislative che hanno derogato al principio del pubblico incanto.

Sarebbe, però, sciocco non considerare che spesso le aste di immobili pubblici vanno deserte perché non sono state accompagnate da adeguata pubblicità o sono organizzate in modo da scoraggiare la partecipazione (ad esempio con un'unica seduta o senza la possibilità di rilanci).

Altra distorsione che si riscontra riguarda l'ipotesi dell'urgenza. Il fattore tempo è spesso decisivo considerato che è così privilegiata la rapidità dell'incasso. È bene però sottolineare come l'urgenza può indurre a vendere i beni pubblici a un prezzo molto inferiore al loro valore, e ciò non solo perché si rinuncia a sollecitare e ad aspettare offerte migliori ma anche perché essa induce spesso ad accorpate gli immobili in grandi "lotti", e ciò esclude molti contraenti. Tale effetto comporta inesorabilmente il sacrificio (indebito) dell'interesse economico dell'amministrazione.

Per allargare la platea degli offerenti è bene che ci sia la massima pubblicità, che dovrà riguardare sia il bando sia la documentazione relativa alle unità immobiliari, ed altresì che ci sia una certa riservatezza in ordine alle offerte. Una modalità di svolgimento dell'asta che consentirebbe di rimediare ai due principali limiti dell'asta tradizionale potrebbe essere l'asta elettronica, che consente di semplificare la procedura e

<sup>4</sup> È con la Legge Bassanini *bis* (legge n. 127/1997) che è stata introdotta la potestà normativa regolamentare in capo ai Comuni.

<sup>5</sup> Con la legge regionale n. 35 del 25 marzo 2015, come da ultimo modificata dalla legge regionale n. 75 del 11 dicembre 2015, le cave di marmo hanno assunto la qualifica di bene pubblico di proprietà dei Comuni di Massa e Carrara, che le potrà concedere in concessione ai privati per sette anni, poi prorogabili fino a venticinque anni. Conclusosi questo termine, una cava potrà essere data in concessione solo attraverso gara pubblica.

<sup>6</sup> Si ricordi che il Tar Liguria ha riconosciuto in capo ai cittadini, la legittimazione processuale ad agire per l'impugnazione di quei regolamenti comunali che definiscono l'uso di beni pubblici. I ricorsi così presentati sono stati considerati ammissibili sulla base del parametro normativo di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione.

di abbreviare i tempi, senza sacrificare la massima diffusione delle informazioni sui beni da dismettere. Ed, inoltre, consente di conciliare facilmente la possibilità di rilancio con la segretezza delle offerte.

Lo svolgimento dell'asta elettronica è ormai ampiamente diffuso presso diverse amministrazioni, per esempio in sede di allocazione dei titoli di Stato. L'asta elettronica trova ormai una disciplina generale nel Codice degli Appalti Pubblici, che l'ammette ogni volta che l'oggetto del bando sia abbastanza semplice da consentirla<sup>7</sup>. Naturalmente queste previsioni dettate per i contratti passivi non si applicano alle aste immobiliari. La procedura però potrebbe in buona parte essere estesa a esse, magari con qualche adattamento, quale ad esempio svolgere la gara in un'unica seduta e consentire di proporre rilanci per un periodo più lungo<sup>8</sup>.

In merito alla derogabilità delle procedure ad evidenza pubblica per l'alienazione dei beni pubblici, è intervenuto anche il Consiglio di Stato<sup>9</sup> che ha ritenuto ammissibile, sulla base dell'esigenza di procedere con la massima celerità alla definizione dei provvedimenti concernenti l'alienazione dei beni, onde consentire il risanamento dei bilanci degli enti locali, la derogabilità ai pubblici incanti come riconosciuto anche dall'art. 12 della legge n. 127 del 15 maggio 1997<sup>10</sup>.

