



.....OMISSIS.....

Oggetto

Art. 3, co 1 lett. ii) e art. 19 del d.lgs. n. 50/2016 – Google LCC – offerta crediti pubblicitari - richiesta di parere.

FUNZ CONS 39/2022

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 15 luglio 2022, acquisita al prot. Aut. n. 58237 ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021 si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 20 luglio 2022, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 160/2022.

Quale indirizzo di carattere generale sulla questione sollevata dal richiedente, si osserva che la stessa, secondo quanto rappresentato nell’istanza, attiene all’offerta della società Google LCC di fornire all’amministrazione, in via gratuita, crediti pubblicitari nell’ambito del Google Ads Crisis Relief Program, per promuovere i portali ViaggiareSicuri e DoveSiamoNelMondo nel caso di ricerche effettuate tramite il motore di ricerca Google e riferite a viaggi all’estero. Si tratterebbe di una iniziativa per la quale, a fronte della disponibilità di Google di mettere a disposizione gratuitamente lo spazio del proprio portale, normalmente a pagamento, destinato agli “annunci pubblicitari”, conferendo quindi massima visibilità ai sitiOMISSIS....., l’Amministrazione ricevente non prevede di fornire alcun ritorno pubblicitario a Google.

Si osserva al riguardo che, così come descritta dall’istante, l’operazione non sembra presentare i caratteri tipici del contratto di sponsorizzazione come disciplinato dall’art. 19 del d.lgs. 50/2016.

Come noto, infatti, nella sponsorizzazione «...alla prestazione dello sponsor in termini di dazione del denaro o di acollo del debito corrisponde l’acquisizione, in favore dello stesso sponsor, del diritto all’uso promozionale dell’immagine della cosa di titolarità pubblica: il motivo che muove quest’ultimo è l’utilità costituita ex novo dall’opportunità di spendita dell’immagine, cioè la creazione di un nuovo bene immateriale. Per l’Amministrazione è finanziariamente non onerosa - cioè passiva: non comporta un’uscita finanziaria - ma comunque genera un interesse economico attivo per lo sponsor, insito in un prodotto immateriale dal valore aggiunto che va a suo vantaggio. In altri termini: la circostanza che vi sia verso lo sponsor una traslazione meramente simbolica, cioè di immagine, della cosa di titolarità pubblica non può essere considerata come vicenda gratuita, ma va posta in stretta relazione, nei termini propri dell’equilibrio sinallagmatico, con il valore della controprestazione, vale a dire della dazione dello sponsor. Con la sponsorizzazione si ha dunque lo

scambio di denaro contro un'utilità immateriale, costituita dal ritorno di immagine» (Consiglio di Stato n. 4614/2017).

Dunque, secondo i chiarimenti offerti dalla giurisprudenza, la sponsorizzazione non è un contratto a titolo gratuito, in quanto alla prestazione dello sponsor corrisponde l'acquisizione del diritto all'uso promozionale dell'immagine del bene pubblico da parte dello stesso.

Diverso è il caso di specie nel quale, secondo quanto rappresentato nell'istanza, la prestazione si configura come gratuita *tourt court*, non essendo previsto a fronte dell'offerta del credito pubblicitario avanzata dalla società, alcuna prestazione da parte dell'amministrazione, in termini di pagamento di somme o di pubblicità, né alcuna utilità a vantaggio della società, ossia alcuno sfruttamento dell'iniziativa a fini pubblicitari o di promozione dell'immagine da parte della società offerente.

In tal senso, come sopra evidenziato, l'operazione descritta non sembra presentare i caratteri tipici del contratto di sponsorizzazione ai sensi dell'art. 19 del Codice e più in generale i caratteri tipici dell'appalto pubblico, secondo la definizione contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. ii) del d.lgs. 50/2016, a tenore del quale gli «appalti pubblici», sono «i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi».

