

Direttore

Donatantonio Mastrangelo

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Comitato scientifico

Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Angelo Giuseppe Orofino

Libera Università Mediterranea

Annamaria Bonomo

Università degli Studi di Bari Aldo Moro

ISTITUZIONI E PROSPETTIVE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO



La collana vuol proporre nuovi studi giuridici che considerino aspetti istituzionali dell'organizzazione, dell'attività, della giustizia amministrativa da prospettive atte a coglierne inquadramento sistematico, ragioni storiche, linee evolutive. Opere che, coniugando il rigore scientifico alla chiarezza e brevità espositive, possano rispondere anche ad esigenze didattiche universitarie e di qualificazione o aggiornamento professionale.



Vai al contenuto multimediale

Alessio Ferrante

**La sponsorizzazione come forma
di partenariato pubblico–privato per la tutela
e la valorizzazione dei beni culturali**





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1839-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: settembre 2018

- 9 *Introduzione*
- 15 **Capitolo I**
Le forme di collaborazione della P.A. con il soggetto privato
1.1. Introduzione, 15 – 1.2. L'attività negoziale della p.a.: verso l'abbandono del modello tradizionale d'azione, 16 – 1.3. L'Europa ed il partenariato: origini, principi ed orientamenti, 24 – 1.4. I caratteri distintivi: condizioni essenziali ed ambito di applicazione, 31 – 1.5. Vecchi e nuovi contratti: dal *project financing* al *leasing in costruendo*, 36 – 1.6. La crisi economica e la "necessità" del p.p.p. come strumento per il raggiungimento del pubblico interesse, 46
- 51 **Capitolo II**
I contratti di sponsorizzazione
2.1. Introduzione, 51 – 2.2. La sponsorizzazione come modello di finanziamento degli interventi pubblici: origini e nozione, 52 – 2.3. Gli elementi essenziali e la distinzione con le fattispecie assimilabili, 57 – 2.4. L'ammissibilità delle sponsorizzazioni pubbliche, evoluzione giurisprudenziale e primi interventi legislativi: dalla legge 223/90 al d.lgs 267/00, 66 – 2.5. La disciplina generale nel Codice dei Contratti ed il problema della scelta dello *sponsor*, 76 – 2.6. Il regime fiscale delle spese, 82
- 85 **Capitolo III**
I beni culturali in Italia
3.1. Introduzione, 85 – 3.2. La nozione di bene culturale e la sua evoluzione, 86 – 3.3. La tutela del patrimonio e l'Art. 9 della Costituzione, 93 – 3.4. I principi in ambito culturale contenuti nel d.lgs 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), 97 – 3.5. Differenza tra tutela, valorizzazione e gestione del patrimonio culturale, 104 – 3.6. Gestione in forma diretta ed indiretta, 113 – 3.7. Le sponsorizzazioni applicate ai beni culturali: la disciplina dell'Art. 120 d.lgs 42/04 ed il raccordo con l'art. 199-bis d.lgs 163/06, 119 – 3.8. Il dibattito dottrinale: la cultura quale strumento per affrontare la crisi economica?, 131

135 Capitolo IV

Patrimonio culturale e sponsorizzazione

4.1. Introduzione, 135 – 4.2. Il d.m. 19 dicembre 2012: la sponsorizzazione e le altre forme di intervento nel settore dei beni culturali, 136 – 4.3. L'esperienza del passato: il fallimento del *project financing* quale forma di intervento nella gestione e valorizzazione dei beni culturali, 149 – 4.4. Cultura e *sponsor*: i casi del Colosseo a Roma e di Santa Maria di Collemaggio a L'Aquila, 154 – 4.5. Considerazioni conclusive, 164

167 *Bibliografia*

Introduzione

La produzione giuridica sviluppatasi attorno al tema del “partenariato” ha portato ad una nuova definizione dell’attività della pubblica amministrazione in tutti i casi in cui essa agisca *iure privatorum*, attraverso, cioè, l’applicazione delle norme di diritto privato, e non *iure imperii*.