### **La gestione degli impianti sportivi.**

Tra i contratti passivi, trovano spazio i contratti di gestione degli impianti sportivi (comunali), di solito affidati a titolo gratuito a società sportive senza l'esperimento di alcuna gara. Tale forma di concessione in gestione si caratterizza per il fatto che il Comune (concedente) mantiene in capo a sé la proprietà dell'impianto sportivo ma concede lo stesso in affidamento ad una società.

Sul punto è interessante la posizione della giurisprudenza che qualifica la fattispecie dell'affidamento a terzi della gestione di un impianto sportivo comunale quale concessione di pubblico servizio posto che, sul piano oggettivo, per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale<sup>11</sup>.

Pertanto l'ente locale che intenda affidare a terzi la gestione di impianti sportivi comunali è tenuto ad indire una gara pubblica aperta a tutti i soggetti qualificati in relazione al suo oggetto<sup>12</sup>.

Ciò ha un rilievo anche sull'applicazione della disciplina processuale poiché trattandosi di concessione (non già di affidamento) di servizio pubblico, risulta in quanto tale sottratta all'applicazione delle disposizioni del Codice degli Appalti Pubblici e non ricompresa nella specifica previsione di cui al combinato disposto degli artt. 119 e 120, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n. 104/2010.

Ed, infatti, la procedura selettiva bandita dal Comune per l'affidamento in concessione di un impianto sportivo, privo di rilevanza economica, risulta riconducibile alla concessione di servizio pubblico. Il bene affidato in gestione (l'impianto sportivo) rientra nella previsione dell'ultimo capoverso dell'art. 826 del Codice civile, ossia in quella concernente i beni di proprietà dei comuni destinati ad un pubblico servizio e perciò assoggettati al regime dei beni patrimoniali indisponibili. Peraltro la gestione degli impianti sportivi

---

<sup>7</sup> Art. 85, comma 3, D. Lgs. n. 163/2006: "3. Le aste elettroniche possono essere utilizzate quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa e la valutazione delle offerte rispondenti alle specifiche definite nel bando di gara sia effettuabile automaticamente da un mezzo elettronico, sulla base di elementi quantificabili in modo tale da essere espressi in cifre o percentuali. Le stazioni appaltanti non possono ricorrere alle aste elettroniche abusivamente o in modo tale da impedire, limitare o distorcere la concorrenza o comunque in modo da modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dal bando e dagli altri atti di gara."

<sup>8</sup> B.G. Mattarella, *L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, in [www.fondazione notarato.it](http://www.fondazione notarato.it).

<sup>9</sup> Consiglio di Stato, sez. V, n. 4418 del 13 luglio 2006.

<sup>10</sup> Art. 12. Disposizioni in materia di alienazione degli immobili di proprietà pubblica: "[...] 2. I comuni e le province possono procedere alle alienazioni del proprio patrimonio immobiliare anche in deroga alle norme di cui alla L. 24 dicembre 1908, n. 783, e successive modificazioni, ed al regolamento approvato con R.D. 17 giugno 1909, n. 454, e successive modificazioni, nonché alle norme sulla contabilità generale degli enti locali, fermi restando i principi generali dell'ordinamento giuridico-contabile. A tal fine sono assicurati criteri di trasparenza e adeguate forme di pubblicità per acquisire e valutare concorrenti proposte di acquisto, da definire con regolamento dell'ente interessato."

<sup>11</sup> TAR Roma, sez. II, n. 9264 del 1 settembre 2014.

<sup>12</sup> Si veda sul punto: TAR Roma, sez. II, n. 9264 del 1 settembre 2014; TAR Parma, sez. I, n. 400 del 10 novembre 2011; TAR Napoli, sez. VII, n. 7036 del 19 maggio 2010. *In senso contrario*: TAR Napoli, sez. III, n. 7878 del 19 settembre 2007.



sottende ad un'attività di interesse generale, confermato dal fatto che l'ordinamento sportivo è connotato da un'organizzazione di stampo pubblicistico<sup>13</sup>.

