

# Di necessità, virtù: esigenze pubbliche e contratti atipici della pubblica amministrazione

di Vanessa Viti

Data di pubblicazione: 16-5-2017

1. Aspetti introduttivi; 2. Il contratto atipico come strumento dell'azione amministrativa. Le diverse modalità di realizzazione dell'interesse pubblico hanno messo in discussione i principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, che pertanto hanno necessitato di una rilettura. Inapplicabilità del principio di tipicità amministrativa all'attività contrattuale della pubblica amministrazione; 3. Figure principali di contratti atipici di cui l'Amministrazione si avvale, in merito alle quali si registra una tipizzazione settoriale affidata all'apporto giurisprudenziale e all'elaborazione dottrinale dei principi cardine del procedimento amministrativo e dei principi di derivazione comunitaria; 3.1. Contratto di tesoreria integrato con clausola di sponsorizzazione; 3.2. Il contratto di brokeraggio; 4. Il contratto di compravendita di cosa futura. Tipicità comune e autonomia contrattuale della P.A.; 5. Conclusioni.

## 1. Aspetti introduttivi

L'attività amministrativa per contratti negli ultimi dieci anni ha subito delle profonde modificazioni, in parte dovute all'influsso positivo europeo, in parte dovute alla forte crisi economica che ha spinto la legislazione ad accogliere figure procedurali più flessibili, le quali sebbene in partenza estranee ai modelli procedurali italiani<sup>[1]</sup>, consentono un miglior impiego delle risorse pubbliche seppur nell'ottica di continuare ad assicurare la più ampia concorrenza ed accesso al mercato da parte delle imprese, soprattutto le medio-piccole.

Questo processo ha portato inoltre, in particolare nel settore delle opere pubbliche, a sperimentare e financo a consacrare strumenti contrattuali diversi dall'appalto, caratterizzati da una minore rigidità in quanto non regolamentati, che hanno trovato la loro naturale collocazione nell'ambito dell'alveo del partenariato pubblico privato. Tale strumento si è dimostrato in grado, attraverso un maggiore coinvolgimento del privato a livello di progettazione ed esecuzione dell'intervento, nonché nella fase di gestione delle opere stesse, di assicurare una buona percentuale di risparmio alle pubbliche amministrazioni.

La pubblica amministrazione è stata così legittimata ad avviare col privato una sempre più rilevante collaborazione "alla pari", utilizzando delle figure contrattuali che fino a qualche anno prima non erano comuni e che grazie alla loro flessibilità hanno consentito il migliore adattamento alle nuove combinazioni di finalità pubbliche e interessi privati che il mercato ha portato<sup>[2]</sup>.

Questa nuova “rivoluzione dell’amministrazione per contratti”, si manifesta attraverso tre linee evolutive: la prima riguardante la flessibilità delle procedure selettive e di scelta del contraente privato per l’affidamento dei contatti tipici<sup>[3]</sup>; la seconda riguarda l’utilizzo del partenariato pubblico privato e degli strumenti di contrattazione atipici recepiti nel codice dei contratti pubblici; la terza via si sviluppa infine attraverso il riconoscimento di strumenti contrattuali tipici e atipici concepiti dalla prassi e riconosciuti da dottrina e giurisprudenza.

Si tratta di una tendenza evolutiva che apporta nuova linfa alla contrattualistica pubblica e che dà maggior rilievo a quella capacità negoziale riconosciuta all’ente pubblico, accrescendone non solo l’ambito di discrezionalità in relazione alla gestione delle procedure selettive, ma altresì quell’autonomia contrattuale che si suole riconoscere alla p.a.<sup>[4]</sup> .

Oltre alle figure di partenariato codificate ed alle forme atipiche di contrattazione che si analizzeranno<sup>[5]</sup> , il fenomeno di cui si tratta si è nutrito altresì di quelle forme di collaborazione pubblico-privata c.d. istituzionale costituita principalmente dalle società miste pubblico-private, e di recente dal fenomeno costituito dalle fondazioni private di partecipazione, delle quali si dà atto, ma che non rientrano nell’economia della presente trattazione<sup>[6]</sup>.

In ogni caso si tratta di situazioni che vedono l’instaurarsi di una collaborazione tra soggetto pubblico e operatore privato per la realizzazione di obiettivi in parte coincidenti, mediante modalità che, sebbene caratterizzate dall’elasticità emblematica dell’atipicità, comunque perseguono e siano in grado di attuare il soddisfacimento dell’interesse pubblico, nel pieno rispetto dei principi di concorrenzialità.

Negli ultimi anni la legislazione nazionale e quella comunitaria hanno posto particolare attenzione alla regolamentazione del partenariato già diffuso nella prassi amministrativa<sup>[7]</sup> , proprio in considerazione del crescente ricorso allo strumento, che si caratterizza principalmente, oltre che per una particolare elasticità, anche per il risparmio che consente di ottenere<sup>[8]</sup> .

L’applicazione della regola dell’evidenza pubblica all’istituto del partenariato, così come all’affidamento dei contratti atipici<sup>[9]</sup>, ha determinato da una parte la legittimazione dell’utilizzo di questi strumenti (inediti per la p.a.), mentre dall’altra parte ha provocato un irrigidimento della struttura geneticamente flessibile degli stessi, comportando un maggior rigore nel momento fondamentale di scelta del *partner* privato.

Tuttavia è stato osservato che l’introduzione delle regole dell’evidenza pubblica derivanti dal rilievo riconosciuto alla concorrenza anche nell’ambito della scelta del *partner* privato per l’esecuzione dei contratti atipici e dei contratti di partenariato è in fin dei conti l’unico metodo che la pubblica amministrazione può applicare per assicurarsi una buona riuscita in un ambito ancora non interamente testato, come quello della collaborazione pubblico-privato e dell’utilizzo degli strumenti contrattuali atipici<sup>[10]</sup> .

Rispetto ai contatti atipici in merito ai quali non sussista un obbligo di legge che imponga il ricorso alla procedura dell’evidenza pubblica, la dottrina si è lungamente interrogata su quale fosse il fondamento dell’obbligatorietà del procedimento amministrativo di selezione del

contraente.

Il dibattito si è innescato all'indomani dell'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 1 della L. 241/1990<sup>[11]</sup>, che come noto introduceva il principio secondo cui la pubblica amministrazione, nell'adozione degli atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato *salvo che la legge disponga diversamente*. In base all'interpretazione letterale della norma, la dottrina aveva rilevato come, in mancanza di una normativa di stampo pubblicistico che appositamente obbligasse all'esperimento della procedura ad evidenza pubblica, la p.a. avrebbe potuto, agendo secondo le norme del diritto privato, affidare il contratto a prescindere dalla procedura competitiva<sup>[12]</sup>.

A quel punto la garanzia del principio di legalità e la funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti si sarebbe potuta garantire soltanto mediante un'estensione analogica del disposto del comma 1 dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo. Così il previo esperimento della procedura competitiva per la selezione del contraente discenderebbe direttamente dai principi generali dell'ordinamento amministrativo di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. Nella trattazione che segue si avrà modo di vedere quale lettura sia stata data dalla giurisprudenza e dalla dottrina con riferimento a talune specifiche fattispecie contrattuali tipiche e atipiche.

In ogni caso l'attenzione dimostrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza su tali problematiche ha consentito di elaborare in maniera più consapevole una linea di pensiero sull'entità dell'autonomia contrattuale che si può riconoscere in capo all'ente pubblico<sup>[13]</sup>.

Nell'ambito della trattazione si analizzeranno le varie fasi del pensiero giuridico che hanno portato la dottrina e la giurisprudenza ad avallare la legittimazione delle pubbliche amministrazioni di avvalersi di strumenti contrattuali atipici, sia nell'ambito del partenariato che fuori di esso, nell'esplicazione della propria autonomia contrattuale.

Questione prodromica è l'individuazione dell'attuale dimensione dei principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa. L'estensione e l'odierna accezione dei due principi si pone come presupposto del delinearsi dell'autonomia contrattuale del *buyer* pubblico, e della sua capacità a porre in essere contratti atipici per l'adempimento delle proprie finalità istituzionali. In buona sostanza nelle pagine che seguono si cercherà di individuare l'attuale estensione dell'autonomia contrattuale della p.a. nell'ambito del rispetto del fine istituzionale, prendendo in considerazione in particolare quei contratti atipici introdotti dalla prassi e riconosciuti dalla giurisprudenza.

**2. Il contratto atipico come strumento dell'azione amministrativa. Le diverse modalità di realizzazione dell'interesse pubblico hanno messo in discussione i principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa, che pertanto hanno necessitato di una rilettura. Inapplicabilità del principio di tipicità amministrativa all'attività contrattuale della pubblica amministrazione**

Nell'ambito dell'analisi che ci si appresta a fare, appare opportuno partire dal seguente punto fermo: «Il principio di tipicità dei contratti va tenuto ben distinto dal principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi: se in forza del principio di legalità, l'amministrazione può adottare solo provvedimenti che costituiscono espressione di una specifica attribuzione di potere, non per questo le va negata la generale libertà di contrattare ai sensi dell'art. 1322 C.C.»<sup>[14]</sup>.

Come si avrà modo di osservare nelle pagine che seguono, l'utilizzo del contratto atipico<sup>[15]</sup> come strumento tipico dell'*agere* amministrativo per contratti ha comportato la necessità di operare una rilettura dei principi generali in materia di azione amministrativa, e soprattutto del principio di legalità, il quale dovrà dunque essere interpretato diversamente rispetto al passato<sup>[16]</sup>.

Come si è avuto modo di osservare infatti, anche grazie al riconoscimento operato dal comma 1 *bis* dell'art. 1 della L. n. 241/1990, lo strumento autoritativo cessa di essere lo strumento primario dell'azione della p.a., in favore dell'utilizzo degli strumenti privatistici, tra i quali spicca il contratto, ancorché atipico<sup>[17]</sup>.

Così l'attività contrattuale assurge ad un rango equiordinato rispetto all'attività autoritativa tradizionalmente intesa, nella permanenza però di quei principi generali di legalità e tipicità che scortano l'azione della p.a., i quali hanno dovuto subire negli ultimi anni una rilettura atta ad adattarne la portata rispetto all'attività amministrativa per contratti<sup>[18]</sup>.

Questione strettamente connessa alla portata dei principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa è il riconoscimento dell'autonomia contrattuale alla pubblica amministrazione. Occorre in proposito recuperare il tema della necessaria *funzionalizzazione* dell'attività amministrativa per contratti. Come noto in base alla dottrina prevalente il principio di legalità si manifesta e trova soddisfazione nell'espletamento dell'autonomia contrattuale della p.a. quando questa si esplica attraverso contratti tipizzati, ed il cui utilizzo è garantito da norme di stampo pubblicistico che ne legittimano l'impiego nei modi e nelle forme indicati. È stato dunque osservato che elemento fondante fosse proprio il rapporto tra questo concetto di funzionalizzazione e la *tipicità* intesa in senso generale.

Nell'ultimo ventennio del secolo scorso al tema del ricorso a contratti non tipizzati da parte della pubblica amministrazione, si soleva affiancare, ed anzi sovrapporre, il principio di tipicità amministrativa con il concetto di tipicità contrattuale.

La dottrina amministrativista dell'epoca ha così cercato di operare una distinzione tra tipicità amministrativa e contrattuale, focalizzandosi proprio sul concetto di funzionalizzazione<sup>[19]</sup>, che costituiva il corollario del principio di legittimità sul versante contrattuale. Quest'ultima era infatti considerata insita nell'attività tipica provvedimento autoritativa della p.a., mentre per rinvenirla nell'attività contrattuale è stato necessario declinare in maniera diversa il principio di legalità. In questo modo l'attività contrattuale della p.a. è stata considerata conforme al principio di legalità che regge l'*agere* amministrativo soltanto quando fosse funzionalizzata,

vale a dire si svolgesse nelle modalità e nei limiti indicati dalla disciplina pubblicistica di riferimento, e ciò si poteva verificare soltanto laddove ci si avvalesse di modelli contrattuali tipici, la cui meritevolezza degli interessi perseguiti fosse già valutata a priori dal legislatore e per i quali esistesse una disciplina di diritto comune applicabile.

In merito è stato allora sottolineato che la funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico, come concretizzato nello scopo istituzionale dell'ente, non necessitasse del contratto tipizzato la cui meritevolezza fosse definita a monte dal legislatore, ben potendo dirsi soddisfatta anche attraverso l'utilizzo del contratto atipico in quanto: «L'essere il contratto tipico od atipico (...), non incide sulla necessità, comunque riconosciuta, della finalizzazione dello stesso al perseguimento dell'interesse pubblico proprio dell'ente che lo pone in essere. In tal senso, i contorni del principio di legalità non paiono in alcun modo minacciati dall'atipicità contrattuale»<sup>[20]</sup>.

In questo senso è stata sostenuta una lettura attualizzata del principio di legalità, distinguendosi tra *legalità-indirizzo* e *legalità-garanzia* ove la prima è garantita dalla funzionalizzazione, mentre la seconda è assicurata dal rispetto dei canoni di tipicità e nominatività<sup>[21]</sup>. In tal modo è stato possibile distinguere il piano della funzionalizzazione, il cui soddisfacimento può avvenire anche mediante contratti c.d. atipici, dal piano della tipicità, che rimane garanzia per il privato cittadino nell'ambito dell'attività autoritativa della p.a., in quanto non gli può essere riconosciuta finalità di indirizzo dell'attività contrattuale pubblica.

In altri termini, il principio della tipicità dell'azione amministrativa, seppur valevole rispetto all'attività amministrativa, non ha alcun valore rispetto all'attività contrattuale<sup>[22]</sup>, in quanto la tipicità dell'azione amministrativa autoritativa ha funzione di garanzia per il privato nei confronti di un'attività che può incidere sulla sua sfera giuridica anche a prescindere dalla sua volontà, eventualità che non si verifica nell'attività convenzionale, per la quale perciò il principio di tipicità non ha ragion d'essere.

Oltre a quest'evidenza è stato peraltro sottolineato che la tipicità civilistica è ben altra cosa rispetto alla tipicità amministrativa, sia per genesi che per funzione<sup>[23]</sup>. Soprattutto la funzione che ha la tipicità civilistica, investendo la causa del contratto, si discosta ampiamente dal concetto di tipicità del provvedimento amministrativo, in cui certamente non sembra opportuno parlare di causa<sup>[24]</sup>, che nel caso, risiederebbe nel perseguimento del fine pubblico cui il provvedimento mira, e dunque fonderebbe il potere e non il provvedimento.

