

Prof. Giuseppe Manfredi

Il Prof. Manfredi ha svolto una relazione introduttiva sul tema dei contratti attivi chiarendone gli aspetti definatori e ripercorrendone l'evoluzione normativa.

I contratti cd. "attivi" si differenziano dai contratti "passivi", per il fatto che non determinano una spesa da parte della pubblica amministrazione, bensì un'entrata (si pensi, ad esempio, alle vendite o alle locazioni di immobili pubblici). Si tratta di un ambito in via di progressiva espansione, dal momento che tende a sovrapporsi, anche e soprattutto su impulso del diritto europeo, al diverso istituto della concessione di beni pubblici.

Il codice dei contratti pubblici e le direttive europee da cui esso ha tratto ispirazione non si occupano espressamente di contratti attivi, posto che essi sono ritenuti meno pregiudizievoli per la concorrenza dei contratti passivi, viceversa sottoposti a rigorose procedure concorrenziali, anche se pure per i contratti attivi può porsi un problema di concorrenza: si pensi ad esempio alle vendite sottocosto o l'affidamento di una concessione di bene pubblico a condizioni di favore. Ci si è chiesti, dunque, se siano almeno applicabili ai contratti attivi i principi generali del diritto dell'Unione europea richiamati all'art. 27 del Codice. Secondo Manfredi, un'applicazione analogica di tali principi non è ammissibile, alla luce della specialità della disciplina sui contratti pubblici che, come noto, ha un ambito di applicazione circoscritto ai soli contratti di appalto e di concessione. Diversamente, i principi di cui all'art. 27 cit. si applicano esclusivamente ai contratti cd. "esclusi", i quali sono pur sempre riconducibili in senso lato a contratti di appalto.

D'altra parte, le esigenze di tutela della concorrenza che emergono con riferimento ai contratti attivi possono essere assicurate - come ricordato anche dalla Corte dei conti - dalla normativa generale sulla contabilità pubblica (r.d. n. 2440/1923 e relativo regolamento approvato con r.d. n. 827/1924; l'art. 3 di detta normativa esprime, ad esempio, una preferenza per l'affidamento tramite pubblici incanti, che in assoluto tutelano maggiormente la concorrenza), oltre che da ulteriori discipline speciali (come quelle relative alle privatizzazioni sostanziali delle imprese pubbliche o alla dismissione di beni pubblici che si sono susseguite nel tempo, che in alcuni casi hanno richiamato le norme di contabilità dello Stato, altre volte, invece, vi hanno derogato al fine di prevedere una disciplina più snella). La normativa degli anni

'20 è evidentemente assai risalente, anche se è formulata in maniera chiara e intelligibile rispetto alle normative più recenti. Secondo Manfredi è auspicabile che continuino a trovare applicazione le norme contenute in questi testi normativi senza bisogno di un "aggiornamento": ciò in quanto sarebbe da evitare il rischio di una ulteriore iper-regolazione della materia. Non è, infatti, necessaria una disciplina simile a quella contenuta nel Codice dei contratti pubblici (soprattutto in ordine ai requisiti morali e professionali del contraente privato, posto che le qualità di moralità professionale e le capacità di chi intende gestire un servizio o realizzare un'opera sono fondamentali, mentre in caso di vendita di un bene pubblico le capacità dell'acquirente sono ininfluenti, essendo necessario per soddisfare l'interesse pubblico che venga pagato il prezzo stabilito): l'interesse pubblico che viene in gioco nella stipulazione di contratti attivi è, dunque, un interesse eminentemente patrimoniale, ossia "fare cassa" e risanare i deficit di bilancio, a prescindere dalle qualità della controparte contrattuale (non si può, tuttavia, escludere che in taluni casi i requisiti di moralità rilevino anche con riferimento alla stipulazione di contratti attivi). Né con riferimento ai contratti attivi pare possibile richiamare analogicamente le figure degli organismi di diritto pubblico o delle imprese pubbliche, se non altro perché prima bisognerebbe risolvere in generale i problemi delle società e delle fondazioni sostanzialmente pubbliche.

Pertanto, non pare opportuno regolare nel dettaglio i contratti attivi, anche perché un'eccessiva regolamentazione finirebbe per ridurre l'efficienza dell'azione amministrativa, come è avvenuto, ad esempio, nel caso delle sponsorizzazioni, in relazione alle quali è stata dettata una disciplina talmente complessa da pregiudicare contemporaneamente pubblica amministrazione e mercato.

La tendenza a evitare un'eccessiva regolamentazione della materia è confermata anche dal d.d.l. delega di recepimento delle nuove direttive europee dove alla lettera a) dell'art. 1 si stabilisce il divieto di introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, ai sensi dell'art. 14, comma 24-ter, della legge n. 246/2005.

Prof. Fulvio Cortese

L'intervento del Prof. Cortese ha avuto ad oggetto le locazioni e le alienazioni immobiliari delle amministrazioni e, in particolare, degli enti locali. La disciplina è piuttosto variegata e contenuta non solamente nella normativa sulla contabilità pubblica. Oltre a questa, alle normative speciali già richiamate dal Prof. Manfredi (privatizzazioni e dismissioni) e alla legislazione sui beni confiscati alla criminalità organizzata, vi è una rilevante produzione regolamentare da parte degli enti locali.