La qualificazione giuridica della concessione in gestione degli impianti sportivi è, inoltre, di per sé complicata dalla circostanza che, nella maggior parte dei casi, all'interno del centro sportivo sono svolti servizi di ristorazione.

## **Il regime dei beni pubblici nell'ambito del distretto industriale**

Spunto per riflessioni di carattere giuridico sul regime dei beni pubblici e sul loro impiego, può ritrovarsi esaminando la vicenda determinata dall'adozione della legge, da parte della Regione Toscana, sul marmo di Massa e di Carrara, bene qualificato come pubblico. La legge riprende il concetto di comprensorio e distretto industriale.

Brevemente, con la legge regionale n. 35 del 25 marzo 2015, come da ultimo modificata dalla legge regionale n. 75 del 11 dicembre 2015, le cave di marmo hanno assunto la qualifica di bene pubblico, di proprietà del comune di Massa e di Carrara, che le potrà concedere in concessione ai privati per sette anni, poi prorogabili fino a venticinque anni. Conclusosi questo termine, una cava potrà essere data in concessione solo attraverso gara pubblica.

Come emerge dalla posizione assunta dalle diverse forze politiche in sede di approvazione della suddetta legge, in un'epoca in cui il verso corrente è quello delle privatizzazioni, la pubblicizzazione di beni finora considerati privati fa discutere e accende discussioni antiche. Non è, pertanto, mancato chi ha visto nell'adozione della legge una vera e propria adozione di una misura espropriativa nei confronti dei concessionari.

In principio fu la duchessa Maria Teresa Cybo Malaspina che nel 1751 concesse, con un editto ai privati, un numero consistente di cave di marmo. Secondo autorevole dottrine, l'Editto del 1751 non ha attribuito la proprietà piena e perfetta dei fondi concessi ai soggetti iscritti nell'estimo come possessori, quanto piuttosto "diritti" che atenevano esclusivamente alla sfera del godimento del bene, escludendo in tal modo rivendicazioni da parte del "*directi domini*" (le vicinanze) sia dei terreni stessi, sia dei canoni di concessione<sup>14</sup>. Allo stato attuale delle cave esistenti, il 70% è pubblico e il 30% è privato. Ma solo le prime pagano, ovviamente, il canone di concessione, che equivale all'8% del valore medio dell'escavato. Da ora in poi anche le cave private dovranno pagare la concessione, con un rilevante introito per le casse dei Comuni interessati.

Lo scopo perseguito con l'adozione della nuova legislazione sembra però un altro. Ed, infatti, esso attiene il legame tra il rinnovo delle concessioni e la filiera produttiva corta. Allo scadere le concessioni saranno prorogate fino a 25 anni a partire dal 31 ottobre 2016, alla condizione che i titolari delle cave, entro un biennio, assumano l'impegno, con tanto di convenzione, a lavorare almeno il 50 per cento del marmo estratto in loco, cioè nei territori delle Apuane. Come indicato nello stesso preambolo della legge regionale, il Comune selezionerà i progetti che prevedranno ricadute ambientali e socioeconomiche in una logica di filiera ed i progetti selezionati dovranno garantire, oltre ad un corretto sfruttamento del giacimento, anche ulteriori fasi di lavorazione sul territorio dei minerali estratti. La legge n. 35/2015 è stata oggetto di ricorso alla Corte costituzionale promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri<sup>15</sup>.

## **In materia di sponsorizzazione**

L'argomento oggetto del presente contributo induce ad estendere la trattazione su di una tipologia contrattuale caratterizzata da una complessa disciplina: la sponsorizzazione.

I contratti di sponsorizzazione trovano la propria disciplina generale nell'art. 26 del Codice Appalti<sup>16</sup>, che

<sup>13</sup> TAR Venezia, sez. I, n. 797 del 10 giugno 2013.

<sup>14</sup> Dal preambolo della legge regionale n. 35 del 25 marzo 2015.