Ne discende che la tipicità riferita al provvedimento amministrativo non può essere in alcun modo confusa con la tipicità dei contratti. Quest'ultima ha infatti ad oggetto la tipizzazione di uno strumento contrattuale, di cui la norma civilistica fissa la disciplina di base da prendere a riferimento una volta prescelto il tipo, mentre nel caso del provvedimento amministrativo la tipicità ha una funzione di garanzia che nulla ha a che vedere con la causa.

Ciò posto, la dottrina in analisi ha allora concluso che il principio di tipicità riconosciuto come fondante l'attività autoritativa della p.a. non possa dirsi applicabile all'attività contrattuale della stessa, che invece trova la propria legittimazione nella c.d. funzionalizzazione.

La funzionalizzazione, intesa come declinazione del principio di legalità-indirizzo, fonda il ricorso allo strumento contrattuale anche privo di regolamentazione civilistica, purché la sua causa (da individuarsi, si badi bene, in concreto) sia meritevole e conforme al fine istituzionale dell'ente.

A tale ultimo fine si impone il giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 co. 2 del c.c., mediante il quale l'ente pubblico, cui è riconosciuta la piena capacità ed autonomia negoziale, può valutare di porre in essere un contratto non tipizzato quando le caratteristiche di questo siano compatibili con il proprio fine istituzionale, a prescindere da una normativa di stampo pubblicistico che lo legittimi a tale scelta.

La libertà che caratterizza il modo di agire dei privati si concreta nella possibilità di porre in essere contratti atipici, vale a dire sprovvisti di un *nomen juris* definito dal legislatore, nella possibilità di combinare insieme più tipi contrattuali e nella possibilità di perseguire, mediante contratti tipizzati, fini diversi da quelli per essi determinati dal legislatore<sup>[26]</sup>, nonché nella possibilità di perseguire con modalità contrattuali atipiche le finalità che si perseguono con contratti tipici.

Rispetto a tale contenuto della libertà contrattuale riconosciuta ai privati, l'autonomia dell'ente pubblico risulta in realtà più ristretta, in particolare, come noto, rispetto alla determinazione del fine da perseguire che non può discostarsi dal fine pubblico istituzionale per cui l'ente è stato creato.

La dottrina cui ci si riporta, alla domanda se fosse possibile per l'ente pubblico ricorrere a strumenti negoziali non tipizzati rispondeva dando conto dell'assenza nell'ordinamento italiano di una norma che legittimasse la pubblica amministrazione a servirsi di contratti atipici per il soddisfacimento dei propri bisogni e il raggiungimento dei propri scopi istituzionali, e che nonostante tale assenza non vi fosse alcun motivo per dubitare di tale facoltà.

Non essendo infatti il principio di tipicità riferibile all'attività contrattuale, la p.a. è libera di ricorrere a schemi contrattuali atipici in forza della propria autonomia contrattuale, senza dover rintracciare nell'ordinamento una norma di stampo pubblicistico che a ciò la legittimi<sup>[26]</sup>.

Il problema della verifica della meritevolezza degli interessi che s'intendono soddisfare con il contratto atipico di cui all'art. 1322 co. 2 del c.c. si pone in relazione, nel caso degli enti pubblici, con il fine istituzionale dell'ente stesso. In questo caso cioè il rispetto della legalità è dato dalla funzionalizzazione e non dalla predeterminazione degli schemi di azione<sup>[27]</sup>.

Secondo l'orientamento che si è riportato, ciò che rileva, e che consente di parlare di funzionalizzazione è, oltre alla coerenza con il fine istituzionale dell'ente, la tipicità del procedimento di affidamento del contratto, che, invece, sarebbe l'unico ambito in cui si ravvisa attività puramente amministrativistica. Come si è avuto modo di sottolineare infatti, soprattutto a valle dell'inserimento del comma 1 *bis* nell'art. 1 della l. n. 241/1990, si è posto il problema della necessità o meno dell'esperimento della procedura selettiva ad evidenza pubblica per l'affidamento dei contratti, nei casi in cui non sia espressamente richiesto da disposizioni positive<sup>[28]</sup>, come ad esempio ove si parli di contratti atipici non disciplinati dalle norme sul

partenariato.

Quel che rileva, anche quando l'attività non autoritativa è retta dal diritto privato, è che essa continui ad essere improntata ai principi di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, nonché ai principi dell'ordinamento comunitario.

Così se la p.a. decidesse di avvalersi di contratti atipici, ben potrà farlo, purché il fine che con lo schema non tipizzato si intenda realizzare sia in primo luogo coerente con il fine istituzionale e l'affidamento del contratto preceduto da una procedura selettiva del contraente che assicuri la convenienza per l'ente pubblico che se ne avvale e il libero accesso agli operatori economici interessati<sup>[29]</sup>.

Per le p.a. si può perciò configurare solo un vincolo di scopo anche con riferimento ai contratti atipici, dovendo questi essere strettamente funzionali alla realizzazione del fine pubblico perseguito dall'ente. La tipizzazione cioè, conseguente al principio di legalità, riguarda quindi solo l'interesse perseguito dall'ente pubblico e non anche lo strumento usato per conseguirlo<sup>[30]</sup>.

Inoltre è stato evidenziato come l'affidamento del contratto atipico mediante procedura selettiva abbia una funzione di garanzia altresì per il privato, mettendolo in condizione di evitare arbitri da parte dell'amministrazione<sup>[31]</sup>. Una simile esigenza si fonda sull'opportunità di assicurare un controllo giurisdizionale circa il rispetto di tali principi, anche in assenza di apposita norma<sup>[32]</sup>.

In questo modo è stata valutata la compatibilità dello strumento negoziale anche atipico con i principi che governavano e continuano a governare l'attività amministrativa.

La necessità di avallare il contratto atipico come strumento di soddisfazione dell'interesse pubblico si era sentita in un momento storico in cui la p.a. non soleva fare regolarmente ricorso allo strumento atipico e soprattutto in un momento storico in cui si era ancora lontani dall'attuale plesso normativo, in cui il ricorso ai contratti atipici di partenariato viene addirittura previsto dal legislatore. Quando si cominciò ad analizzare l'opportunità di avvalersi di contratti non tipizzati l'atteggiamento della p.a. nei confronti dello strumento era di diffidenza assoluta, che discendeva dalla considerazione che esso «(...) non consenta la necessaria funzione di garanzia rappresentata dalla verifica della corrispondenza dell'atto posto in essere con un modello preventivamente tipizzato»<sup>[33]</sup>.

Il fatto che non vi fosse un'adeguata normazione pubblicistica in merito aveva dunque limitato il ricorso agli strumenti contrattuali atipici, in parte anche per la ragione – di cui è detto in merito alle nuove tipologie procedurali – della mancanza di fiducia da parte del funzionario pubblico e dal rischio di incorrere in responsabilità amministrativa gravata dal rischio del danno erariale, che tradizionalmente hanno spinto la p.a. alla cautela per via del timore degli esiti incerti cui l'utilizzo di uno strumento contrattuale non tipizzato potesse condurre. Del resto, «i contratti atipici hanno lo svantaggio di non fornire una certa e valida cornice giuridica di riferimento all'interno della quale possa muoversi liberamente l'autonomia contrattuale, che consentirebbe di colmare eventuali lacune lasciate dalle parti nella definizione dell'assetto degli interessi dedotti nel negozio. Tale situazione rappresenta una notevole fonte di incertezza e di

costi, soprattutto in caso di contenzioso»<sup>[34]</sup>. Dunque la finalità perseguita dal legislatore nel tipizzare talune ipotesi di contratti atipici, disciplinandone in particolare il contenuto minimo e la procedura di aggiudicazione, è stata proprio quella di favorire il ricorso allo strumento atipico ed aumentarne l'utilizzo rispetto al passato. In che termini questo avrà inciso sulla autonomia contrattuale della pubblica amministrazione, questo si vedrà.

In questa sede quel che preme rilevare è che il vantaggio della contrattualistica atipica o innominata costituito dalla flessibilità che si apporta all'azione della p.a. rafforza quella che viene detta "amministrazione di risultato"<sup>[35]</sup>. Dunque la rilettura nella nuova ottica del principio di legalità che incorpora un nuovo concetto di buon andamento dell'amministrazione - di risultato -, determina un passaggio dal vincolo di legalità al vincolo di risultato<sup>[36]</sup>.

### **3. Figure principali di contratti atipici di cui l'Amministrazione si avvale, in merito alle quali si registra una tipizzazione settoriale affidata all'apporto giurisprudenziale e all'elaborazione dottrinale dei principi cardine del procedimento amministrativo e dei principi di derivazione comunitaria**

Come si è avuto modo di osservare, la generale capacità di diritto privato e la supposta autonomia contrattuale della pubblica amministrazione hanno comportato il riconoscimento dell'ammissibilità del ricorso a strumenti contrattuali legalmente atipici, anche in mancanza di una normativa di stampo pubblicistico che ne legittimasse l'utilizzo.

Per vero la norma pubblicistica che tratta di strumenti contrattuali legalmente atipici, se da una parte ne avalla l'utilizzo determinando nel pubblico funzionario che ne contempla l'impiego un affidamento nella legittimità del proprio operato, dall'altra inserisce elementi che inevitabilmente si innestano nella struttura del contratto, determinando di fatto un detrimento di quell'autonomia contrattuale che ne consentiva la fruizione.

Il presupposto di una simile autonomia sembra potersi riassumere nel seguente brocardo: «Non è vero che la persona giuridica può far solo ciò che la legge le consente, ma tutto ciò che la legge non vieta»<sup>[37]</sup>.

In senso contrario occorre riportare la posizione di quella dottrina che rinveniva nell'esistenza di una normativa sostanziale positiva un limite all'autonomia negoziale degli enti pubblici. Tale dottrina si fondava sul principio positivo dell'attività negoziale della p.a., opposto al principio negativo che regola i rapporti tra privati. Così secondo quest'orientamento sarebbe stata necessaria una normativa sostanziale idonea a giustificare una determinata attività negoziale pubblica, in quanto il principio positivo sarebbe applicabile, oltre che all'attività di diritto pubblico della p.a., altresì all'attività di diritto privato. In questo senso, in tempi anche recenti, è stata fortemente criticata l'ammissibilità della piena equiparazione tra soggetto pubblico e privato, che avrebbe portato ad una mancanza di tutela degli interessi obiettivi degli enti pubblici e dunque della collettività<sup>[38]</sup>.

Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, la parte maggioritaria della dottrina, nonché la

giurisprudenza più recente tende ad ammettere che la pubblica amministrazione possa operare nei limiti della legge, ove non sia presente alcuna disposizione che le vieti di porre in essere dei contratti non tipizzati.

Del resto è stato osservato che proprio il crescente utilizzo di contratti atipici - modulati dagli strumenti utilizzati dalle prassi commerciali dei privati - da parte degli enti pubblici ai fini di realizzare scopi di interesse pubblico, stia a dimostrare l'assenza di qualsivoglia limite all'autonomia contrattuale della p.a., che dunque può perseguire il proprio fine istituzionale anche mediante contratti atipici non normati dal diritto comune né previsti in linea di principio dalla normativa dei contratti pubblici<sup>[39]</sup>.

Come si avrà modo di osservare sono molteplici le tipologie contrattuali normativamente atipiche<sup>[40]</sup> ma ormai socialmente tipiche di cui l'ente pubblico si avvale per il raggiungimento del proprio fine e per il soddisfacimento dei propri bisogni.

La questione che si pone rispetto a queste tipologie atipiche di contrattazione è in quale modo tale attività possa considerarsi funzionalizzata, posta l'assenza di esplicito richiamo giuspubblicistico in merito. A questo proposito vengono in evidenza due ordini di problemi: il primo, di ordine generale, relativo alla valutazione dell'interesse che si intenda soddisfare ricorrendo allo strumento contrattuale non tipizzato; il secondo problema è invece relativo alla modalità di scelta del contraente cui affidare la commessa atipica.

La specificità del contratto non tipizzato nel caso a ricorrervi sia la p.a., risiede, come si è detto, nell'esistenza del vincolo di scopo che permea di sé tutta l'attività dell'ente pubblico. Il vincolo del raggiungimento del fine pubblico grava su tutta l'attività dell'ente, ma il suo effettivo apprezzamento diviene essenziale relativamente all'utilizzazione di schemi contrattuali atipici, proprio perché vi si ricorre in assenza di normativa comune di riferimento nonché in assenza, in questo caso, di normativa pubblicistica che ne "legittimi" l'utilizzo.

Pertanto, per considerare un contratto atipico utilizzabile dalla p.a. è necessario che venga effettuata un'attenta verifica a monte circa la stretta funzionalità di questo alla realizzazione del fine perseguito dall'ente pubblico e che una volta determinata l'ammissibilità dell'utilizzo dello strumento, l'individuazione del contraente avvenga secondo certi canoni e nel rispetto di certi principi<sup>[41]</sup>. La giurisprudenza ha per vero sottolineato che in taluni casi occorra altresì un'attenta valutazione circa l'impossibilità, la sconvenienza e l'inadeguatezza di altro strumento tipico<sup>[42]</sup>.

Sulla questione relativa all'individuazione delle regole applicabili alla selezione del contraente nel caso di schemi negoziali non disciplinati, si ritiene che la selezione mediante un procedimento amministrativo costituisca un obbligo gravante sulla p.a. a prescindere dall'esplicita previsione legislativa<sup>[43]</sup>. Pertanto la procedimentalizzazione dell'attività della p.a., anche nel caso in cui non sia previsto un vero e proprio obbligo da parte del legislatore<sup>[44]</sup>, dovrà avvenire nel rispetto dei principi cardine sul procedimento amministrativo, alcuni dei quali di derivazione comunitaria, quali buon andamento e imparzialità, partecipazione, trasparenza, buona fede, imparzialità, uguaglianza, parità di trattamento e pubblicità<sup>[45]</sup>.

Una simile esigenza discendente dai principi costituzionali riferibili alla Pubblica Amministrazione, non risulta contraria né confliggente con la realizzazione dell'interesse pubblico, bensì essenziale.

Occorre allora sottolineare come tale necessità sia riscontrabile altresì nelle ipotesi in cui si sia al di fuori dell'esercizio del potere, e dunque all'interno del campo di esercizio dell'autonomia negoziale della p.a.

L'opportunità di procedimentalizzare l'affidamento della commessa pubblica anche laddove manchi l'esplicitazione normativa di tale obbligo, vede d'accordo la dottrina e la giurisprudenza più recenti, che relativamente ad ogni tipologia contrattuale per la quale non vi sia stata imposizione normativa esplicita hanno individuato i principi e talvolta la tipologia di procedura applicabile.