Tradizionalmente concepita come contraria all’attività autoritativa, oggi anche l’attività del primo tipo viene compresa quale strumento ulteriore per il raggiungimento del fine pubblico attraverso la suddivisione in due sottocategorie: l’attività privata dell’amministrazione e l’attività amministrativa di diritto privato.

L’una viene posta in essere per il raggiungimento in via immediata degli interessi propri della pubblica amministrazione (*iure gestionis*), l’altra mira al conseguimento degli interessi della collettività attraverso gli strumenti messi a disposizione dal diritto comune.

In tal modo anche l’attività contrattuale risulta funzionalizzata al perseguimento del fine pubblico al pari di quella autoritativa, in quanto accordo e provvedimento costituiscono entrambi mezzi validi per il raggiungimento del fine istituzionale.

Funzionalizzazione che si caratterizza per essere anche limite dell’attività di diritto privato, poiché questa rimane comunque soggetta a quei principi di buon andamento, efficacia, imparzialità, che consentono di perseguire l’interesse pubblico.

È in tale sistema negoziale che s’incardina il partenariato quale forma di collaborazione-*partnership* con il soggetto privato e il presente lavoro è focalizzato su tale strumento innovativo, la cui comprensione non può prescindere da un’attenta analisi delle dinamiche che hanno portato alla nascita del “modello di partenariato”, nonché dallo studio dei mezzi giuridici a disposizione della pubblica amministrazione nello svolgimento di attività di tipo negoziale.

Alle origini di tale forma collaborativa, una spinta decisiva si è avuta in ambito comunitario nel 2004 dalla Commissione UE, con la redazione del *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*,

che ha rappresentato il primo vero *input* verso una comprensione totale del fenomeno *public private partnership*, non solo in termini di definizione terminologica ma anche e soprattutto di proposta sistematica di disciplina giuridica.

L'apporto comunitario, si vedrà, funge da presupposto per quello che i giuristi chiamano il passaggio dal "fenomeno partenariato" al "contratto di partenariato".

Sulla scorta della spinta europea, il legislatore italiano provvedeva, con il d.lgs. 152/2008, ad introdurre delle tipologie di contratti di partenariato (concessione, *project financing*, società miste) aventi ad oggetto la progettazione, costruzione, gestione o manutenzione di un'opera pubblica o la fornitura di un servizio il cui finanziamento sia parzialmente o totalmente a carico del privato.

L'introduzione quindi anche a livello nazionale di tale tipologia contrattuale ha rinvigorito il dibattito in seno alla scienza giuridica sul suo necessario ed opportuno utilizzo.

Il primo obiettivo concreto di questo lavoro è, pertanto, rappresentato proprio dall'indagine sull'esistenza o meno di una sorta di "esigenza" di collaborazione pubblico-privato nel settore dei lavori pubblici.

Esigenza che sembra manifestarsi anche attraverso una diversificazione di interventi all'interno del vasto panorama delle opere pubbliche, portando alla distinzione tra opere cosiddette "calde" e "fredde", che rimarcano così il doppio profilo di tali nuove figure contrattuali, miranti al contemperamento dell'interesse pubblico alla realizzazione delle opere con gli interessi economici dell'investitore privato.

L'indagine che si propone non può che fondarsi, quindi, sull'analisi che i giuristi hanno svolto in ordine alle ragioni che hanno portato alla nascita ed allo sviluppo di tale forma di cooperazione.

Una parte del lavoro sarà infatti dedicata alla considerazione di come la contingenza economica abbia prepotentemente influito sulla scelta di contratti che, in tema di lavori pubblici, spostino il peso finanziario dell'opera da eseguire dal soggetto pubblico al soggetto privato, consentendo così alle pubbliche amministrazioni di perseguire i propri obiettivi nonostante le restrizioni economiche dovute alla crisi mondiale.

Infatti, mediante alcuni dati strutturali, sarà possibile notare che la crisi economica, cui è strettamente connessa la contrazione delle risorse pubbliche, possa fungere addirittura da *input* per gli investimenti in

settori infrastrutturali carenti, proprio mediante il coinvolgimento dell'investitore privato.