<sup>15</sup> Si veda, quale precedente, sentenza della Corte costituzionale n. 488/1995.

<sup>16</sup> Art. 26. *Contratti di sponsorizzazione*

espressamente rinvia all'art. 199 bis<sup>17</sup> del Codice Appalti sulla sponsorizzazione degli interventi relativi ai beni culturali.

La sponsorizzazione è quel contratto che scaturisce da un bisogno dell'ente locale che non può permettersi di soddisfare il bisogno stesso facendo affidamento soltanto sulle proprie risorse economiche. Il rinvio per la definizione di "stato di bisogno" è alla disciplina di cui all'art. 1448 del Codice civile<sup>18</sup>.

---

*"1. Ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor per importi superiori a quarantamila euro, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto.*

*2. L'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto.*

*2-bis. Ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali si applicano altresì le disposizioni dell'articolo 199-bis del presente codice".*

<sup>17</sup> Art. 199-bis *Disciplina delle procedure per la selezione di sponsor*

*"1. Al fine di assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, di cui all'articolo 27, le amministrazioni aggiudicatrici competenti per la realizzazione degli interventi relativi ai beni culturali integrano il programma triennale dei lavori di cui all'articolo 128 con un apposito allegato che indica i lavori, i servizi e le forniture in relazione ai quali intendono ricercare sponsor per il finanziamento o la realizzazione degli interventi. A tal fine provvedono a predisporre i relativi studi di fattibilità, anche semplificati, o i progetti preliminari. In tale allegato possono essere altresì inseriti gli interventi per i quali siano pervenute dichiarazioni spontanee di interesse alla sponsorizzazione. La ricerca dello sponsor avviene mediante bando pubblicato sul sito istituzionale dell'amministrazione procedente per almeno trenta giorni. Di detta pubblicazione è dato avviso su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, nonché per contratti di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 28, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. L'avviso contiene una sommaria descrizione di ciascun intervento, con l'indicazione del valore di massima e dei tempi di realizzazione, con la richiesta di offerte in aumento sull'importo del finanziamento minimo indicato. Nell'avviso è altresì specificato se si intende acquisire una sponsorizzazione di puro finanziamento, anche mediante accollo, da parte dello sponsor, delle obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dell'appalto dovuti dall'amministrazione, ovvero una sponsorizzazione tecnica, consistente in una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello sponsor. Nel bando, in caso di sponsorizzazione tecnica, sono indicati gli elementi e i criteri di valutazione delle offerte. Nel bando e negli avvisi è stabilito il termine, non inferiore a sessanta giorni, entro il quale i soggetti interessati possono far pervenire offerte impegnative di sponsorizzazione. Le offerte pervenute sono esaminate direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice o, in caso di interventi il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto sia superiore a un milione di euro e nei casi di particolare complessità, mediante una commissione giudicatrice. L'amministrazione procede a stilare la graduatoria delle offerte e può indire una successiva fase finalizzata all'acquisizione di ulteriori offerte migliorative, stabilendo il termine ultimo per i rilanci. L'amministrazione procede, quindi, alla stipula del contratto di sponsorizzazione con il soggetto che ha offerto il finanziamento maggiore, in caso di sponsorizzazione pura, o ha proposto l'offerta realizzativa giudicata migliore, in caso di sponsorizzazione tecnica.*

*2. Nel caso in cui non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, ovvero tutte le offerte presentate siano irregolari ovvero inammissibili, in ordine a quanto disposto dal presente codice in relazione ai requisiti degli offerenti e delle offerte, o non siano rispondenti ai requisiti formali della procedura, la stazione appaltante può, nei successivi sei mesi, ricercare di propria iniziativa lo sponsor con cui negoziare il contratto di sponsorizzazione, ferme restando la natura e le condizioni essenziali delle prestazioni richieste nella sollecitazione pubblica. I progetti per i quali non sono pervenute offerte utili, ai sensi del precedente periodo, possono essere nuovamente pubblicati nell'allegato del programma triennale dei lavori dell'anno successivo.*