«In tal senso, la fase precedente alla stipulazione del contratto è, per i contratti atipici, ancor più delicata di quanto non avvenga per i contratti tipizzati»<sup>[46]</sup>.

I contratti atipici hanno infatti una struttura generalmente complessa e necessitano di una particolare attenzione nella definizione dei requisiti di partecipazione e nell'individuazione dei criteri di aggiudicazione.

In ogni caso, *a fortiori* depone anche il disposto del nuovo codice dei contratti pubblici, che all'art. 30 co. 8 prevede una vera e propria clausola di chiusura del sistema, in base alla quale «Per quanto non espressamente previsto nel codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e *alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici* si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

Al pari dei principi suddetti, anche laddove la selezione del contraente avvenga nel rispetto dei principi di evidenza pubblica, occorrerà considerare conferenti altresì i principi di buona fede e correttezza individuati dal codice civile e già da tempo ritenuti applicabili all'attività contrattuale e soprattutto precontrattuale della pubblica amministrazione.

Ciò premesso, di seguito si analizzeranno il contratto di brokeraggio ed il contratto di compravendita di cosa futura, selezionati in base alle peculiari questioni relative all'ammissibilità del loro utilizzo da parte degli enti pubblici.

### **3. Contratto di tesoreria integrato con clausola di sponsorizzazione**

Uno dei contratti atipici che negli ultimi anni ha suscitato l'interesse della giurisprudenza amministrativa, e che dalla dottrina è stato trattato come la "costola di Adamo" del contratto di sponsorizzazione<sup>[47]</sup>, è il contratto di tesoreria<sup>[48]</sup> integrato con la clausola della

sponsorizzazione.

Questa tipologia contrattuale nasce nell'ambito degli affidamenti del servizio di tesoreria degli enti locali territoriali, anche se è stato sottolineato che l'utilizzo della clausola di sponsorizzazione nel contratto di tesoreria sia prassi in uso anche presso le Università degli Studi<sup>[49]</sup>, nonché ultimamente anche di altri Enti come le Camere di Commercio<sup>[50]</sup>.

In base al disposto dell'art. 209 del D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – c.d. TUEL «testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» -, il servizio di tesoreria consiste nel «complesso di operazioni legate alla gestione finanziaria dell'ente locale e finalizzate in particolare alla riscossione delle entrate, al pagamento delle spese, alla custodia di titoli e valori e agli adempimenti connessi previsti dalla legge, dallo statuto, dai regolamenti dell'ente o da norme patrizie (...)»<sup>[51]</sup>.

Nella prassi in uso presso gli enti locali, il contratto di tesoreria si caratterizza per essere un contratto a titolo gratuito, che non prevede dunque onere alcuno a carico dell'amministrazione in favore degli istituti bancari e pertanto qualificabile in termini giuscontabilistici come "attivo". Ciò si evince anche dalla modalità di affidamento del contratto di tesoreria che talvolta viene affidato in forma di concessione<sup>[52]</sup>.

In ogni caso per l'affidamento del contratto di tesoreria vengono generalmente poste in essere procedure competitive pubblicizzate sui siti istituzionali degli enti procedenti, cui gli istituti di credito chiedono di partecipare anche semplicemente per ampliare la propria clientela, in ragione degli indubbi benefici, soprattutto in termini pubblicitari e d'immagine, derivanti dallo svolgimento del servizio per conto dell'ente pubblico. In sostanza gli istituti bancari non traggono un diretto beneficio dalla gestione a titolo gratuito del servizio<sup>[53]</sup>.

Contraddistinguendosi per la gratuità delle prestazioni in considerazione della mancata corresponsione di un compenso da parte dell'amministrazione in favore degli istituti di credito, il servizio di tesoreria per lungo tempo non è stato ritenuto assoggettabile alle procedure per l'affidamento dei contratti d'appalto di servizi, affermandosi come fattispecie contrattuale atipica. Il riconoscimento della capacità dell'amministrazione di poter ricorrere al contratto atipico di tesoreria discende, come si è visto, dal riconoscimento della sua autonomia contrattuale, per cui in base all'art. 1322 co. 2 del codice civile è possibile porre in essere contratti che sebbene non tipizzati, siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

La prassi in uso presso gli enti locali ha visto il diffondersi del supplemento della clausola di sponsorizzazione aggiunta allo schema contrattuale della tesoreria, in ragione della quale al servizio di tesoreria si aggiunge un corrispettivo riconosciuto dall'istituto bancario alla stazione appaltante, secondo alcuni a titolo di liberalità<sup>[54]</sup>. Si tratta di contributi per il finanziamento di iniziative di utilità sociale, manifestazioni culturali *et similia*.

Attualmente la necessità di porre in essere una procedura pubblica selettiva per l'affidamento di detto contratto non è in dubbio, benchè la giurisprudenza amministrativa si sia lungamente interrogata sulla legittimità di un simile schema contrattuale, soprattutto in considerazione del

fatto che l'inserimento nel bando di gara, fra i criteri di valutazione delle offerte, di una clausola che prevedesse la disponibilità dei partecipanti a stipulare un contratto di sponsorizzazione con assunzione dei relativi oneri e correlativa attribuzione di un punteggio, appariva come il pagamento di un prezzo per conseguire il contratto.

Così il primo orientamento della giurisprudenza amministrativa tendeva ad escludere la legittimità del ricorso allo strumento partendo dal presupposto che dovesse considerarsi come appalto di servizi rispetto al quale la clausola di sponsorizzazione appariva come il prezzo per conseguire l'aggiudicazione, configurandosi perciò come illegittima, estranea alla causa del contratto ed aberrante <sup>[55]</sup>.

In senso contrario si poneva invece quell'orientamento in base al quale si affermava che nel bando, avviso o lettera di invito alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di tesoreria fosse legittima la previsione di punteggi a seconda del *quantum* di erogazioni a titolo di sponsorizzazione, in quanto queste non avevano effetto distorsivo sulla *par condicio* dei partecipanti alla gara né sulla trasparenza del contratto, proprio perché già previste nella lettera di invito, avviso o bando <sup>[56]</sup>.

Questo filone giurisprudenziale sosteneva che se da una parte non si poteva prevedere un compenso in favore della stazione appaltante per la prestazione del servizio di tesoreria in quanto tale, che perciò rimaneva gratuito, era del tutto legittimo richiedere il riconoscimento di somme a titolo di sponsorizzazione, utilizzando il *quantum* di contribuzione come criterio di aggiudicazione del contratto.

Fu così ritenuta legittima la clausola del bando di gara per l'affidamento del servizio di tesoreria che prevedesse un punteggio per la sponsorizzazione di servizi ulteriori rispetto al servizio di tesoreria, ferma restando, pur in considerazione dell'atipicità del contratto, la necessità del previo esperimento di una procedura selettiva.

Secondo il Consiglio di Stato, pur trattandosi di contratto atipico per l'affidamento del quale la normativa pubblicistica non onera l'amministrazione dell'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, questa sarebbe comunque necessaria, in quanto permetterebbe di individuare l'aggiudicatario sulla base di criteri di trasparenza e di imparzialità e allo stesso tempo di determinare il contenuto del contratto in ragione delle esigenze dell'Amministrazione e sulla base di previsioni che siano per essa le più convenienti (in particolare in considerazione del *quantum* della sponsorizzazione) <sup>[57]</sup>.

Il conflitto giurisprudenziale tra i due filoni interpretativi è stato composto dalla decisione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 18 giugno 2002, n. 6, che ha dichiarato legittimo l'abbinamento della clausola di sponsorizzazione al contratto di affidamento del servizio di tesoreria purché: a) «il pagamento di un corrispettivo in danaro per la sponsorizzazione e i criteri di attribuzione dei punteggi siano previsti nella lettera d'invito, sicché in alcun modo possa ritenersi lesa la *par condicio* dei partecipanti alla gara una volta resi edotti della clausola e della sua potenziale, seppur parziale incidenza ai fini dell'aggiudicazione»; b) «l'attribuzione dei punteggi dovrà privilegiare, essenzialmente, gli aspetti relativi alla capacità tecnica, operativa e organizzativa del concorrente ed all'economia

del servizio di tesoreria in sé considerato, dovendo l'Amministrazione individuare in proposito criteri in grado, almeno potenzialmente, di differenziare in modo significativo le offerte sotto i profili più strettamente funzionali ora detti; mentre il punteggio conferibile in relazione alle sponsorizzazioni dovrà essere modulato in termini più che altro residuali e tali da non costituire l'elemento discriminante principale e – per la sua oggettiva portata - tendenzialmente risolutivo dell'*iter* concorsuale». «Ne consegue che il conferimento di punteggio per tale voce dovrà muoversi – anche ad evitare che si alterino i principi della concorrenza e della trasparenza dell'azione amministrativa e che, in definitiva, si venga a disincentivare surrettiziamente una seria partecipazione alla gara medesima – nell'ambito di una forcella esattamente definita dalla *lex specialis* della gara ed ivi resa nota ai concorrenti, tale da non comportare in alcun caso l'attribuzione di punteggi aggiuntivi direttamente e illimitatamente proporzionali al crescere dell'entità dell'offerta per la voce stessa»<sup>[58]</sup>.

La sentenza dell'adunanza Plenaria interveniva prima della disciplina del contratto di sponsorizzazione operata dal Codice dei Contratti del 2006, così la dottrina ha successivamente ipotizzato l'applicazione della previsione dell'art. 26 del D.Lgs. n. 163/2006<sup>[59]</sup> altresì alle ipotesi di contratti atipici di tesoreria con clausola di sponsorizzazione. In particolare a fondare la convinzione dell'applicazione della disciplina dell'affidamento del contratto di sponsorizzazione passiva si prestava l'ampia formulazione utilizzata dal Codice De Lise che faceva riferimento ai «contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili».

Orbene, certamente l'esigenza di assoggettare l'affidamento del contratto di tesoreria con clausola di sponsorizzazione all'esperimento di una procedura selettiva che garantisca pubblicità, trasparenza e scelta oggettiva del contraente mediante procedure davvero concorrenziali, scongiurando il ricorso a procedure negoziate che sfuggano alla concorrenza, è stata espressa tanto dalla giurisprudenza quanto dalla dottrina. Ad oggi parrebbe che l'attuale addentellato normativo di cui all'art. 19 del D.lgs. n. 50/2016 non consenta di ricomprendervi anche la fattispecie di cui si tratta, difettando, rispetto al proprio predecessore – l'art. 19 del Codice del 2006 -, di una formulazione tanto ampia. Tuttavia, nella piena condivisione della *ratio* sottesa allo sforzo interpretativo sembra si debba ricercare ancora una volta il fondamento dell'opportunità dell'esperimento di una procedura selettiva nei principi generali sanciti dall'art. 3 del r.d. 2440/1923, che impone l'asta pubblica anche per quei contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato, dall'art. 97 della Costituzione come "codificato" nella legge sul procedimento amministrativo, che importa l'esigenza di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, di efficienza ed economicità<sup>[60]</sup>.

### 3.2. Il contratto di brokeraggio

Un contratto considerato dalla dottrina atipico, sebbene ormai accolto come socialmente tipico<sup>[61]</sup>, di cui la pubblica amministrazione si avvale, ormai per prassi assodata, è il contratto di brokeraggio, mediante il quale essa si serve di servizi di intermediazione assicurativa<sup>[62]</sup>.

La questione della facoltà dell'amministrazione di ricorrere al contratto di brokeraggio non è in

discussione, in quanto sia dottrina che giurisprudenza sono conformi nel riconoscere la percorribilità di una simile via da parte della p.a., purché nell'ambito della realizzazione di fini istituzionali propri del soggetto pubblico agente<sup>[63]</sup>. Tuttavia, ai fini della presente indagine appare rilevante la trattazione di questa forma contrattuale al fine di evidenziarne la modalità di affidamento.

Il contratto di brokeraggio nasce quale contratto atipico molto diffuso nella prassi commerciale<sup>[64]</sup> caratterizzato in parte da attività di consulenza<sup>[65]</sup> e in parte da una componente di mediazione<sup>[66]</sup>. Lo schema del contratto di brokeraggio ereditato dalla prassi commerciale prevede che la figura dell'intermediario assicurativo (il *broker*, per l'appunto) assista il cliente nello studio dei rischi da coprire e nella predisposizione delle proposte contrattuali e successivamente si occupi di individuare le compagnie di assicurazione. Ove il contratto di brokeraggio si svolga tra il professionista e la p.a. nella veste di cliente, la fase della consulenza risulta giocoforza prevalente se non esclusiva, poiché la scelta della compagnia di assicurazione deve necessariamente effettuarsi sulla base di procedure di selezione imposte dalla normativa pubblicistica dei contratti<sup>[67]</sup>.

La natura giuridica del contratto di brokeraggio è stata oggetto di dibattito dell'attenzione di dottrina e giurisprudenza, in quanto la gratuità o onerosità del contratto di brokeraggio incide necessariamente sulla procedura da adottare per il suo affidamento.

In base ad un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato il contratto di brokeraggio si classifica come contratto oneroso poiché il pagamento del *broker* (intermediario assicurativo) viene caricato sulle compagnie di assicurazione, alle quali viene imposto da parte delle p.a. la c.d. *clausola broker* all'atto della stipula del contratto di assicurazione. Così la provvigione del *broker* è essenzialmente una componente del premio assicurativo pagato dalla p.a. all'impresa assicuratrice, e viene calcolata sulla base di una percentuale dei premi futuri di assicurazione<sup>[68]</sup>.

Nella prassi infatti si verifica che nei bandi e nei contratti assicurativi sia presente la citata *clausola broker* a norma della quale le compagnie di assicurazione che partecipino alle procedure di affidamento dei servizi assicurativi devono remunerare secondo le consuetudini di mercato, l'intermediario assicurativo (il *broker*) individuato dalla stessa p.a., non potendo addebitare alla p.a. assicurata tale remunerazione, che pertanto viene caricata sul costo della polizza.

La particolarità del contratto di brokeraggio consiste proprio nel fatto che l'intermediario assicurativo è vincolato con la p.a. appaltante mediante un contratto che ha ad oggetto un'attività di consulenza, ma che il corrispettivo della suddetta prestazione viene pagato dalle compagnie di assicurazione, alle quali viene imposto da parte delle p.a. la citata *clausola broker* all'atto della stipula del contratto di assicurazione<sup>[69]</sup>.