L'utilizzo dei contratti di partenariato diviene cioè necessario poiché permette il perseguimento di obiettivi di interesse pubblico, quali le infrastrutture o i servizi per la collettività, mediante il reperimento di risorse economiche superiori a quelle in dotazione presso le amministrazioni.

Inoltre, la *partnership* del soggetto privato è fondamentale non solo in termini di accollo economico dell'opera e di spostamento dei rischi d'impresa che solitamente ricadono sul soggetto pubblico, ma, soprattutto, si rivela decisiva anche nell'area di quelle competenze tecnico-progettuali che vengono generalmente riconosciute come fondamentali al fine di accrescere la qualità del prodotto finale, sia opera che servizio pubblico.

Il soggetto privato, quindi, finanziatore o partner tecnico che sia, è in grado di offrire il proprio *know-how* qualitativo e di conoscenza del mercato non solo alla realizzazione ma anche alla gestione di un'opera o di un servizio.

Considerate le ragioni tecnico-economiche, sarà opportuno spostare l'indagine sull'esistenza di quei caratteri fondamentali e generali dei contratti di partenariato, ambito in cui la dottrina non ha avuto particolari difficoltà nel determinarne in negativo i confini, individuando previamente quali accordi non possano annoverarsi tra quelli di *partnership* pubblico-privato, e ha sottolineato come non sempre l'elemento della collaborazione tra i due soggetti sia circostanza dirimente tra una fattispecie e l'altra, poiché caratteristica rinvenibile anche nell'appalto: ad essere elemento precipuo è il tipo di collaborazione che viene ad instaurarsi tra i soggetti coinvolti.

L'individuazione, quindi, dei tratti essenziali degli accordi di partenariato passa attraverso un'attenta analisi della collaborazione instauranda tra il soggetto pubblico e l'investitore privato, sia, come si vedrà, sotto l'aspetto della durata che sotto quello dell'attività sottesa alla stessa, fino ad arrivare ad affermare che la principale caratteristica di tali contratti si rinviene nella collaborazione globale dell'investitore privato, intesa come coinvolgimento in ogni fase dell'opera o del servizio pubblico.

Focalizzata l'attenzione sugli aspetti generali dello strumento, sarà interessante approfondire il tema dei vari tipi di contratti di collaborazione pubblico-privato, non solo per una panoramica d'insieme delle

fattispecie, ma anche per proporre uno studio che spieghi gli ambiti, le materie, le opere ed i servizi ai quali ciascuna di esse è preordinata.

Pertanto il lavoro procederà soffermandosi su alcuni dei principali contratti di partenariato più utilizzati dalla pubblica amministrazione (concessioni, *project financing*, *leasing in costruendo*) per poi dedicare, a partire dal secondo capitolo, ampio approfondimento alla disciplina, ai caratteri nonché agli ambiti di applicazione del contratto di sponsorizzazione.

Spesso avvicinate al *project financing*, le sponsorizzazioni, grazie all'abbinamento con taluni servizi pubblici quali il servizio di tesoreria (di cui si discuterà nel secondo capitolo) o la realizzazione di manifestazioni culturali, sono ad oggi in tutto e per tutto annoverabili all'interno della categoria del partenariato pubblico privato, essendo a tutti gli effetti dei contratti atipici mediante i quali finanziare gli interventi pubblici, nonché strumenti che si rendono applicabili in diversi settori.

Fornito un quadro generale della normativa e della sua evoluzione, partendo dai primi, settoriali, interventi legislativi degli anni '90 fino ai giorni nostri, sarà importante sottolineare le ragioni del suo crescente successo, rinvenibili non solo nell'area dei vantaggi economico-fiscali per gli investitori privati, ma anche nel fallimento e superamento del *project financing* che trovando assai scarso uso nella gestione e valorizzazione del patrimonio culturale, ha aperto la strada ai contratti di sponsorizzazione.