Tale disciplina regolamentare si caratterizza per l'individuazione e l'articolazione delle singole fattispecie contrattuali in maniera molto dettagliata e spesso contraddittoria (ad es., non si parla mai espressamente di "locazioni", ma di "affitti", "affittanze", "assegnazioni"). È dunque complicato per l'interprete riuscire a qualificare le fattispecie contrattuali, consentendo così agli enti locali di applicare spesso una disciplina mista e in deroga a quella statale (quanto alla legittimità delle deroghe rispetto alla disciplina statale giustificate dal risanamento della finanza pubblica, v. Cons. Stato n. 4418 del 2006). Si consideri, poi, che, con riguardo alla gestione di taluni beni, gli enti locali possono scegliere "a monte" contratti attivi o contratti passivi (es. assegnazione impianti sportivi comunali). La "truffa delle etichette" è, quindi, un bel problema.

Il Prof. Cortese si è, inoltre, interrogato sulla "appropriatezza" del meccanismo dell'asta pubblica per le alienazioni immobiliari, richiamando un recente contributo di Bernardo Mattarella sul punto (B.G. Mattarella, *L'asta come strumento di dismissione dei beni pubblici*, 2010) e un caso concreto che è stato affrontato dalla giurisprudenza amministrativa (Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, n. 2218/2014).

In una chiave estranea alla cornice delle fonti sin qui delineata, si pone un regolamento-tipo approvato di recente dal Comune di Bologna e relativo alla gestione dei cd. "beni comuni urbani", il quale prevede procedure partecipative basate su un sistema di pubblicità preventive.

In conclusione, il relatore sottolinea la difficoltà di individuare una chiara differenza tra locazioni e concessioni, che andrebbe a suo avviso ricondotta al tipo di scelta compiuta "a monte" dall'ente locale con cui valorizzare il bene.

Prof.ssa Sara Valaguzza

L'intervento della Prof.ssa Valaguzza ha avuto ad oggetto i contratti di sponsorizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Dopo aver definito i contratti di sponsorizzazione, la relatrice ha spiegato la differenza tra sponsorizzazioni attive (in cui la pa è lo sponsor) e passive (in cui la pa è, invece, lo sponsee), evidenziando come le prime siano sostanzialmente vietate per ragioni di finanza pubblica (v. art. 6, comma 9 del d.l. n. 78/2010), anche se tale divieto può venire “aggirato” dalla conclusione di accordi di patrocinio. Si è chiarita, inoltre, la differenza tra sponsorizzazioni pure e tecniche.

La relatrice si è poi posta diversi interrogativi:

1) quali sono i limiti della discrezionalità che incontra la pa nella stipulazione di contratti di sponsorizzazione: in particolare, se sussista un obbligo per l’amministrazione di dare seguito a una manifestazione d’interesse da parte di un potenziale sponsor privato alla stipulazione di una sponsorizzazione tecnica, nel caso in cui - ad esempio - l’opera da realizzare sia inserita nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell’ente.

2) se le sponsorizzazioni passive rientrino o meno nella nozione di partenariato pubblico-privato. A questo quesito dovrebbe darsi risposta positiva, anche se le sponsorizzazioni non rientrano nell’elenco di cui all’art. 3, comma 15-ter del Codice dei contratti pubblici.

3) se le sponsorizzazioni pure rientrino nella categoria dei contratti attivi. Secondo la relatrice, le sponsorizzazioni non sono propriamente dei contratti attivi, posto che l’amministrazione “scambia” la propria immagine a fronte del riconoscimento del contributo finanziario da parte dello sponsor privato. In proposito, la Corte dei Conti si è “ritagliata” un vaglio di proporzionalità tra le prestazioni oggetto di una sponsorizzazione pubblica.

4) perché il diritto europeo non si occupa di sponsorizzazioni? Il commercio del marketing pubblico coinvolge ingenti capitali che dovrebbero, invece, essere oggetto di attenzione da parte dell’ordinamento europeo.

In conclusione, la relatrice evidenzia che la “seduzione” delle sponsorizzazioni potrebbe limitare la responsabilità politica degli organi di governo e che l’immagine pubblica talvolta costituisce un bene non commerciabile (si fa l’esempio delle scuole).

Prof. Bruno Tonoletti

Il Prof. Tonoletti si è concentrato sulla differenza tra contratti attivi e concessioni di beni pubblici, che non si individua in base all’oggetto

(entrambi hanno una rilevanza economica), ma in base al carattere dispositivo dell'atto. Nella concessione rileva la disposizione dell'interesse pubblico da parte del concedente, mentre nel contratto rileva la disposizione di un interesse eminentemente economico (nei contratti l'interesse pubblico è indifferente: si guarda all'offerta economicamente più appetibile, all'attendibilità economico finanziaria della controparte). La concessione di beni pubblici è sempre stata caratterizzata dall'espletamento di procedure concorsuali in cui il concedente godeva di una ampia discrezionalità, comprensiva anche di finalità sociali e occupazionali.

Contratti e concessioni vengano a contatto con l'introduzione della possibilità di rinnovo espresso dei "contratti delle pubbliche amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi" (art. 6, comma 2, della l. 537/93, ora abrogato).

Si è poi parlato delle concessioni demaniali marittime caratterizzate da una durata piuttosto breve e con rinnovo automatico. La Corte costituzionale ha, peraltro, di recente dichiarato l'incostituzionalità di alcune norme regionali che avevano esteso la durata delle concessioni demaniali marittime, in quanto lesive della competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Il relatore evidenzia l'importanza di una corretta politica industriale sui beni pubblici che deve essere di competenza statale e non sovranazionale.