Partendo dalla considerazione che il pagamento della commissione del *broker* non risultasse gravare direttamente sull'amministrazione, una parte della giurisprudenza aveva inizialmente ritenuto che il contratto di brokeraggio, in quanto gratuito per la p.a., potesse essere affidato senza dover ottemperare a particolari vincoli concorrenziali<sup>[70]</sup>. Così quest'orientamento,

facendo leva peraltro sulla definizione del *broker* quale professionista<sup>[71]</sup>, riteneva si potesse affidare il relativo contratto anche mediante una trattativa privata.

Tuttavia, come anticipato, la giurisprudenza amministrativa prevalente ha convenuto nel definire il contratto di brokeraggio assicurativo come un contratto oneroso, in quanto il fenomeno economico del cd. «caricamento» dei costi sulle imprese assicuratrici in realtà si riverbera sul cliente finale (l'ente pubblico), giacché le imprese di assicurazione, in considerazione dell'onere economico della provvigione da riconoscere al *broker*, (stante la clausola *broker* espressamente prevista nei bandi di gara e nello schema di contratto), modulano l'offerta economica addebitando tale spesa alla p.a. contraente<sup>[72]</sup>. Tenuto conto di tale spesa - sebbene per così dire "indiretta"-, la giurisprudenza amministrativa esclude la possibilità per la p.a. di individuare direttamente il *broker* senza porre in essere una procedura ad evidenza pubblica<sup>[73]</sup>.

L'accertata onerosità del contratto di brokeraggio ne subordina l'affidamento mediante la procedura di selezione prevista dal codice dei contratti pubblici per gli appalti di servizi. Per la precisione, nella vigenza del codice del 2006 i servizi di assicurazione e quelli di consulenza/intermediazione assicurativa rientravano tra i servizi di cui all'allegato II A del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ed erano soggetti all'applicazione integrale dello stesso in forza della previsione di cui all'art. 20, comma 2 del medesimo decreto legislativo<sup>[74]</sup>. Ad evidenziarne la necessità fu la stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (ex Avcp, ora ANAC) con la Determinazione del 13 marzo 2013 n. 2 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - Serie Generale n. 80 del 5-4-2013 recante: «Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa»<sup>[75]</sup>.

L'applicazione *tout court* delle disposizioni del Codice dei contratti si ribadisce anche nella vigenza della nuova disciplina codicistica alla luce del fatto che il *broker* è chiamato a svolgere un'attività continuativa a favore della pubblica amministrazione per la gestione dei rischi della stessa, che non si esaurisce in una singola e puntuale prestazione professionale, e costituisce pertanto un servizio<sup>[76]</sup>.

Del resto, anche laddove si tratti di affidare un contratto per un servizio gratuito, dal quale cioè non discenda una spesa per l'amministrazione, l'affidamento mediante una procedura selettiva è generalmente considerato la giusta prassi, al fine di garantire i principi comunitari di parità di trattamento, non discriminazione e pubblicità<sup>[77]</sup>.

In simili casi «pur in assenza di corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico, viene in rilievo un'utilità contendibile *sub specie* di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta»<sup>[78]</sup>.

A valle dell'analisi effettuata sul contratto di brokeraggio si conferma che la selezione del contraente debba effettuarsi in ossequio al principio generale dell'evidenza pubblica, che discende dai principi di legalità, buon andamento ed imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione<sup>[79]</sup>, nonché nell'osservanza dei principi di derivazione comunitaria di non discriminazione e tutela della concorrenza.

Si può dunque confermare che la regola dell'evidenza pubblica assurge a principio immanente dell'attività dell'amministrazione per contratti che dunque si applica in tutti i casi in cui la p.a. decida di contrattare, anche laddove si tratti di porre in essere un contratto atipico, e non disciplinato dalla disciplina di stampo pubblicistico.

#### **4. Il contratto di compravendita di cosa futura. Tipicità comune e autonomia contrattuale della P.A.**

Questione lungamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza<sup>[80]</sup> riguarda la possibilità per la p.a. di ricorrere al contratto di compravendita di cosa futura di cui all'art. 1472 c.c.<sup>[81]</sup>.

Nell'ambito dell'esercizio della propria autonomia contrattuale la pubblica amministrazione certamente può ricorrere allo schema contrattuale tipico della compravendita, contratto che in base a quanto disposto dall'art. 17 del nuovo codice dei contratti pubblici<sup>[82]</sup> rientra nel novero dei contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice. Ed infatti il contratto di compravendita si caratterizza per avere caratteristiche particolari che rendono inidonea l'applicazione delle norme generali per l'affidamento degli appalti. Come noto, per gli appalti di servizi esclusi non vigono le regole stringenti che regolamentano l'affidamento degli appalti, tuttavia l'affidamento di tali contratti deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica, come enunciati dall'art. 5 del D.Lgs. n. 50/2016.

Per quanto attiene invece al contratto tipico di compravendita di cosa futura, occorre fare un discorso più approfondito, trattandosi di contratto che potenzialmente può sostituire il contratto di appalto di opere pubbliche, comportando una deroga alle modalità tipiche di affidamento dello stesso mediante procedura ad evidenza pubblica.

La compravendita di cosa futura è un contratto tipico che specifica il principio generale enunciato dall'art. 1348 c.c. in base al quale la prestazione di cose future può essere dedotta in contratto. Nella fattispecie l'acquisto della proprietà si verifica con la venuta in esistenza della cosa, e ove questa non venga ad esistenza, la vendita è inefficace<sup>[83]</sup>.

In proposito è stato osservato che, benché all'ente pubblico sia riconosciuta una piena capacità negoziale ed un'autonomia contrattuale nell'ambito del soddisfacimento dell'interesse pubblico per il quale è istituito, esso «in conformità ai principi dell'evidenza pubblica, non potrà assumere impegni se non nei limiti e nei modi stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che ne funzionalizzano l'attività al perseguimento di interessi pubblici»<sup>[84]</sup>.

Come si è avuto modo di analizzare nelle pagine precedenti, nell'ambito dell'azione amministrativa mediante contratti atipici l'esigenza della funzionalizzazione viene soddisfatta mediante una duplice azione: il vaglio di meritevolezza effettuato a norma dell'art. 1322 co. 2 c.c. e mediante l'affidamento del contratto mediante una procedura ad evidenza pubblica. Il primo vaglio è volto ad accertare che il contratto sia conforme alla finalità istituzionale dell'ente, mentre l'esperimento della procedura ad evidenza pubblica è finalizzato ad

assicurare la funzionalizzazione del contratto<sup>[85]</sup>. Nel caso dell'acquisto di cosa futura, che è un contratto già tipico, il vaglio della meritevolezza è stato svolto dal legislatore, mentre l'esperimento della procedura ad evidenza pubblica non è attuabile, posto che se fosse possibile esperirla, molto probabilmente si dovrebbe parlare di appalto d'opera e non di compravendita di cosa futura.

In altri termini, l'acquisto di cosa futura diventa per l'ente pubblico un'opzione possibile solo allorquando ricorrano delle circostanze particolari, per cui non sia praticabile in assoluto il ricorso allo strumento dell'appalto di opera pubblica<sup>[86]</sup>.

L'acquisto di cosa futura infatti non può, per la struttura propria del negozio, sopportare una previa selezione del contraente e la scelta del venditore deve giocoforza effettuarsi attraverso una trattativa privata con il soggetto individuato, da cui acquistare il bene.

Il necessario ricorso alla trattativa con un soggetto predeterminato e la iniziale difficoltà a distinguere l'acquisto di cosa futura dall'appalto<sup>[87]</sup>, hanno perciò determinato una iniziale diffidenza delle magistrature verso questo strumento negoziale.

Ed infatti secondo un primo orientamento della magistratura contabile, il contratto di vendita di cosa futura costituiva uno strumento per eludere la normativa pubblicistica in tema di appalti pubblici, dissimulando un contratto di appalto, e dunque tacciato di nullità per illiceità della causa e per simulazione<sup>[88]</sup>. Di diverso avviso il Consiglio di Stato che si dichiarava favorevole all'utilizzo da parte della p.a. di qualunque strumento contrattuale a prestazioni corrispettive, a prescindere dal *nomen juris* utilizzato, fermo restando l'obbligo di esperire una pubblica gara per la scelta del contraente, in base al disposto della legge di contabilità generale di Stato<sup>[89]</sup>.

Successivamente venne in rilievo la considerazione che il presupposto determinante il ricorso all'acquisto di cosa futura fosse proprio la specialità del bene, che per caratteristiche tipologiche o per la sua unicità<sup>[90]</sup> determinasse giocoforza la necessità di contrattare con un soggetto determinato, scaturendo da ciò l'impossibilità oggettiva di ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica.

Per questa ragione l'acquisto di cosa futura è stato ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa<sup>[91]</sup> utilizzabile senza previa pubblica procedura selettiva, purché in casi particolari, specificati e ben documentati dalla stazione appaltante, che pertanto dovrà aver avuto l'accortezza di effettuare in via preventiva un'adeguata istruttoria dalla quale risulti che non v'era la possibilità di ricorrere all'appalto. L'amministrazione dovrà tener conto dei costi e dei benefici derivanti dall'utilizzo dello strumento, e dunque dovrà effettuare un'analisi sull'efficacia ed economicità dell'operazione, nel rispetto dei parametri e dei criteri insiti nell'ordinamento. Nel caso in cui la normale procedura di appalto non sia percorribile o non sia rispondente in termini di efficacia ed economicità, celerità e funzionalità, allora l'amministrazione potrà considerarsi libera di poter ricorrere ad una compravendita di cosa futura<sup>[92]</sup>.

Pertanto, se da un lato è stata riconosciuta all'ente pubblico la possibilità di ricorrere all'utilizzo di tale strumento contrattuale, dall'altro, in ragione della particolarità del contratto,

tale via è percorribile soltanto in casi eccezionali, quando vi sia l'effettiva necessità di rivolgersi a un esecutore determinato, perché il bene da acquistare sia infungibili per le sue caratteristiche strutturali e topografiche ovvero un bene unico nel suo genere<sup>[93]</sup>, e sempre previa verifica della impraticabilità delle procedure di evidenza pubblica dell'appalto.

L'attuale ammissibilità del ricorso allo strumento della compravendita di cosa futura non può revocarsi in dubbio, in quanto anche nell'attuale formulazione del codice degli contratti pubblici non vi sono disposizioni che ne limitano l'utilizzo. Tuttavia, come si è avuto modo di vedere, la vendita di cosa futura non costituisce valida alternativa all'appalto, rimanendo quest'ultimo il mezzo principale per l'acquisizione di immobili da parte delle pubbliche amministrazioni, mentre l'acquisto di cosa futura si conferma un sistema eccezionale<sup>[94]</sup>.

La possibilità di ricorrere alla tipologia dei contratti o di utilizzare lo stesso principio di atipicità in materia contrattuale non esclude in ogni caso la facoltà di verificare la sussistenza della simulazione o della frode alla legge, ove l'uso di una tipologia contrattuale sia finalizzato ad assicurare un assetto negoziale diverso da quello coerente con il tipo di contratto utilizzato, tale da escludere o da eludere una norma imperativa.

Ne discende che l'Amministrazione deve verificare le condizioni in base alle quali è giustificato utilizzare una tipologia contrattuale in luogo di altra. Non è sufficiente, a tal fine, il semplice richiamo all'autonomia contrattuale dell'amministrazione per ammettere la legittimità del ricorso all'una o all'altra delle tipologie possibili, ma devono concorrere le speciali condizioni individuate dalla giurisprudenza<sup>[95]</sup>.

Il ricorso alla compravendita di cosa futura comporta chiaramente delle conseguenze in termini di esecuzione del contratto. Nello specifico, differenziandosi in modo netto l'oggetto del contratto di appalto da quello di acquisto di cosa non ancora in essere, è da escludersi ogni ingerenza amministrativa sul progetto, una volta che questo corrisponda alle esigenze dell'Amministrazione, nonché qualsivoglia variazione, se non nei limiti di un rapporto ordinario di compravendita di cosa futura. Allo stesso modo l'amministrazione non potrà in alcun modo ingerirsi durante la costruzione, o porre in essere qualunque comportamento che ne determini l'assunzione di rischi, iniziative o spese, le quali possono gravare esclusivamente sul venditore.

L'analisi svolta consente di affermare ancora una volta che l'autonomia contrattuale riconosciuta agli enti pubblici permette il ricorso a forme contrattuali non direttamente disciplinate dalla normativa pubblicistica, ancorché tipiche in quanto provviste di una disciplina civilistica di riferimento<sup>[96]</sup>. Tuttavia, pur a fronte dell'ampia autonomia di scelta relativamente al mezzo da utilizzare per il raggiungimento del proprio fine istituzionale, la giurisprudenza, soprattutto amministrativistica propende per l'individuazione di taluni limiti, rimarcando che l'azione della p.a. debba essere comunque volta al perseguimento del proprio fine istituzionale e la sua autonomia debba essere temperata con i principi comunitari imposti dai trattati e dalle direttive.

## 5. Conclusioni

Ciò che è emerso dall'analisi svolta, è che lo strumento contrattuale atipico, a partire dalla fenomenologia dei partenariati pubblico-privati, è passato da strumento osteggiato a modalità operativa *standard* e anzi, in taluni casi *standardizzata*.

La tendenza che si è potuta rilevare è infatti quella di una procedimentalizzazione della fase prodromica di selezione del contraente e di una sempre maggiore tipizzazione dello strumento contrattuale atipico.

Così, mentre nell'ottica comunitaria i contratti tipizzati sono soltanto gli appalti e le concessioni, regolamentati da apposite direttive, e i contratti di PPP continuano ad essere considerati contratti atipici, disciplinati da semplici atti di *soft law*, a livello nazionale si assiste al rafforzarsi della tendenza legislativa tutta italiana alla iper-regolamentazione e alla tipizzazione di quei modelli contrattuali un tempo atipici che di fatto si riverbera negativamente sull'esercizio dell'autonomia contrattuale della p.a.

La reintroduzione della disciplina dei contratti di partenariato nell'ambito del codice dei contratti pubblici, imponendo il rispetto di norme pubblicistiche cogenti si pone in contrasto con la tendenza dell'ordinamento europeo, non solo in considerazione della finalità delle direttive del 2014, ma soprattutto con la *soft regulation* basata su atti non vincolanti di comunicazione adoperati dalla Commissione nell'ultimo decennio.

Ancora una volta dunque la tipizzazione di contratti un tempo atipici e l'irrigidimento delle procedure selettive denota una perdurante sfiducia nella capacità delle amministrazioni di esercitare la loro autonomia e discrezionalità.