*3. Restano fermi i presupposti e i requisiti di compatibilità stabiliti dall'articolo 120 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, recante il codice dei beni culturali e del paesaggio, nonché i requisiti di partecipazione di ordine generale dei partecipanti stabiliti nell'articolo 38 del presente codice, nonché, per i soggetti incaricati di tutta o di parte della realizzazione degli interventi, i requisiti di idoneità professionale, di qualificazione per eseguire lavori pubblici, di capacità economica e finanziaria, tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi, di cui agli articoli 39, 40 41 e 42, oltre ai requisiti speciali e ulteriori di cui all'articolo 201 del presente codice."*

<sup>18</sup> Art. 1448 del Codice civile: *Azione generale di rescissione per lesione.*

*"Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.*

*L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.*

*La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.*

*Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.*

*Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione ."*

Il rinvio non è di poco conto; si consideri che lo stato di bisogno in cui incorre una delle parti contrattuali è tale da incidere sulla libertà di contrattazione del soggetto (in termini di accettazione delle clausole contrattuali più sfavorevoli).



La sponsorizzazione si origina, quindi, da una condizione di criticità per l'ente, mentre il soggetto che sponsorizza è mosso dall'appetibilità (commerciale) di associare la sua immagine a quella dell'ente<sup>19</sup>. L'immagine pubblica, o l'immagine connessa al pubblico, assume i connotati di un bene contendibile e limitato, che assume una rilevanza commerciale. Lo spirito commerciale erode la comunanza.

La sponsorizzazione interrompe la catena: soggetto pubblico, interesse pubblico, circuito politico. L'istituto è ritenuto pregiudizievole per la concorrenza ma anche per la stessa PA, considerato che lo stato di bisogno in cui ricade l'ente si riflette sulla libertà di contrattazione dello stesso, in quanto l'ente privo di risorse non è più neutrale.

Il contratto di sponsorizzazione è qualificabile come contratto escluso al quale si applica la disciplina contenuta agli artt. 26 e 27 del Codice Appalti, eccezion fatta per i beni culturali rispetto ai quali trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 199 *bis* del Codice Appalti.

Quest'ultima disposizione individua una disciplina complessa, distinguendo tra diversi tipi di sponsorizzazione:

- sponsorizzazione tecnica o mista (avente ad oggetto il finanziamento e l'esecuzione dei lavori), alla quale si applica la disciplina sui contratti esclusi di cui all'art. 27 del Codice Appalti, in quanto qualificabile come contratto escluso e non estraneo. La sponsorizzazione tecnica avviene mediante l'esecuzione di una procedura concorrenziale (caratterizzata da invito a 5 operatori, etc.);
- sponsorizzazione pura (avente ad oggetto il puro finanziamento), alla quale si applica la legge di contabilità generale dello Stato, non trovando applicazione i principi generali del Codice Appalti.

Sulle forme di sponsorizzazione pura la Corte dei Conti esercita un controllo, a monte, sia sul finanziamento sia sull'immagine dello sponsor.

Nonostante diverse riserve, il non ancora meglio delineato istituto della sponsorizzazione può riservare un impiego utile nel sistema pubblico. Come indica lo stesso art.199*bis* del Codice Appalti, la sponsorizzazione può essere una soluzione per l'esecuzione delle opere programmate ogni tre anni, per le quali vi è un obbligo di esecuzione, qualora non si disponga delle risorse e/o dei finanziamenti necessari.

La sponsorizzazione può essere qualificata come una forma di partenariato pubblico privato (PPP), qualora con il contratto di sponsorizzazione si definisce il rapporto tra soggetto pubblico e soggetto privato. Quando la ricerca del finanziamento avviene da parte di un ente locale, l'istituto della sponsorizzazione lascia il posto al cosiddetto patrocinio.