Fallimento che però non deve trarre in inganno e suggerire profili di inidoneità formale di tale figura contrattuale in ordine alla valorizzazione dei beni artistici; ma, anzi, l'espressa previsione nel Codice dei contratti pubblici, nonché nel regolamento di attuazione degli appalti pubblici, della finanza di progetto quale modello contrattuale applicabile in tale settore, faceva propendere per una perfetta compatibilità dell'istituto in questione.

Scevro quindi da ostacoli normativi, lo scarso utilizzo dell'istituto è da ricercare non solo nella poca redditività dei beni culturali, ma anche in una sorta di incompatibilità sostanziale sia con la gestione che con la valorizzazione del patrimonio artistico ma soprattutto con la natura stessa del bene culturale, circostanza che andremo ad approfondire anche con il supporto della contrastante giurisprudenza, prevalentemente critica al riguardo.

Tale è dunque il contesto entro il quale prende corpo il modello di sponsorizzazione come strumento idoneo alla funzione pubblica sancita dall'art. 9 della Costituzione.

Non solo. Autorevole dottrina, nel rammentare le difficoltà e le oscillazioni attraverso le quali si è arrivati alla comprensione della sponsorizzazione quale forma di partenariato principale rispetto ad altre figure contrattuali come la finanza di progetto (ritenuta la fattispecie negoziale di collaborazione pubblico-privato per antonomasia), fa della stessa il modello più importante di coinvolgimento del soggetto privato nella gestione del patrimonio culturale.

In tale maniera si arriva a configurare la sponsorizzazione come strumento negoziale (quasi) esclusivamente riferito alla materia beni culturali.

Superati i problemi di qualificazione giuridica dell'istituto, scopo della tesi sarà di inquadrare i profili principali del contratto, nonché gli ambiti di applicazione ulteriori, per poi descrivere il procedimento di scelta dello *sponsor* e di perfezionamento dell'accordo.

L'attenzione sarà successivamente spostata sulla nozione di "bene culturale", nonché sui compiti, di rilievo costituzionale, attinenti alla tutela ed alla valorizzazione dello stesso e su come essi trovino piena espressione proprio grazie alle sponsorizzazioni.

Infine i casi concreti, quale il recente e più noto esempio di sponsorizzazione in materia: la ristrutturazione del Colosseo, tra gare, interventi dell'Antitrust e varie pronunce giurisprudenziali che ha acceso il dibattito non solo attorno al monumento più famoso (e remunerativo) d'Italia e che ha, nel contempo, rappresentato la prova dell'ormai consolidata affidabilità dello strumento negoziale utilizzato, lasciandone intravedere le enormi potenzialità.

Le forme di collaborazione della P.A. con il soggetto privato

Il partenariato pubblico-privato

1.1. Introduzione

Il capitolo d'apertura rappresenta il punto di partenza imprescindibile per la comprensione dell'intero lavoro, non potendosi parlare di sponsorizzazioni senza aver prima descritto l'affermarsi nella pratica e poi la graduale introduzione nel nostro ordinamento del "fenomeno partenariato".

L'indagine si soffermerà dapprima sull'attività negoziale della pubblica amministrazione e sulla sua evoluzione, spiegando il passaggio dalle forme tradizionali fino al ridimensionamento di queste proprio in ragione dell'incontro pubblico-privato nell'ambito della realizzazione di opere pubbliche e di come tale passaggio sia ormai necessario ed obbligato, considerando anacronistica un'amministrazione che agisca ancora attraverso strumenti esclusivamente autoritativi.

Proseguendo con la trattazione, si descriveranno le origini ed i principi alla base degli accordi di partenariato, evidenziandone la matrice comunitaria in quanto formalmente riconosciuti nel 2004 dalla Commissione UE con il *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati*.

Il capitolo proseguirà con l'analisi dei tratti distintivi della collaborazione pubblico-privato, nonché con la disamina di alcuni dei principali contratti, evidenziando come la varietà dei modelli consensuali inquadrabili all'interno della categoria "partenariato" sia sintomo non solo di assodata diffusione ma anche e soprattutto del cambiamento in seno alla pubblica amministrazione, che non si serve più solo, né preferibilmente, di strumenti autoritativi.