Per quanto concerne invece la procedimentalizzazione dell'affidamento dei contratti atipici per i quali non è intervenuta una tipizzazione normativa settoriale, l'imposizione di una procedura selettiva ad evidenza pubblica discende direttamente dall'intervento della giurisprudenza e dall'elaborazione della dottrina.

Ciò avviene in particolare per quei contratti come la sponsorizzazione attiva e passiva, il contratto tipico di acquisto di cosa futura e il brokeraggio, o ancora il contratto di tesoreria integrato con clausola di sponsorizzazione, rispetto ai quali manca una norma apposita di stampo pubblicistico che imponga il ricorso all'impiego delle procedure selettive di scelta del contraente.

Le questioni che si pongono rispetto a queste tipologie di contrattazione diverse dall'appalto sono quelle della meritevolezza e della funzionalizzazione, rispetto alle quali vengono in evidenza due ordini di problemi: il primo, di ordine generale, relativo alla valutazione dell'interesse che si intenda soddisfare ricorrendo allo strumento contrattuale non tipizzato; il secondo problema è invece relativo alla modalità di scelta del contraente cui affidare la commessa atipica.

Dottrina e giurisprudenza concordano sull'opportunità che la p.a. che si accinga ad utilizzare

uno schema contrattuale che esula dall'appalto o dalla concessione, svolga un'adeguata analisi in ordine all'effettiva corrispondenza tra la causa concreta del contratto e il proprio scopo istituzionale, nonché una preventiva analisi di costi/benefici atta a soppesarne la complessiva convenienza e la sostenibilità finanziaria dell'operazione.

Allo stesso modo, pur nel silenzio della norma, sono state individuati diversi fondamenti giuridici in merito alla necessità dell'affidamento del contratto atipico previo esperimento di una procedura selettiva adeguatamente pubblicizzata.

Per cui, se è vero che a norma del comma 1 *bis* nell'art. 1 della L. 241/1990 la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato *salvo che la legge disponga diversamente*, è anche vero che nonostante manchi una norma che disponga diversamente, l'affidamento di qualunque contratto in cui sia parte una pubblica amministrazione deve avvenire garantendo il rispetto dell'art. 97 della Costituzione, come declinato nei principi esplicitati dal comma 1 dell'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo.

Così il previo esperimento della procedura competitiva per la selezione del contraente discenderebbe direttamente dai principi generali dell'ordinamento amministrativo di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. Ove ciò non fosse sufficiente è stato osservato che, pur a fronte dell'abrogazione di talune disposizioni da parte del D.lgs. n. 50/2016 (sollecitate peraltro dal Consiglio di Stato) continuano a trovare applicazione le norme della legge sulla Contabilità di Stato relativamente a tutti i contratti che l'amministrazione voglia porre in essere, senza alcuna eccezione. In particolare l'art. 3 del r.d. n. 2440/1923 ha una portata generale ed impone il ricorso alle procedure concorsuali sia per contratti attivi che passivi, a prescindere dal *nomen juris* del contratto di cui l'ente pubblico intenda avvalersi.

*A fortiori ratione* il disposto del nuovo codice dei contratti pubblici all'art. 30 co. 8 prevede una vera e propria clausola di chiusura del sistema, in base alla quale «Per quanto non espressamente previsto nel codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e *alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici* si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile».

Permane un principio generale che vincola tutta l'attività dell'amministrazione pubblica e che impone l'applicazione del principio selettivo concorsuale per l'affidamento di qualunque contratto, ancorché atipico.

Così ove la tipizzazione del contratto e la procedimentalizzazione dell'*iter* per il suo affidamento non sia stato effettuato dal legislatore, è intervenuta la giurisprudenza (in particolare quella contabile), in uno con l'elaborazione dottrinale, stabilendo una serie di vincoli che in qualche modo appaiono di intralcio al libero esprimersi dell'autonomia contrattuale, quantomeno in considerazione dell'imposizione di procedure di scelta che se non ossequiate rischiano di riverberarsi sulla efficacia del contratto in termini di illegittimità<sup>197</sup>.

Si conferma così, sebbene oggi in termini molto più ampi, quella tendenza sottolineata da quella dottrina che si occupa da tempo della tematica oggetto della presente trattazione, per cui «L'esperienza concreta ha in ciò mostrato un'amministrazione contraente preoccupata di dare vita a contratti atipici solo quando parte significativa del loro contenuto sia riconducibile a fattispecie tipiche»<sup>[98]</sup>.

---

[1] Si vedano in particolare il *project financing*, il *global service*, il *leasing* finanziario, che sono figure contrattuali di derivazione anglosassone. In proposito si veda Mastragostino F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011.

[2] In questo senso si veda Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

[3] Sia consentito il rinvio, a Viti V., *Consultazione preliminare di mercato e dialogo competitivo, nell'ottica dell'accentuazione della discrezionalità dell'amministrazione e della flessibilità procedurale*, in questa Rivista, Marzo 2017.

[4] Così Cavallo B., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in Mastragostino F., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 21: «Oltre l'atipicità esiste, o meglio può esistere, l'atipicità: l'autonomia negoziale può accontentarsi della prima, stipulando un contratto tipico, il cui schema negoziale è rispondente ad un "tipo legale", ovvero può spingersi al di là delle confinazioni offerte fornendo un diverso assetto consensuale degli interessi non previsto da alcuna "disciplina particolare"». L'A. si riporta a Galgano F., *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2004, vol. II, t. 1, 170, assumendo che l'assunto che segue sia pienamente riferibile anche all'attività della non autoritativa della pubblica amministrazione: «La libertà contrattuale assume un duplice significato: è libertà di perseguire finalità diverse da quelle perseguibili con i

contratti tipici: ma è anche libertà di perseguire con modalità contrattuali atipiche finalità già perseguibili con contratti tipici».

[5] La letteratura giuridica sul tema dell'atipicità contrattuale è davvero ampia. Senza pretesa di esaustività si rinvia a Clarizia A., *Contratti innominati*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 4 ss.; Osti G., voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1959, 499; Messineo F., *Contratto innominato (atipico) (voce)*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 95 ss.; Gorla G., *Il contratto*, I, Milano, 1954, 199 ss.; Guarnieri A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto Discipline Privatistiche sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 324 ss.; Gazzara M., *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Rivista di Diritto Privato*, 2003, 55 ss.; Majello U., *I problemi di legittimità e di disciplina dei negozi atipici*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1987, I, 493 ss.; Gazzoni F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1978, I, 57 ss.; De Nova G., *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 6/2006, 348.

[6] Sul tema della collaborazione pubblico-privata si veda Mastragostino F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, cit.

[7] Osserva in merito Piperata G., *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario nazionale*, in Mastragostino F. (a cura di), *La collaborazione pubblico privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 4: «La collaborazione tra il pubblico e il privato, quindi, non è altro che una “vecchia novità”: il diritto e la prassi della Pubblica Amministrazione ne hanno sempre conosciuto differenti manifestazioni, ma negli ultimi tempi tale fenomeno ha assunto una rilevanza prima non immaginabile».

[8] In merito alle considerazioni circa la decisione di Eurostat “*Treatment of public-private partnerships*” dell'11 febbraio 2004, tali criteri devono essere integrati ed aggiornati con i contenuti del nuovo Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali pubblicato da Eurostat a

maggio del 2013 (cd. "SEC2010"), che a partire dal 1° settembre 2014 ha sostituito il SEC95 precedentemente in vigore.

[9] Nella dottrina pubblicistica, per tutti, si veda Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

[10] In questo senso si veda Mastragostino F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, cit., il quale in premessa osserva: «L'assenza di un solido quadro giuridico di riferimento per il partenariato pubblico-privato, e più in generale anche per le singole figure che a questa etichetta sono generalmente ricondotte, produce di conseguenza un elevato livello di conflittualità, tanto nella fase di scelta del partner, quanto in quella della gestione del rapporto».

[11] Ad opera della L. n. 15 del 2005.

[12] Così De Pretis D., *L'attività contrattuale della p.a. e l'articolo 1 "bis" della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in Mastragostino F., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 13-27: «In questa logica, in tanto l'amministrazione sarebbe tenuta a dare evidenza pubblica al suo agire preordinato al compimento di attività privata in quanto (e solo in quanto) una legge espressamente glielo imponga, mentre non vi sarebbe tenuta quando la legge non lo prevedesse. In assenza di apposite previsioni che fondassero un dovere amministrativo di evidenza pubblica, in altri termini, l'azione dell'amministrazione sarebbe in tutto e per tutto disciplinata dal solo diritto privato, e la stessa facoltà di concludere un contratto assumerebbe semplicemente le forme del potere di scelta di diritto comune».

[13] Non si sta trattando di quegli enti pubblici che hanno forma di società con partecipazione pubblica ed agiscono naturalmente utilizzando gli strumenti di diritto privato e solo in limitati casi ricorrono a strumenti pubblicistici. Cfr. Chirulli P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione*, Padova, 2005, 253 ss. I soggetti per cui da sempre si è creato il problema della legittimazione a porre in essere contratti atipici, ed il conseguente problema della funzionalizzazione degli stessi al raggiungimento dell'interesse pubblico, sono quei soggetti pubblici dotati di quella che l'A. stessa definisce come connotati da una pubblicità di tipo «forte», diversi da quelli di una pubblicità «debole» i quali sono certamente connotati da un regime di carattere privatistico.

[14] Chieppa R., *Le sponsorizzazioni nell'attività della p.a.*, in <http://www.neldiritto.it/> (aggiornamento novembre 2016). Nello stesso senso si vedano anche Montedoro G., *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (aggiornamento novembre 2016); Cavallo B., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Contratto e impr.*, 2006, 2, 355: «La tipicità contrattuale si presenta, dunque, assai più attenuata rispetto a quella pretestuosamente assoluta del provvedimento amministrativo. Oltre la tipicità esiste, o meglio può esistere, l'atipicità: l'autonomia negoziale può accontentarsi della prima, stipulando un contratto tipico, il cui schema negoziale è rispondente ad un "tipo legale", ovvero può spingersi al di là delle confinazioni offerte fornendo un diverso assetto consensuale degli interessi non previsto da alcuna "disciplina particolare". Ecco, quindi, la atipicità, con il ben noto limite della meritevolezza degli interessi, che s'intendono così perseguire con il contratto atipico».

[15] Dugato M., *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal "global service" all' "in house providing"*, in Mastragostino F., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 70, in merito al concetto di contratto atipico, ha rilevato l'«inesistenza, nella prassi, di fattispecie contrattuali caratterizzate da atipicità assoluta, essendovi piuttosto o l'introduzione di elementi atipici in schemi sostanzialmente tipici, o l'atipica combinazione di schemi tipici (quest'ultimo è il caso di pressoché tutti i contratti cosiddetti "socialmente tipici")».

[16] Osserva Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 189: «Ne deriva che l'azione amministrativa posta in essere tramite contratti atipici scompagina le declinazioni

tradizionali dei principi generali in materia di azione amministrativa e, in primo luogo, il principio di legalità che deve essere interpretato in modo da fornire una adeguata copertura proprio a questa forma di attività». L'A., ribadendo la crisi del principio di legalità, si sofferma altresì sul superamento del tradizionale monopolio statale delle fonti del diritto.

[17] Come osservato da Cerulli Irelli V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica alla l. n. 241/1990*, in *www.giustamm.it.*, la vera portata della norma in questione è apprezzabile solo quando l'attività contrattuale si svolga in ambito in cui manchi una normazione di stampo pubblicistico.

[18] Fondamentale in merito la riflessione di Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 79 ss.

[19] Sul significato e la portata del concetto ci si soffermerà più avanti nella trattazione.

[20] Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 80. Nello stesso senso Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 187 ss.

[21] Dugato M., *op. ult. cit.*, 110, osserva: «Da un lato, la funzionalizzazione lega il soggetto pubblico al fine concretamente assegnatogli; dall'altro, quando l'amministrazione agisce d'imperio, la tipicità lega al fine stesso l'atto autoritativo, attraverso la predeterminazione della struttura e dell'interesse realizzabile».

[22] Dugato M., *op. ult. cit.*, 86. L'A. ha definito la tipicità come il momento di collegamento tra l'elemento finalistico (il fine) e l'elemento strumentale (il mezzo), mentre descrive la funzionalizzazione come il punto di collegamento tra l'ente pubblico ed il fine istituzionale dello stesso. Così da una parte l'utilizzo del contratto, pur atipico, se funzionalizzato non può comportare alcuna violazione del principio di legalità, data l'assenza di rilevanza dello strumento nel rapporto tra ente e fine. Diversamente, la funzione della tipicità è costituita dal rapporto tra strumento e fine, pertanto il mutare dello strumento (tipico) non può che comportare importanti conseguenze in ordine al fine. Quest'ultimo è il campo dell'attività provvedimentale amministrativa, in cui la tipicità si impone come garanzia di legalità per il privato cittadino nei confronti dell'azione autoritativa della p.a.

[23] Dugato M., *op. ult. cit.*, 91, per vero riporta altresì il punto di vista di quella dottrina che era giunta a mettere in discussione la validità dei principi di tipicità e nominatività degli atti amministrativi, legandosi alla funzione (tipicità rispetto alla causa). In tal senso il riferimento è a Virga P., *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 39 ss.

[24] Come osservato da Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 225: «La scissione tra causa e tipo negoziale non viene meno allorché una delle parti contraenti sia una pubblica amministrazione e, con le dovute cautele, il ragionamento esposto può essere applicato anche all'attività contrattuale di quest'ultima. Nel concreto assetto degli interessi voluti dalle parti, la realizzazione del fine pubblico si inserisce nella struttura del contratto quale elemento della causa, per cui l'esigenza di funzionalizzazione dell'attività si può considerare soddisfatta»

[25] Cfr. Rescigno P., *Note sull'atipicità contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 1990, 43 ss. In merito si veda più avanti nella trattazione la tematica della compravendita di cosa futura.

[26] In questo senso si veda altresì Cavallo B., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, cit., 355: «I contratti "pubblici" potranno, pertanto, qualificarsi come tipici ovvero atipici soltanto ricorrendo alla

norma qualificatoria che, secondo una pacifica e diffusa *opinio*, si rinviene nell'art. 1322, comma 2° c.c. Non sarà, di certo, la tipicità del provvedimento amministrativo che qui soccorre, come del resto si è già precedentemente argomentato: l'antitesi duale che ricorre tra tipicità e la sua atipicità dovrebbe essere una ulteriore conferma che l'interprete dovrà utilizzare unicamente categorie concettuali civilistiche, senza lasciarsi influenzare da suggestioni pubblicistiche alquanto "fumose" nella loro aprioristica affermazione».