Il diritto europeo (anche le nuove direttive in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e concessioni pubbliche) non si occupa di sponsorizzazione seppure lo strumento muove ammontari monetari considerevoli su cui incide la concorrenza. Né il d.d.l. n. 1678 del 2014, di attuazione delle Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014, modifica sostanzialmente la attuale disciplina in tema di sponsorizzazione, nonostante la rilevanza che essa assume proprio rispetto ad uno dei principi più cari all'Unione Europea, la concorrenza.

La procedura pubblica delineata nell'art. 199*bis* consiste nella pubblicazione del bando per almeno 30 giorni su due quotidiani nazionali e sulla G.U.. I soggetti interessati a far pervenire le proprie proposte di finanziamento (e se del caso di progettazione), possono presentarle entro 60 giorni. Sulla base del valore stimato (al netto dell'imposta sul valore aggiunto) le offerte pervenute sono valutate direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice (quando il suddetto valore è inferiore ad un milione di euro), mentre sono valutate da un'apposita amministrazione aggiudicatrice qualora il suddetto valore sia superiore ad un milione di euro).

Il criterio di aggiudicazione risulta differente a seconda del tipo di sponsorizzazione; se si tratta di una procedura per una sponsorizzazione tecnica il contratto di sponsorizzazione sarà concluso con l'operatore che ha proposto l'offerta realizzativa giudicata migliore, nel caso di sponsorizzazione pura con il soggetto che ha offerto il finanziamento maggiore.

Si tratta di una procedura caratterizzata da offerta e dialogo competitivo, senza aggiudicazione.

---

<sup>19</sup> Concetto di marketing della cosa pubblica.

La sponsorizzazione di cui all'art. 199**bis** non trova però definizione nell'art. 3 del Codice Appalti: le due disposizioni non si parlano.

In conclusione di tale breve approfondimento, si rammenta che tra i più recenti impieghi del contratto di sponsorizzazione vi è il restauro dell'Anfiteatro Flavio – Colosseo di Roma per opera del gruppo TOD'S. L'analisi del caso concreto richiamato è utile per comprendere la connessione, nella sponsorizzazione pura, tra valenza commerciale dell'immagine pubblica e offerta con il finanziamento maggiore. A quanto ammonterà il ritorno economico che il gruppo TOD'S ha e avrà dalla connessione del proprio *brand* con l'Anfiteatro Flavio?

## **Conclusioni**

La disciplina applicabile ai contratti attivi conclusi dalla Pubblica amministrazione appare tutt'oggi essere il Regio Decreto n. 2440/1923, con l'espressa indicazione di una tipica modalità di affidamento: *i pubblici incanti*. Nessun dubbio sembrerebbe sussistere sulla non applicazione ai suddetti contratti della disciplina contenuta nel D. Lgs. n. 163/2006 e ciò anche in ragione di un'applicazione razionale della disciplina ivi contenuta.

La forma che *i pubblici incanti* possano e debbano assumere risulta sicuramente influenzata dalle spinte legislative europee che richiedono la definizione di procedure volte a garantire la concorrenza e la massima trasparenza/pubblicità (prioritariamente in materia di appalti/contratti passivi). Ci si chiede, quindi, se la prassi amministrativa creatasi in riferimento alla conclusione di contratti attivi, sia propriamente conforme ai suddetti principi o se innovazioni legislative nazionali siano richieste al fine di conformarsi alle esigenze dettate da Bruxelles.

Eppure, come poter adottare innovazioni legislative in tal senso se è lo stesso legislatore europeo a rimanere, ancora una volta, indifferente a fenomeni di rilevante interesse pubblico generale? La mancata adozione, per mezzo delle Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 (di prossimo recepimento), di una disciplina completa e uniforme in materia, ad esempio, di sponsorizzazione appare davvero un'occasione persa che lascia l'istituto in balia delle Amministrazioni locali.