Affinché si configuri un contratto d'appalto, sottoposto alla disciplina del d.lgs. 50/2016, pertanto, occorre che lo stesso sia concluso a titolo oneroso tra le parti.

Più in dettaglio, come chiarito dall'Autorità, è «l'onerosità e la sinallagmaticità del contratto stipulato con il privato che caratterizza lo stesso ai fini dell'applicabilità della disciplina in tema di appalti pubblici. Ciò è stato ribadito anche in recenti pronunce della Corte di Giustizia (10 settembre 2020, causa C-367/19), la quale ha potuto osservare al riguardo che:

- l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 definisce gli «appalti pubblici» come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».
- I termini «a titolo oneroso» designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione. Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico. Detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito, ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale (v., in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62).
- Ne consegue che un contratto con il quale un'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte si è impegnata a realizzare non rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24.

Con decisione C-606/17 del 18 ottobre 2018, il giudice comunitario ha aggiunto che «un contratto che preveda uno scambio di prestazioni rientra nella nozione di appalto pubblico anche

nel caso in cui la remunerazione prevista sia limitata al rimborso parziale delle spese sostenute per fornire il servizio concordato» (delibera Anac n. 316/2021 - parere AG 1/2021).

Consegue da quanto sopra che al fine di stabilire se un contratto possa qualificarsi come oneroso e sinallagmatico, nel senso indicato dal giudice comunitario e dall'Autorità, al fine di non eludere l'effetto utile della direttiva (l'assoggettabilità alla disciplina concorrenziale di servizi/forniture/opere, realizzate a vantaggio della collettività), occorre quindi indagare la reale natura degli impegni assunti dalle parti con la stipula del contratto.

Nel caso di specie, come sopra anticipato, risulterebbe del tutto assente nell'iniziativa proposta dalla società, qualsiasi tipo di utilità o vantaggio a favore dell'operatore economico, sia in forma diretta (in termini economici) sia in forma indiretta (in termini di pubblicità, sfruttamento di immagine, altri vantaggi di varia natura). Allo stesso modo non risultano evidenziate prestazioni a carico dell'Amministrazione.

In tal senso, la predetta iniziativa, mancando del tutto del carattere dell'onerosità e della sinallagmaticità tra le parti, nel senso sopra indicato, non sembra riconducibile nello schema tipico del contratto d'appalto e, quindi, nel campo di applicazione del d.lgs. 50/2016.

A tal riguardo, peraltro, nella fattispecie non vengono in rilievo eventuali profili di violazione dei principi comunitari indicati nell'art. 30 del Codice e, in particolare, del principio di par condicio, ove la predetta iniziativa non sia riservata in via esclusiva alla società offerente, mediante previsione in tal senso di clausole chiare del contratto, riservandosi quindi l'amministrazione di poter aderire, anche contestualmente, ad eventuali ulteriori proposte di eguale o analogo tenore, eventualmente provenienti da altri operatori del web o di social network.

Sembra opportuno sottolineare, inoltre, che trattandosi di iniziativa non riconducibile al contratto d'appalto, alcun vincolo dovrebbe essere posto a carico dell'amministrazione, in relazione ad eventuali profili tecnici dell'iniziativa, che possano condurre nel tempo a fenomeni di lock-in, nel senso indicato dall'Autorità nelle linee guida n.8 e, in genere, alla successiva "necessità" per la stessa amministrazione di avvalersi di servizi offerti dalla società in relazione alla prestazione resa.

Occorre aggiungere a quanto sopra, quale indicazione conclusiva, che l'azione amministrativa è sempre sorretta dal rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'art. 1 della l. 241/1990, a tenore del quale «L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

Secondo i medesimi principi, pertanto, con particolare riguardo al principio di trasparenza, all'iniziativa deve essere garantita adeguata pubblicità, con riguardo alla conclusione dell'accordo con la società offerente.

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

Avv. Giuseppe Busia

Atto firmato digitalmente il 28 luglio 2022