[27] Secondo quanto osservato da Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 194: «Peraltro, si può assistere ad un'altra tecnica di funzionalizzazione utilizzata dal legislatore che, con norma espressa, vincola la stipula di un determinato contratto al perseguimento di uno specifico interesse pubblico».

[28] Cfr. De Pretis D., *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione e l'art. 1-bis l. n. 241/1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, cit., 44.

[29] In questo senso Cavallo B., *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, cit., 21: «(...) la funzionalizzazione dell'attività non provvedimentale non comporta alcuna "tipizzazione" forzata dei modelli attraverso i quali la stessa si realizza».

[30] In questi termini si veda Portuese P., *La contrattualistica atipica degli enti locali: problematiche giuridiche e fiscali*, in *Azienditalia*, 2016, 7, 707.

[31] Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 221: «L'unico momento dove riemerge l'esigenza di garanzia è quello della scelta del contraente, fase dominata dal

diritto pubblico proprio per l'esigenza di impedire eventuali arbitri della amministrazione, la quale, quindi, è chiamata ad agire secondo parametri prestabiliti e procedimenti tipici e nominati».

[32] Si tratta di un'esigenza fortemente avvertita da parte della Corte di Giustizia dell'UE. Si veda per tutte la celebre sentenza Alcatel Austria del 28 ottobre 1999, in causa C-81/98.

[33] Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 125. L'A. sostiene che lo schema tipico del contratto permettesse di effettuare la valutazione della legittimità dell'operato dell'ente procedente con più facilità, esistendo un modello preventivamente tipizzato; cosa che invece non accade con il contratto atipico, per il quale la verifica sarà necessario operarla in concreto.

Cfr. Portuese P., *La contrattualistica atipica degli enti locali: problematiche giuridiche e fiscali*, cit., 707: «Molta attenzione dovrà essere posta su potenziali cause di invalidità del negozio giuridico in assenza di schemi tipizzati di riferimento, che rendono di fatto estremamente onerosa la gestione di eventuali rapporti contenziosi aventi ad oggetto la corretta interpretazione delle disposizioni contrattuali di ogni contratto atipico».

[34] Portuese P., *op. ult. cit.*, 707. L'A. si occupa di delineare le norma applicabili per una corretta interpretazione del contratto, pur atipico, e pone altresì l'attenzione su un aspetto pratico piuttosto rilevante per le amministrazioni, il tema della tassazione sui contratti atipici: «La libertà di stipula contrattuale cui si è accennato finora, ha generato non poche difficoltà nell'ambito dell'applicazione dell'imposta di registro a contratti divergenti dalla tipica forma del contratto di appalto, ma comunque onerosi e quindi soggetti a tassazione ai sensi del D.P.R. n. 131/1986. In linea generale è possibile affermare che per applicare la corretta imposizione fiscale ad un contratto "atipico", è indispensabile, in mancanza di una specifica disposizione fiscale di riferimento, interpretare correttamente il contratto per tassarlo in modo analogo alla forma contrattuale "tipica" cui si approssima maggiormente. Non è raro poi riscontrare che, oltre alla mancanza di tipicità, il contratto atipico o innominato contiene in realtà più disposizioni, che occorre correttamente analizzare al fine di individuarne la tassazione nel dettaglio. Con riferimento a tale proposito l'Agenzia delle entrate, con Circolare 7 ottobre 2011, n. 44/E, è intervenuta a chiarire i principali aspetti applicativi degli artt. 20 e 21 del TUR citato, che dettano i principi da seguire per la tassazione degli atti contenenti più disposizioni».

[35] In merito alla quale, con specifico riferimento ai contratti atipici, occorre riportarsi a Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 138.

[36] Dugato M., *op. ult. cit.*, 140.

[37] Roehrssen di Cammarata G., *I contratti della pubblica amministrazione*, cit, 55.

[38] In questo senso Buscema S., Buscema A., *I contratti della Pubblica Amministrazione*, in Santaniello G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2008, 36 ss., 51: «L'ostacolo a tale impostazione immotivatamente permissivistica è da ricercare nel rovesciamento del principio positivo che sta a base, non soltanto dell'attività contrattuale, ma di qualsiasi attività negoziale dei soggetti pubblici. Trattasi di un rovesciamento gradualmente consolidato sotto la spinta di convergenti interessi particolari abilmente mascherati con l'avallo di una dottrina che si è lasciata coinvolgere; il tutto reso abilmente ingarbugliato al punto da impedire un autentico chiarimento in sede giurisdizionale, nella quale – peraltro – è mancata finora la vera tutela degli interessi obiettivi degli enti pubblici e quindi della collettività».

[39] In questo senso si vedano Chieppa R., *Le sponsorizzazioni nell'attività della p.a.*, cit.; Montedoro G., *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, cit.

[40] Nell'ambito della presente trattazione la definizione di contratto atipico accolta è quella delineata da Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*,

cit.

[41] Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 153 osserva in merito: «Ciò non significa che essa è legittimata ad utilizzare i modelli negoziali atipici soltanto quando l'interesse pubblico non possa essere soddisfatto attraverso contratti tipizzati, potendosi basare la scelta in favore dell'atipicità anche sulla scorta di una maggiore funzionalità od economicità dello strumento atipico».

[42] Il tema verrà approfondito in particolare con riferimento alla compravendita di cosa futura.

[43] In questo senso si è espresso Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 135: «Peraltro, resta inteso che sarà governata dalla tipicità tutta la fase procedimentale che precede la stipulazione del contratto. Deliberazione a contrarre (con la motivazione opportuna della scelta del negozio atipici per il raggiungimento degli scopi propri dell'ente), fase consultiva, scelta del contraente, controlli, approvazione costituiscono per giurisprudenza consolidata le fasi di un procedimento tipicamente amministrativo e, proprio in quanto tale, improntato al rispetto della più rigorosa tipicità». L'A. rileva in particolare la rilevanza da accordarsi alla determinazione a contrarre avente ad oggetto un contratto atipico.

[44] Federico A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999, 116: «La rilevanza dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione ed individuato nella sua concreta dimensione nel procedimento amministrativo, infatti, non è un *prius* desumibile da specifiche disposizioni legislative, ma rappresenta il risultato di un procedimento ermeneutico sistematico, funzionale ed assiologico che, anche in assenza di un'espressa disposizione, assicuri la corrispondenza degli strumenti utilizzati rispetto all'interesse da perseguire, nel rispetto dei valori fondanti l'ordinamento e delle peculiarità della fattispecie concreta, a meno che, preliminarmente, si dimostri, con riferimento ad uno specifico interesse pubblico, l'impossibilità, non logica, ma giuridica, della sua emersione attraverso lo strumento contrattuale».

[45] La valenza di tali principi si evince in particolare in tema di amministrazione per accordi, ove è opportuno, per aversi un corretto ed effettivo esercizio del potere amministrativo, il coinvolgimento e la partecipazione del privato. La collaborazione ed il coinvolgimento del privato nella regolazione degli interessi è certamente da ritenersi riferibile all'ipotesi degli accordi ex art. 11 della l. n. 241/1990, in quanto in tali casi l'interesse pubblico «esige non soltanto l'intervento delle "forme" giuridiche attivate dall'esercizio del potere discrezionale, ma anche la concreta cooperazione dei titolari nella messa in evidenza degli interessi privati e nella prospettazione di un regolamento di attuazione tale da consentirne il soddisfacimento». Così Federico A., *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, cit., 50.

[46] Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 152.

[47] «Nella prassi applicativa, tuttavia, si assiste ad un fenomeno di contaminazione dello schema negoziale della sponsorizzazione. È sufficiente considerare l'abbinamento del servizio di tesoreria con il contratto di sponsorizzazione (...)». Così Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 147.

[48] Per un'analisi del contratto di tesoreria operato dagli enti pubblici locali si veda Guiducci A., *L'appalto del servizio di tesoreria: le problematiche del contratto*, in *Azienditalia*, 2008, 12. L'A. sottolinea la natura atipica del contratto di tesoreria stante la «mancata positivizzazione, all'interno dell'ordinamento civilistico nazionale, di norma che ne qualifichi gli aspetti», e ciononostante sottolinea l'opportunità di applicare anche al contratto di tesoreria le procedure di affidamento previste dalla normativa degli appalti pubblici, in particolare la disciplina inerente al rinnovo.

[49] In questo senso si veda Ferrari G., *I contratti di sponsorizzazione e la pubblica amministrazione*, in *Giur. Merito*, 2011, 01, 6, che rinvia a Tar Milano, sez. III, 19 aprile 2007, n. 1874.

[50] Interessante l'utilizzo del contratto di tesoreria con clausola di sponsorizzazione da parte della Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Verona. Il bando della procedura aperta per l'affidamento del contratto è disponibile al seguente link:

[http://www.vr.camcom.it/attach/content/GENERICO/AMMINISTRAZIONE%20APERTA/APPALTI/APPALTI%202016/2016\\_CAPITOLATO\\_TESORERIA.pdf](http://www.vr.camcom.it/attach/content/GENERICO/AMMINISTRAZIONE%20APERTA/APPALTI/APPALTI%202016/2016_CAPITOLATO_TESORERIA.pdf) (aggiornamento novembre 2016).

Si riporta di seguito la previsione del bando relativa alla clausola di sponsorizzazione del contratto di tesoreria: «L'Istituto cassiere si impegna ad effettuare, in favore della CCIAA, attività di sponsorizzazione delle proprie iniziative connesse all'espletamento dei compiti di quest'ultima; si impegna, pertanto, a versare uno o più contributi economici, per ogni anno di durata del contratto, o frazione di esso, nella misura indicata nella propria offerta, oltre IVA. L'Ente camerale metterà all'uopo a disposizione uno "spazio pubblicitario", inteso come spazio fisico o supporto di veicolazione delle informazioni - nome, ragione sociale, logo e/o marchio dello sponsor».

[51] Si veda quanto rilevato da Ferrari G., *I contratti di sponsorizzazione e la pubblica amministrazione*, cit., 6: «Il precedente art. 208 comma 1, nel testo modificato dall'art. 1 D.L. 27 dicembre 2000, n. 392 (Recante «disposizioni urgenti in materia di enti locali»). Convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2001, n. 26.) ha previsto la possibilità per gli enti locali di affidare la gestione di detto servizio a soggetti terzi, *scelti a conclusione di un procedimento di evidenza pubblica*, e li ha individuati: a) per i comuni capoluoghi di provincia, le province e le città metropolitane nelle banche autorizzate ex art. 10 d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia»; b) per i comuni non capoluoghi di provincia, le comunità montane e le unioni di comuni, anche nelle società per azioni regolarmente costituite con capitale sociale interamente versato non inferiore a un miliardo di lire, aventi ad oggetto la gestione del servizio di tesoreria e la riscossione dei tributi degli enti locali e che, alla data del 25 febbraio 1995, erano incaricate dello svolgimento del medesimo servizio, a condizione che il capitale sociale risulti adeguato a quello minimo richiesto dalla normativa vigente per le banche di credito cooperativo; c) negli altri soggetti abilitati per legge».

[52] In proposito si veda il contratto di concessione del servizio di tesoreria dell'Agenzia Spaziale Italiana: <http://www.asi.it/sites/default/files/Servizio di Cassa Convenzione.PDF>.

[53] Così Chieppa R., *Le sponsorizzazioni nell'attività della p.a.*, cit., che rinvia a Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2001, n. 1245.

[54] In realtà come nel contratto di sponsorizzazione, la clausola di sponsorizzazione prevede l'obbligazione dello *sponsee* (l'amministrazione pubblica) di associare a iniziative nei settori socio - assistenziali e culturali il nome dello *sponsor* (l'istituto bancario), così da incrementare il c.d. ritorno pubblicitario e di immagine, comunque già garantito dalla gestione del mero servizio di tesoreria.

[55] Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 1996, n. 937; Cons. Stato, sez. VI, 6 ottobre 1999, n. 1326.

[56] Cons. Stato, sez. V, ord. 21 novembre 2000, n. 5896; Cons. Stato, sez. VI, 19 giugno 2001, n. 3245 e 4 dicembre 2001, n. 607, in base alla quale il Supremo Consesso amministrativo ha, da un lato rilevato che il servizio di tesoreria rientra tra i servizi bancari e finanziari, ricompresi nell'ambito di applicazione del D. Lgs. n. 157/95 - attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi – (v. art. 1 ed all. 1, sub 6), mentre dall'altro lato ha ritenuto non direttamente applicabile detta disciplina, quanto meno in via diretta, al servizio di tesoreria, in quanto l'art. 3 del citato D. Lgs. n. 157/95 definiva gli appalti pubblici di servizi come contratti a titolo oneroso, mentre, come già evidenziato l'amministrazione non corrisponde alcun corrispettivo all'aggiudicatario. In tal senso si veda Chieppa R., *Le sponsorizzazioni nell'attività della p.a.*, cit.

[57] Il tema della legittimità del ricorso al contratto di tesoreria con clausola di

sponsorizzazione è trattato altresì da Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 163 ss.; Renna M., *Le sponsorizzazioni*, cit., 530.

[58] Nel senso prospettato dall'Adunanza Plenaria si rinvia alle seguenti pronunce della giurisprudenza amministrativa di primo e di secondo grado: Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6261; Tar Milano, sez. III, 19 aprile 2007, n. 1874, cit.; Tar Veneto, sez. I, 10 luglio 2006, n. 2006.

[59] In questo senso Renna M., *Le sponsorizzazioni*, cit., 530.

[60] In questo senso si rinvia a Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, cit., 171.

[61] In questo senso Vergani E., *Il brokeraggio assicurativo: l'apertura della Cassazione sulla tipizzazione sociale del contratto*, in *Dir. economia assicur.*, fasc. 2-3, 1999, 669.

[62] Per un'analisi compiuta della natura giuridica del contratto di brokeraggio si veda Oriani A., *Il contratto di brokeraggio assicurativo: qualificazione giuridica e risvolti applicativi*, in *Contratti*, 2010, 3, 265: «(...) il quadro tracciato dai vari orientamenti emersi intorno alla qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio appare estremamente variegato ed incerto. A titolo di completezza, si segnala che, lungi dall'inquadrare la fattispecie in esame all'interno di un tipo o di una commistione di tipi contrattuali, vi è anche chi ha costruito l'intermediazione assicurativa nei termini di una tipologia variabile a seconda che in concreto predomini il carattere interpositivo (contratto di mediazione) o prevalga l'attività di consulenza e assistenza (contratto d'opera, mandato o appalto). Altri interpreti si assestano su posizioni tra loro divergenti, chi affermando che il brokeraggio assicurativo si configura come contratto atipico,

appartenente alla grande area dell'intermediazione, chi, invece, qualificandolo come un nuovo tipo contrattuale legale. La qualificazione giuridica del rapporto di brokeraggio in un senso o nell'altro, come anticipato in premessa, risponde alla concreta esigenza di individuarne la disciplina applicabile».