Tale nuova prospettiva di azione è alla base del ragionamento finale del presente capitolo, che pone l'accento su quanto ormai sia indispensabile il coinvolgimento del privato per la realizzazione di iniziative pubbliche, sia in termini economici che tecnici, andando ad elevare la *public private partnership* da mera alternativa a via (quasi) obbligata non solo per sfuggire alla crisi ma anche e soprattutto per aprire una stagione di modernizzazione infrastrutturale (e non) del Paese.

1.2. L'attività negoziale della p.a.: verso l'abbandono del modello tradizionale d'azione

L'importanza dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, ovvero l'utilizzo degli strumenti propri del diritto comune (*ius privatum*) in luogo dei poteri prettamente autoritativi (*ius imperii*) tipici della posizione di supremazia rivestita dal soggetto pubblico, ha trovato pieno riconoscimento a seguito dell'introduzione, ad opera della legge 15/2005, del comma 1-*bis* all'art. 1 della legge 241/1990¹, che ha rappresentato la definitiva formalizzazione della capacità di diritto privato dell'amministrazione.

Gli albori del "sistema del diritto amministrativo", collocabili verso la fine del XIX secolo, hanno permesso il consolidamento dell'idea che l'azione amministrativa, inizialmente disciplinata dal diritto privato², sia stata progressivamente sottoposta a regole particolari dettate, per l'adozione dei suoi atti, dalla necessità di perseguire efficacemente l'interesse pubblico.

Con la novella del 2005 il tradizionale principio secondo il quale il diritto pubblico è la regola per le amministrazioni, mentre l'agire se-

¹ Art. 1-*bis* l. 241/90: «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente».

² Infatti, dall'Unità d'Italia nel 1861, e per circa altri quarant'anni, invero dottrina e giurisprudenza ritenevano che gli atti dell'amministrazione richiedenti la volontà dei privati non potessero che configurarsi quali atti consensuali e che l'unica disciplina applicabile agli stessi fosse quella privatistica. La crisi di tale concezione a favore dell'unilateralità del potere della pubblica amministrazione comincia ad affacciarsi verso la fine dell'Ottocento, ad opera della stessa dottrina privatistica, giunta ad interrogarsi circa la natura consensuale o meno dei cd. atti ablatori. Su tale ricostruzione storica del diritto amministrativo si veda, per una lucida sintesi, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino 2015, 173 ss.

condo il diritto privato l'eccezione, viene praticamente ribaltato³, in quanto l'utilizzo dello *ius imperii* dev'essere ora oggetto di espressa previsione normativa, in mancanza della quale l'azione è condotta *iure privatorum*.

In tal modo, quindi, viene codificato il *favor* verso l'utilizzo di strumenti privatistici, che l'amministrazione dovrebbe privilegiare quale espressione della propria capacità di diritto privato⁴.

Il sistema tradizionale in cui la volontà di realizzazione di qualsivoglia contratto è manifestata dal soggetto pubblico attraverso il provvedimento⁵, viene, pertanto, superato dalla novella che rappresenta, quindi, il momento di passaggio da una concezione fondata sulla centralità del provvedimento ad una basata sull'alternativa provvedimento-contratto per l'espletamento dell'attività amministrativa⁶, consentendo

alle amministrazioni pubbliche di operare secondo le norme del diritto privato e, quindi, mediante moduli negoziali, anche per la realizzazione di propri compiti istituzionali, cioè per la cura concreta degli interessi pubblici ad esse affidati dalla legge.⁷

Con la modifica alla legge sul procedimento amministrativo⁸, l'azione secondo gli schemi del diritto comune diviene quindi la regola attraverso la quale l'amministrazione si muove e persegue l'interesse collettivo, cristallizzando così il principio della prevalenza del diritto privato quale *corpus* normativo che disciplina anche l'azione dei soggetti pubblici⁹.

³ V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990*, in "www.giustamm.it", 5/2005.

⁴ R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Diritto Amministrativo. Manuale breve*, Milano 2009, 271 ss.

⁵ O. SEPE, *Contratti della pubblica amministrazione*, in *Enc. del dir.*, Milano 1960, 991.