[63] Nell'ambito del contratto di brokeraggio ed in considerazione del suo contenuto, per vero questa dizione si presenta più come una clausola di stile che come un limite effettivo all'autonomia contrattuale dell'ente pubblico procedente. Osserva in merito Gola M., *Contratti assicurativi della Pubblica Amministrazione: il servizio del broker e le procedure contrattuali*, in *Giur. Comm.*, 1997, 2, 181, che «La "salvaguardia dell'erario da non prevedibili erogazioni", (...) motivazione sufficiente per la stipula dei contratti assicurativi, non basta di per sé a garantire anche la legittimità della scelta del brokeraggio, pur strumentale rispetto a quel fine ultimo (...)».

Sulla legittimità del ricorso a tale tipologia contrattuale da parte della p.a., si rinvia a Persano Adorno P., *Il ruolo del broker nei rapporti con la P.A.*, in *Giur. Merito*, fasc. 3, 2000, 708.

[64] In proposito si veda la ricostruzione offerta da Urso M. G., *Illegittimo l'affidamento a trattativa privata del servizio di brokeraggio assicurativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 8, 1001. Oriani A., *Il contratto di brokeraggio assicurativo: qualificazione giuridica e risvolti applicativi*, cit., 265, ricostruisce la disciplina del contratto di brokeraggio nei seguenti termini: «(...) il mediatore assicurativo era definito dall' art. 1 l. 28 novembre 1984, n. 792, come il soggetto che "esercita professionalmente attività rivolta a mettere in diretta relazione con imprese di assicurazione o riassicurazione, alle quali non sia vincolato da impegni di sorta, soggetti che intendano provvedere con la sua collaborazione alla copertura dei rischi, assistendoli nella determinazione del contenuto dei relativi contratti e collaborando eventualmente alla loro gestione ed esecuzione". La materia risulta oggi regolata dagli artt. 106 ss. D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (c.d. "Codice delle assicurazioni private"), che ha sostituito, abrogandola, la disciplina precedente. L'intermediazione assicurativa e riassicurativa viene ora definita come l'attività, svolta a titolo oneroso, consistente "nel presentare o proporre prodotti assicurativi e riassicurativi o nel prestare assistenza e consulenza finalizzate a tale attività e, se previsto dall'incarico intermediativo, nella conclusione dei contratti ovvero nella collaborazione alla gestione o all'esecuzione, segnatamente in caso di sinistri, dei contratti stipulati" (art. 106). L'esercizio di tale attività è riservato ai soggetti iscritti nell'apposito registro, tra cui "i mediatori di assicurazione o di riassicurazione, altresì denominati broker, in qualità di intermediari che agiscono su incarico del cliente e senza poteri di rappresentanza di imprese di assicurazione o di riassicurazione" (art. 109 comma 2 lett. b)». Si veda altresì Zuddas G., *Broker di assicurazioni e pubblica amministrazione*, in *Responsabilità civile e Previdenza*, 1,

2007, 174.

[65] Come sottolineato da Persano Adorno P., *Il ruolo del broker nei rapporti con la P.A.*, cit., 708, «Spesso le pubbliche amministrazioni si rivolgono ai broker in quanto necessitano di procedere ad un riordino dei contratti di assicurazione stipulati dalle amministrazioni stesse e, più in generale, allo scopo di avvalersi della collaborazione del mediatore nelle scelte di politica assicurativa dell'ente medesimo».

[66] Ed è per questo che il contratto di brokeraggio è stato definito come contratto misto. In giurisprudenza si veda TAR Piemonte sez. II, 3 aprile 2012 n. 388: «(...) Più problematico è invece individuare la figura tipica contrattuale cui ascrivere il contratto di brokeraggio assicurativo. Una prima soluzione potrebbe essere quella di ricondurre il contratto di brokeraggio alla figura della mediazione, disciplinata dagli artt. 1754 e segg. del codice civile. Senonché va osservato che a tale riconduzione osta la circostanza che, in base all'art. 1754 del codice civile, il mediatore non deve essere legato ad alcuna delle parti che egli si premura di mettere in relazione; e che, secondo l'orientamento maggioritario della giurisprudenza, il fondamento di tale divieto risiede nel fatto che il mediatore deve necessariamente caratterizzarsi per l'indipendenza e l'imparzialità nei confronti delle parti relazionate (cfr. Cassazione civile, sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382). Al contrario, il broker, come visto, deve curare gli interessi dell'assicurato. Sembra dunque preferibile ricondurre il contratto di brokeraggio al contratto di mandato, ovvero considerarlo come una mediazione atipica svolta nell'interesse di una delle parti (figura ammessa dalla giurisprudenza ed assimilata comunque al contratto di mandato), ovvero ancora all'appalto di servizi (cfr. Cassazione civile, sez. III, 8 luglio 2010, n. 16147; Cassazione civile, sez. III, 14 luglio 2009, n. 16382; Consiglio di stato, sez. V, 3 giugno 2002, n. 3064)».

[67] Urso M. G., *Illegittimo l'affidamento a trattativa privata del servizio di brokeraggio assicurativo*, cit., 1001. Si veda l'analisi operata da Persano Adorno P., *Il ruolo del broker nei rapporti con la P.A.*, cit., 708, in cui si sottolinea come, per considerare utilizzabile lo schema contrattuale del brokeraggio da parte della p.a., si debba giocoforza ritenere che le due prestazioni della consulenza e dalla mediazione siano scindibili.

[68] Seppure formalmente posto a carico delle compagnie, il pagamento dei compensi del *broker* grava sostanzialmente, sull'ente giacché è ovvio che le compagnie di assicurazione calcoleranno l'entità dei premi in modo tale da scaricare sull'ente il compenso che esse sono formalmente tenute a versare al mediatore.

[69] Da non confondere con la questione relativa all'affidamento di entrambi i servizi con il medesimo bando, in merito alla quale si veda Gola M., *Contratti assicurativi della Pubblica Amministrazione: il servizio del broker e le procedure contrattuali*, cit., 181. Sulla problematica si veda anche la Determinazione dell'Avcp (ora ANAC) del 13 marzo 2013 n. 2 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - Serie Generale n. 80 del 5-4-2013 recante «Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa»: «In merito ai servizi di intermediazione assicurativa, si continuano a verificare situazioni idonee ad incidere sulla regolarità delle procedure di gara, consistenti nell'affidare congiuntamente tali servizi e quelli assicurativi. Inoltre, anche la prassi consolidata di remunerare il lavoro dell'intermediario sulla base di una percentuale dei premi futuri di assicurazione, a carico delle imprese, appare idonea ad alterare i corretti meccanismi dell'evidenza pubblica».

[70] Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 26 luglio 2006, n. 397, per il quale: «Il "broker", eliminando la necessità dell'azione dell'agente, subentra automaticamente nella provvigione di questi e, quindi, viene remunerato dalla stessa assicurazione vincitrice della gara, senza alcun ulteriore caricamento sui premi».

[71] In realtà è stato osservato da Urso M. G., *Illegittimo l'affidamento a trattativa privata del servizio di brokeraggio assicurativo*, cit., 1001, che anche laddove il contratto di brokeraggio venga inquadrato nell'ambito della prestazione d'opera professionale, in base all' art. 7 del D.Lgs. n. 165/2001 (nel testo modificato dall' art. 32 del D.L. n. 223/2006, convertito con L. n. 248/2006) comma 6- bis «Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione». L'A. sottolinea come la necessità di rispettare i principi comunitari di parità di trattamento, trasparenza, pubblicità e non discriminazione anche per il conferimento degli incarichi professionali è stata confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa.

[72] Persano Adorno P., *Il ruolo del broker nei rapporti con la P.A.*, cit., 708, in merito osserva: «(...) il pagamento del corrispettivo da parte dell'assicuratore è puramente formale perché è sempre l'assicurato che, attraverso il conglobamento della provvigione nel premio, sopporta l'onere economico dell'attività del broker o, in alternativa, di quella dell'agente».

In merito alla retribuzione del broker si osservi quanto sottolineato dall'Avcp (ora ANAC) nella Determinazione dell'Avcp (ora ANAC) del 13 marzo 2013 n. 2 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana - Serie Generale n. 80 del 5-4-2013 recante «Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa»: «La questione relativa alla presunta gratuità si ritiene ormai superata, considerato che, ai sensi dell'art. 29 del Codice, il valore posto a base di gara comprende l'insieme delle entrate che affluiscono all'aggiudicatario per effetto dell'affidamento (sul punto si vedano anche le deliberazioni dell'Autorità n. 9 del 12.02.2009 e n. 71 del 09.09.2009). Tuttavia, la asserita gratuità del servizio di intermediazione assicurativa fa sì che, spesso, nei bandi di gara, non si tenga sufficientemente conto del prezzo reale del servizio. In altri termini, oltre ad essere indeterminata al momento dell'affidamento, la remunerazione del broker rischia di essere sganciata dall'effettiva prestazione svolta e dai risultati ottenuti mediante l'attività di consulenza e di gestione dei rischi, con conseguente impossibilità di introdurre nei contratti adeguati strumenti di incentivazione».

Per la giurisprudenza più recente in tema di retribuzione si veda Consiglio di Stato sez. V, 12 ottobre 2016, n. 4226, che ribadisce: «(...) l'attività del broker è quindi remunerata con una provvigione, commisurata ai premi pagati dall'assicurato alla compagnia assicuratrice». La sentenza s'inserisce nel solco di un orientamento granitico. Cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 24 febbraio 2000, n. 1019: «Il contratto col quale l'amministrazione affida il servizio di consulenza e collaborazione assicurativa, riconducibile nell'ambito del contratto di brokeraggio, deve considerarsi oneroso, attraverso un caricamento nel premio assicurativo della provvigione del broker; sicché esso è assoggettato ai criteri di aggiudicazione di cui al d.lg. 17 marzo 1995 n. 157».

[73] Si veda al proposito questa sentenza del T.A.R. Reggio Calabria sez. I, 9 febbraio 2010, n. 62, che nell'imporre il ricorso all'evidenza pubblica, sottolinea il carattere di negozio collegato al contratto di brokeraggio assicurativo: «Va ritenuto sussistente l'obbligo per la p.a. di provvedere alla scelta del broker per procedura di evidenza pubblica, perché non è corretto limitare l'analisi del rapporto contrattuale sussistente nella fattispecie del brokeraggio assicurativo solamente alla relazione immediata tra p.a. e broker. Al contrario, quest'ultimo rapporto va ricondotto ad una fattispecie contrattuale complessa, costituita dal collegamento negoziale tra il contratto intercorrente tra p.a. e broker, ed il contratto di assicurazione tra p.a. ed assicuratore, in cui quest'ultimo deve un compenso alla controparte dell'amministrazione e che quest'ultima sostanzialmente finanzia con il proprio premio. Ne deriva che il servizio di

brokeraggio, essendo un negozio collegato al contratto assicurativo la cui conclusione rappresenta lo scopo del broker, integra una fattispecie negoziale complessa avente causa in parte associativa ed in parte di scambio e, quindi, in presenza di compensi comunque dovuti al broker, è da considerarsi a titolo oneroso per l'assicurato».

[74] «Art. 20. Appalti di servizi elencati nell'allegato II B. 1. L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (*specifiche tecniche*), dall'articolo 65 (*avviso sui risultati della procedura di affidamento*), dall'articolo 225 (*avvisi relativi agli appalti aggiudicati*). 2. Gli appalti di servizi elencati nell'allegato II A sono soggetti alle disposizioni del presente codice».

Sulla necessità di esperimento di una procedura selettiva, il Consiglio di Stato sez. IV, 13 marzo 2008, n. 1094: «È illegittimo l'esperimento da parte della Società Autostrade per l'Italia S.P.A di una trattativa privata per l'affidamento del servizio di brokeraggio assicurativo, atteso che detta società va qualificata come organismo di diritto pubblico e che, in quanto tale, opera come un'amministrazione aggiudicatrice tenuta al rispetto delle norme sugli appalti pubblici, anche se ha natura privatistica». Nello stesso senso T.A.R. Milano sez. III, 1 aprile 1998, n. 674.

Circa la determinazione dei requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica si vedano T.A.R. Roma sez. III, 12 dicembre 2007, n. 12972; T.A.R. Cagliari sez. I, 29 gennaio 2007, n. 50. Sulla legittimità della richiesta di certificazione di qualità: T.A.R. Aosta 15 marzo 2006, n. 30; T.A.R. Aosta, 15 marzo 2006, n. 12.

[75]La determinazione è reperibile sul sito internet dell'ANAC

:

[http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/\\_Atto?ca=5354#punto4.2](http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=5354#punto4.2) (aggiornamento novembre 2016).

Di recente l'ANAC, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici ha emesso la Deliberazione n. 618 dell'8 giugno 2016 recante Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi, in considerazione del nuovo ruolo riconosciutele a norma dell'art. 213, comma 2, in base al quale «L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche».

«Sulla base di tale previsione, l'Autorità ha individuato nel contratto-tipo la forma più idonea per adottare il presente atto a carattere generale contenente le clausole-tipo che devono disciplinare il rapporto intercorrente tra le stazioni appaltanti e le imprese di assicurazione aggiudicatrici di contratti pubblici di servizi assicurativi». Rimane tuttavia fuori dall'ambito applicativo di tali linee guida la disciplina del rapporto di brokerage, salvo qualche richiamo nell'ambito della trattazione del tema della centralizzazione della committenza per i servizi assicurativi.

[76] In questo senso, già prima del nuovo codice dei contratti pubblici, si veda T.A.R. L'Aquila sez. I, 24 marzo 2011, n. 154: «In riferimento allo svolgimento dell'incarico di brokeraggio assicurativo in favore di una p.a., la rilevanza dell'aspetto organizzativo e del rischio economico correlato allo svolgimento dell'attività, peraltro esercitata in forma societaria, inducono a considerare presente quel carattere di imprenditorialità che vale di per sé stesso ad escludere la configurabilità di una prestazione d'opera intellettuale ed affermare, per converso, l'esistenza di un appalto di servizi, soggetto alle norme sull'evidenza pubblica». *Contra*: T.A.R. Pescara, 26 luglio 2006, n. 397: «Il "broker" è un professionista esperto del ramo assicurativo, cui si rivolge chi sia interessato a stipulare contratti di assicurazione alle migliori condizioni, per casi particolarmente complessi; questi è un mediatore, ma non solo, poiché deve assicurare al cliente le migliori condizioni possibili, assisterlo nello svolgimento del rapporto e, quindi, è un professionista che svolge una particolare attività qualificata e fiduciaria, a contenuto chiaramente intellettuale, che presuppone un'esperienza ed un patrimonio culturale tecnico di sicura specializzazione, cui legittimamente ricorre la p.a. (Cass., sez. III, n. 2416/2005). In quanto tale, esso è configurabile come un contratto d'opera professionale, inerente ad un servizio assicurativo in senso ampio. Sulla onerosità del "brokeraggio" non vi è, pertanto, alcun dubbio, e, nel caso in esame, il punto non è la natura gratuita dell'attività svolta, quanto, piuttosto, l'individuazione del soggetto su cui farà carico la corresponsione della provvigione, notoriamente spettante all'agente di assicurazione. Tale soggetto non è identificabile nella Amministrazione, perché il "broker", eliminando la necessità dell'azione dell'agente, subentra automaticamente nella provvigione di questi e, quindi, viene remunerato dalla stessa assicurazione vincitrice della gara, senza alcun ulteriore caricamento sui premi».

[77] A questo proposito occorre fare riferimento a quanto sancito dalla giurisprudenza relativamente al contratto di sponsorizzazione passiva. In particolare si veda Cons. Stato, sez. VI, 31 luglio 2013, n. 4034 con cui si puntualizza che se nei contratti di sponsorizzazione è «parte una pubblica amministrazione (come specificamente previsto, (...), in materia di beni culturali, (...)) e la sponsorizzazione non comporti alcun onere finanziario per l'Amministrazione stessa, l'accordo - non qualificabile come contratto passivo - non è assoggettato alla disciplina comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici, pur restando applicabili i principi del trattato, in

materia di scelta della controparte e più in generale in tema di “economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità”, come disposto dall'art. 27 del codice dei contratti pubblici, appunto per i contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti (2004/18/CE e 2004/17/CE), ma non anche ai principi posti a tutela della concorrenza dai Trattati dell'Unione Europea (cfr. in tal senso Corte cost., 10 febbraio 2010, n. 45; Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442; Cons. Stato, sez. III, 17 ottobre 2011, n. 5547; Cons. Stato, Ad. Plen., 1° agosto 2011, n. 16)».

In dottrina si veda Renna M., *Le sponsorizzazioni*, in Mastragostino F., (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 525, secondo il quale anche la sponsorizzazione passiva rappresenta pur sempre un contratto, che sebbene qualificato come “attivo” dal punto di vista giuscontabilistico, comporta per lo *sponsor* un ritorno in termini di pubblicità ed immagine sul mercato che lo rende rilevante sotto il profilo della concorrenza, e che pertanto va affidato a seguito di una procedura selettiva pubblica.

[78] Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30. Occorre, cioè che la p.a. verifichi effettivamente se nelle fattispecie concrete sussista il cd. vantaggio economico indiretto da parte del soggetto a cui il servizio andrà affidato, dovendosi in quest'ultima ipotesi selezionare il contraente a mezzo di procedura di evidenza pubblica, secondo la normativa nazionale in materia di appalti di servizi. In questo senso si veda Urso M. G., *Illegittimo l'affidamento a trattativa privata del servizio di brokeraggio assicurativo*, cit., 1001.

[79] Si consideri l'interesse a selezionare il contraente che offra il servizio al costo più basso.

[80] Macchia M., *La compravendita*, in Franchini C. (a cura di) *I contratti della pubblica amministrazione*, volume edito nella collana *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., Torino, 2007, tomo II, 1237 affronta in maniera approfondita i diversi orientamenti giurisprudenziali in ordine all'ammissibilità della compravendita di cosa futura: l'inammissibilità senza condizioni, l'ammissibilità solo previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica, l'ammissibilità al ricorrere di specifiche condizioni.

[81] «Nella vendita che ha per oggetto una cosa futura, l'acquisto della proprietà si verifica non appena la cosa viene ad esistenza. Se oggetto della vendita sono gli alberi o i frutti di un fondo, la proprietà si acquista quando gli alberi sono tagliati o i frutti sono separati.

Qualora le parti non abbiano voluto concludere un contratto aleatorio, la vendita è nulla, se la cosa non viene ad esistenza».

[82] «Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessione di servizi. 1. Le disposizioni del presente codice non si applicano agli appalti e alle concessioni di servizi: a) aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; (...)».

[83] Secondo la dottrina si tratta di un contratto perfetto *ab initio* di cui l'efficacia è sospesa dalla *condicio iuris* della venuta ad esistenza della *res sperata* o *in fieri*.

Per la giurisprudenza amministrativa si veda Consiglio di Stato sez. II, 18 agosto 2006, n. 18129: «A differenza del contratto preliminare, la vendita di cosa futura non integra gli estremi del contratto "in formazione", ma costituisce un negozio perfetto "*ab initio*", avente la sola particolarità che l'effetto traslativo è rinviato al venire ad esistenza del bene, al cui avverarsi esso si produce automaticamente, senza che occorra un successivo atto di trasferimento; pertanto, nel caso in cui la vendita abbia ad oggetto un immobile in costruzione, è necessario che l'atto contrattuale, ai sensi dell'art. 17 l. 28 febbraio 1985 n. 47, indichi, a pena di nullità, gli estremi della concessione ad edificare».

[84] Macchia M., *La compravendita*, cit., 1226.

[85] «Sulla scorta di tali principi, la giurisprudenza ha pertanto ammesso in via generale la possibilità, per l'amministrazione, di stipulare contratti atipici, ma ha ritenuto, ad esempio, ammissibile il ricorso alla compravendita di cosa futura soltanto nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da realizzare costituisca, secondo un ampio e documentato apprezzamento

dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un "unicum" non acquisibile in altri modi. In linea di stretta consequenzialità, l'amministrazione deve verificare la possibilità di ricorrere preventivamente alle procedure ordinarie e soltanto ove sia verificata la non praticabilità di tale soluzione, potrà scegliere di acquistare l'immobile secondo il meccanismo della compravendita». Così Pajno A., *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, cit., 555.

[86] Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 1 marzo 2005, n. 816: «L'acquisto di cosa futura è un istituto che non solo opera in deroga alla normativa generale in materia di appalti pubblici, ma, addirittura, si pone in alternativa all'appalto di opera pubblica, che resta il sistema ordinario per l'acquisizione di opere di pertinenza pubblica. Sicché, l'esperibilità della vendita di cosa futura da parte della p.a., pur essendo ammissibile in astratto, in concreto è condizionata dalla ricorrenza di situazioni eccezionalissime e dalla necessità - dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi del principio tendenziale e generale del procedimento d'appalto - che l'amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche».

[87] Circa la distinzione tra appalto e vendita di cosa futura, vale la pena osservare che in base a quanto rilevato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, 12 maggio 2008, n. 11656 i criteri di distinzione tra appalto e compravendita di cosa futura sono sostanzialmente due: un primo di carattere obbiettivo che pone l'accento sulla prevalenza quantitativa dell'elemento lavoro sull'elemento materia, ed il secondo, subiettivo, in base al quale rileva il modo in cui le parti considerano la prestazione, se come un *facere* o come un *dare*. Le Sezioni Unite della Cassazione, anche in considerazione della teoria della causa concreta (ormai assodata), hanno accolto questo secondo orientamento, dando prevalenza al secondo criterio, nell'ottica dell'intento empirico delle parti e non della mera intenzione soggettiva. In questo modo si avrà compravendita di cosa futura soltanto quando l'attività costruttiva venga considerata meramente strumentale all'oggetto della prestazione. Nello stesso senso sembra attestarsi la più di recente giurisprudenza del Consiglio di Stato sez. IV, 7 luglio 2014, n. 342: «La distinzione tra appalto e vendita (e vendita di cosa futura) si basa su due elementi: da un lato, la volontà dei contraenti e, dall'altro, il rapporto fra il valore della materia (prestazione di dare) ed il valore della prestazione d'opera (prestazione di fare), bensì avuto riguardo alla comune intenzione dei contraenti. Pertanto, si è in presenza d'un contratto d'appalto o d'opera se l'oggetto effettivo e prevalente dell'obbligazione assunta dal produttore-venditore è la realizzazione d'un opus unicum od anche d'un opus derivato dalla serie, ma oggetto di sostanziali adattamenti o modifiche a richiesta del destinatario, laddove la fornitura della materia è un semplice elemento concorrente nel complesso della realizzazione dell'opera e di tutte le attività a tal fine intese. Al contrario, si è in presenza d'un contratto di compravendita,

se le attività necessarie a produrre il bene costituiscono solo l'ordinario ciclo produttivo del bene, che può anche concludersi con l'assemblaggio delle sue componenti presso il destinatario, ma è la sola consegna del bene stesso, l'effettiva obbligazione del produttore-venditore».

[88] Corte dei Conti, 24 novembre 1995, n. 150, in *Foro Amm.*, 1996, II, 2089.

[89] Cons. Stato, 4 novembre 1994, n. 1257, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1536. In questo senso anche T.A.R. sez. II, 10 luglio 1996, n. 1394: «L'art. 3, comma 2, r.d 18 novembre 1923, n. 2440, delinea il principio di concorsualità e di generalità di accesso dei soggetti in possesso dei necessari requisiti di idoneità ai procedimenti di scelta del contraente, per cui, a prescindere dal "*nomen juris*" attribuito dalle parti alle fonti del rapporto (contratto di appalto, vendita di cosa futura, leasing, concessione di costruzione, concessione di committenza, ecc.), la pubblica gara per la scelta dell'appaltatore deve trovare applicazione ogni qual volta fra quest'ultimo e la p.a. si instauri un rapporto a prestazioni corrispettive».

[90] Consiglio di Stato sez. III, 11 maggio 1999, n. 596: «Per potersi fare ricorso alla vendita di cosa futura devono sussistere una serie di presupposti, e, in particolare: a) l'immobile da acquistare deve possedere caratteristiche che lo rendano infungibile; b) l'immobile deve avere la destinazione urbanistica prevista dal P.R.G.; c) è necessario che venga compiuta un'analisi costi - benefici; d) è necessario che il contratto venga stipulato sulla base di un progetto esecutivo completo in ogni suo particolare e che non sia possibile modificarlo successivamente durante il corso dei lavori».

[91] Cons. Stato, Ad. Gen., 17 febbraio 2000, n. 2, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1009.

[92] Diversamente, l'eventuale illegittimità riscontrata nell'esercizio della discrezionalità della p.a. porterà inevitabilmente a delle illegittimità che potrebbero riverberarsi sul contratto stesso (Cons. Stato Ad. Generale, 17 febbraio 2000, n.1, in Foro Amm., 2000, 2752).

[93] T.A.R. sez. II, 12 novembre 1993, n. 1390: «Può farsi ricorso all'istituto della vendita di cosa futura ex art. 1472 c.c., in materia di lavori pubblici, solo in presenza di un bene che per le sue caratteristiche rappresenti un "unicum" non acquisibile in altri modi, in quanto esso costituisce un sistema derogatorio rispetto a quello ordinario dell'appalto; da tale carattere derogatorio discende che "le condizioni in presenza delle quali è possibile far ricorso a siffatto eccezionale strumento" non esprimono scelte di merito dell'azione amministrativa ma , piuttosto, figure sintomatiche che consentano di accertare che il bene oggetto del contratto posseda le caratteristiche di un "unicum" non acquisibile in alcun altro modo».

[94] Cons. Stato, Sez. III, 11 maggio 1999, n. 596.

[95] Corte Conti, Sez. Contr. Stato, 15 dicembre 1992, n. 16, in *Cons. Stato*, 1993, II, 1028: «la proprietà del contraente privato delle aree sulle quali costruire gli edifici, al fine di risparmiare i lunghi tempi di attesa e relativi oneri finanziari connessi alle procedure di espropriazione (cui si sarebbe dovuto far fronte nel caso che, invece, si fosse prescelto il sistema dell'esproprio); l'accertamento preventivo, in base alle norme tecniche di attuazione dei regolamenti edilizi comunali, della conformità dell'opera da realizzare agli strumenti urbanistici di zona; l'integrazione della documentazione urbanistica con le concessioni edilizie, opportunamente modulate, per quanto possibile, sulla destinazione degli immobili; la valutazione precisa, da parte dell'amministrazione acquirente, delle proprie esigenze, definite nei dettagli costruttivi, così da formulare una proposta compiuta che contenga gli elementi identificativi di un bene non altrimenti acquisibile; la presentazione di un progetto da parte del venditore che, contemplando tutte le caratteristiche indicate, sia in grado di corrispondere alle esigenze dell'amministrazione, e contenga il prezzo di vendita, la cui entità deve essere considerata immodificabile, se non in relazione ad interventi esecutivi di modesto rilievo e tali, comunque, da non alterare i termini sostanziali, sui quali si è verificata l'intesa delle parti».

[96] Ci si riferisce in particolare al contratto di permuta, su cui Capuzza V., *La permuta*, in Rescigno P. e Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, vol. XIV, 2010, 1247ss. Si vedano altresì le ipotesi di contratti di *factoring* pubblico, su cui Di Amato A., *Il factoring pubblico*, in Rescigno P. e Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, vol. XIV, 2010, 1063 ss.; di *engineering*, in merito al quale Petullà F., *L'engineering*, in Rescigno P. e Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, vol. XIV, 2010, 1099 ss.; di performance bond, su cui Rossetti L., *Il performance bond*, in Rescigno P. e Gabrielli E. (diretto da), *Trattato dei contratti*, vol. XIV, 2010, 1173 ss.

[97] Si tratta del fenomeno ampiamente descritto da Napolitano G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 239: «La pubblicizzazione avviene secondo due diversi itinerari. Il primo conduce all'applicazione automatica del regime amministrativo, costruito attorno alle tradizionali tecniche di affermazione e di controllo del potere e della funzione. Si tratta di un percorso in certa misura più semplice e diretto, che non a caso trova notevole seguito nella giurisprudenza e nella scienza giuridica. Ciò, tuttavia, avviene a prezzo di notevoli forzature che si traducono in un uso sovradeterminato delle categorie pubblicistiche. Inoltre, sul piano dei risultati, si corre il rischio di contraddire il senso del ricorso agli strumenti civilistici e all'autonomia privata, irrigidendo l'azione volta al perseguimento di fini generali e determinando un eccesso di protezione ora degli interessi pubblici ora di quelli individuali».

[98] Dugato M., *I contratti misti come contratti atipici tra attività e organizzazione amministrativa. Dal "global service" all' "in house providing"*, cit., 72.