⁶ R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, Atti del Conv. del Cons. naz. for, in *Giust. amm.*, 2008, 4.

⁷ *Rel. Della I Comm. perm. Senato* (Sen. Bassanini) sul d.d.l. n. 1281, XIV leg.

⁸ Nonchè alla nuova formulazione dell'art. 118 Cost. ad opera della legge cost. n. 3/2001 la quale ha introdotto il principio di sussidiarietà orizzontale favorendo l'iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale così come recita il quarto comma dell'articolo: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

⁹ R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano 2006, 207.

La svolta, secondo i relatori del disegno di legge n. 1281 (di riforma della l. 241/90), diviene epocale poiché non solo di stampo tecnico bensì anche culturale-istituzionale, tesa cioè

a sostituire un rapporto paritario tra i cittadini e le amministrazioni, in luogo del vecchio rapporto gerarchico, espressione di una concezione autoritaria e statalistica,¹⁰

rendendo quindi il negozio giuridico lo strumento idoneo anche al perseguimento dello specifico interesse pubblico curato dall'amministrazione.

Il contratto diviene dunque il fulcro dell'azione amministrativa, caratterizzandosi come lo strumento alternativo al provvedimento, ponendo così l'attività consensuale in una posizione paritaria rispetto all'attività autoritativa tradizionale.

Secondo autorevole dottrina¹¹, è nel riferimento letterale della norma all'attività "non autoritativa" che viene sancito l'utilizzo del diritto privato quale forma dell'ordinario agire amministrativo, senza che ciò rappresenti un'alterazione della funzione amministrativa, ma solo una modalità diversa del miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

Oltretutto, l'ordinarietà del nuovo *modus* di azione, sembrerebbe ricavabile sin dalle scelte grammaticali operate dal legislatore nel novellato comma 1-*bis*, ove l'uso dell'indicativo per il verbo "agire" indicherebbe proprio il passaggio dalla discrezionalità alla doverosità, in assenza di contrarie disposizioni legislative, dell'uso degli strumenti privatistici.

In tal modo, tutte le volte che la legge non disponga diversamente, vengono ad aprirsi per l'amministrazione spazi di quell'autonomia privata¹² che per oltre un secolo è stata oggetto di dibattito dottrinale circa la sua configurabilità anche in capo al soggetto pubblico.

Invero, si è passati da alcune concezioni che escludevano la compatibilità tra l'autonomia suddetta e lo statuto dell'azione amministrativa¹³, ad altre che ritenevano sussistere un "doppio grado" di atti, distinguendo quelli che precedono la conclusione dell'accordo (atti am-

¹⁰ *Rel. della I Comm. perm. Senato*, cit.

¹¹ P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano 2007, 5.

¹² V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2010, 243.

¹³ Con l'espressione "statuto dell'amministrazione" si suole indicare quell'insieme di regole che disciplinano l'attività dell'amministrazione, si veda F.G. SCOCA, *Diritto*, cit, 177.

ministrativi *tout court*) dal contratto stesso che manterrebbe natura, disciplina e tutela privatistica.

La tesi maggiormente accreditata, sviluppatasi negli ultimi decenni del secolo scorso, accordando all'amministrazione la possibilità di esprimersi anche attraverso strumenti privatistici, ha, allo stesso tempo, configurato anche tale *modus agendi* quale attività amministrativa, poiché funzionalizzata al raggiungimento dello scopo vincolante rappresentato dalla soddisfazione dell'interesse pubblico¹⁴.

In questo senso è sicuramente ammissibile riconoscere in capo al soggetto pubblico l'autonomia privata intesa in senso ampio e generico quale potere di regolazione dei propri obiettivi; al contrario, una nozione precisa darebbe rilievo alla libera valutazione degli interessi e del modo di soddisfarli, con pedissequa esclusione di qualsiasi vincolo di scopo e di ogni forma di attenzione per gli interessi delle controparti, salvo la buona fede.

Anche nell'adozione di atti non autoritativi, quindi, la pubblica amministrazione esercita potere amministrativo - ovvero sia un potere non libero, ma espressione della funzione amministrativa quale *deputatio ad finem*, immanente a tutta l'azione amministrativa – ed è tenuta al rispetto di quell'insieme di regole che lo disciplinano.

Se, dunque, è vero che l'utilizzo dello strumento contrattuale rappresenta un punto di svolta per un'amministrazione "nuova", ovvero rivolta al futuro e ad un sistema produttivo maggiormente competitivo grazie a moduli convenzionali che vedono il coinvolgimento del soggetto privato, è allo stesso modo vero che lo stesso soggetto pubblico, anche nell'utilizzo dello strumento negoziale, non possa violare quei principi generali da cui la l'agire amministrativo non può prescindere.

Il soggetto pubblico, infatti, in ogni caso agisce per la realizzazione degli interessi della collettività, ciò significando che il complesso dell'azione amministrativa, a prescindere dalla normativa utilizzata, deve comunque soggiacere al rispetto dei criteri di efficacia, efficienza, economicità e trasparenza¹⁵, tutti rientranti nel principio di buon andamento previsto dall'art. 97 della Costituzione.

Principio che, relativamente ai contratti stipulati dall'amministrazione, viene garantito dalla cd. evidenza pubblica, ovvero da quel procedimento

¹⁴ F.G. COCA, *Diritto*, cit, 177 ss.

¹⁵ N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La Pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino 2005, 78 ss.

amministrativo diretto alla cura di un interesse pubblico (quale l'utilizzo dei fondi dell'amministrazione per scopi di interesse collettivo) eterogeneo rispetto all'interesse che sorregge il contratto¹⁶.

Si tratta, cioè, dell'*iter* generale (previsto già dagli artt. 11-12 del d.lgs. 163/2006, vecchio Codice dei contratti pubblici) seguito per poter addivenire alla stipula di un contratto e che si articola nelle quattro fasi cd. di deliberazione a contrarre, scelta del contraente, conclusione e approvazione del contratto.

Questo poiché l'azione dell'amministrazione non è solo funzionale al pubblico interesse, ma deve svolgersi nel rispetto del cd. principio del procedimento che ha, appunto, nell'evidenza pubblica la sua espressione.

La determinazione a contrarre (così definita dal comma 2 dell'art. 32 d.lgs. 50/2016) è l'atto con il quale l'amministrazione manifesta la volontà di concludere un contratto e ne «individua gli elementi essenziali [...] e i criteri di selezione degli operatori economici e dei soggetti offerenti», e che rappresenta la base per la successiva predisposizione del bando di gara il quale, una volta pubblicato, permette la presentazione delle offerte ai soggetti interessati.

Conseguentemente, ricevute le offerte, l'amministrazione procederà allo svolgimento della gara ed introdurrà la successiva fase di scelta del contraente, mediante procedure c.d. aperte (a tutti gli operatori economici), ristrette (a soggetti già selezionati dalle amministrazioni ed invitati a presentare offerte mediante specifico atto o lettera d'invito), negoziate (nelle quali le stazioni appaltanti negoziano direttamente con i soggetti scelti le condizioni del contratto) nonché di dialogo competitivo (previsto nel caso di appalti particolarmente complessi e che verrà trattato nell'ultimo paragrafo del presente capitolo)¹⁷.

La scelta ricadrà sul soggetto che avrà presentato l'offerta migliore in base ai criteri equivalenti del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicati dall'art. 95 comma 2, del d.lgs.

¹⁶ S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto. Profili sostanziali e processuali*, Milano 2008, 102 ss.

¹⁷ Il Codice del 2006 ha previsto, inoltre, ulteriori procedure di scelta del contraente, tra cui l'accordo quadro (art. 59), consistente nella possibilità per l'amministrazione di procrastinare l'individuazione di alcuni elementi contrattuali ad una fase successiva alla conclusione dell'accordo (di solito prezzi e quantità, ai sensi dell'art. 3 comma 13 d.lgs. 163/2006), nonché i sistemi dinamici di acquisizione (art. 60), processi di scelta dell'operatore economico interamente elettronici, generalmente per acquisti di uso corrente.