

23 aprile 2009

Oggetto: interpretazione art. 19, comma 1, lett. b), D. Lgs. n. 163/2006 - richiesta parere Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali

In esito a quanto richiesto con nota 159-P-22.1.2009 si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 22-23 aprile 2009 ha approvato le seguenti considerazioni.

Sembra opportuno in via preliminare richiamare l'art. 19, comma 1, lettera b), del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale il Codice non si applica ai contratti pubblici aventi per oggetto (tra l'altro) "(...) l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o coproduzione di programmi destinati alla trasmissione da parte di emittenti radiotelevisive e appalti concernenti il tempo di trasmissione". La norma contempla, dunque, l'inapplicabilità della disciplina ordinaria ai contratti strettamente connessi con i contenuti dei programmi di radio e di televisione (acquisto, sviluppo, produzioni, coproduzioni e le relative acquisizioni di tempo di trasmissione).

Trattandosi di una deroga alla disciplina generale sui contratti pubblici, sembra opportuno darne un'interpretazione restrittiva, per cui qualsiasi altra attività accessoria a quelle espressamente ivi enunciate deve essere affidata con procedura ad evidenza pubblica.

E' quanto può desumersi dal venticinquesimo considerando della direttiva 2004/18/CE (l'art. 19 del Codice costituisce recepimento dell'art. 16 di tale direttiva) che individua la ratio di una simile eccezione - nella circostanza che "l'aggiudicazione di appalti pubblici in relazione a taluni servizi audiovisivi nel settore delle trasmissioni radiotelevisive dovrebbe consentire di tenere conto di considerazioni di rilievo culturale e sociale che rendono inappropriata l'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti. Per questi motivi si deve dunque prevedere un'eccezione per gli appalti pubblici di servizi aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi pronti per essere diffusi e di altri servizi preparatori, quali quelli relativi alle sceneggiature o alle prestazioni artistiche necessarie alla realizzazione del programma nonché gli appalti concernenti il tempo di trasmissione. Tuttavia tale eccezione non dovrebbe applicarsi alla fornitura del materiale tecnico necessario alla produzione, alla coproduzione e alla trasmissione di tali programmi. Per trasmissione si dovrebbe intendere la ritrasmissione e la diffusione tramite qualsivoglia rete elettronica".

Lo specifico riferimento al "rilievo culturale e sociale" evidenzia l'infungibilità propria delle prestazioni di carattere artistico e, pertanto, giustifica il giudizio di "inappropriatezza" nella normativa sull'evidenza pubblica.

Infatti, la clausola di non applicabilità si estende esclusivamente agli appalti pubblici di servizi aventi per oggetto l'acquisto, lo sviluppo, la produzione o la coproduzione di programmi destinati alla diffusione e di altri servizi preparatori, quali quelli relativi alle sceneggiature o alle prestazioni artistiche necessarie alla realizzazione del programma nonché gli appalti concernenti il tempo di trasmissione.

Ne restano escluse le forniture di carattere tecnico, relative al materiale necessario alla produzione, alla coproduzione e alla trasmissione di tali programmi; contratti questi relativi a prestazioni prive del rilievo "culturale e sociale" richiesto dalla norma e pertanto sottoposti - ai fini dell'affidamento - all'ordinaria disciplina in materia di contratti pubblici.

Preme evidenziare, tuttavia, che il Codice mantiene fermo - anche per i contratti "esclusi" - il rispetto dei principi di concorsualità, con affidamento preceduto dall'invito di almeno cinque concorrenti. E' quanto stabilito dall'art. 27 del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto (...)". Tale disposizione costituisce, dunque, una norma di chiusura della disciplina sui contratti "esclusi", prevedendo comunque l'osservanza dei principi ivi indicati e l'espletamento di una procedura di valutazione comparativa concorrenziale, quale principio immanente nell'ordinamento.

Come visto, dunque, l'art. 19 del Codice, così come l'art. 16 della direttiva unificata, fanno (genericamente) riferimento ai contratti relativi ai "programmi destinati alla trasmissione" ed agli "appalti concernenti il tempo di trasmissione"; ed è in relazione a tali definizioni che il Ministero istante richiede un intervento interpretativo dell'Autorità, volto a stabilire se le stesse siano riferite anche agli spot radiofonici e televisivi di comunicazione istituzionale ed al relativo tempo di trasmissione.

A tal fine, oltre alle considerazioni già espresse, sembra utile richiamare il D.Lgs. n. 31 luglio 2007 n. 177 (T.U. della radiodiffusione) che, all'art. 1, comma 1, definisce come "programmi televisivi" e "programmi radiofonici", "l'insieme, predisposto da un fornitore, dei contenuti unificati da un medesimo marchio editoriale e destinati alla fruizione del pubblico, rispettivamente, mediante la trasmissione televisiva o radiofonica con ogni mezzo; l'espressione «programmi», riportata senza specificazioni, si intende riferita a programmi sia televisivi che radiofonici. Non si considerano programmi televisivi le trasmissioni meramente ripetitive o consistenti in immagini fisse"; per "spot pubblicitari" si intende invece "ogni forma di pubblicità di contenuto predeterminato, trasmessa

dalle emittenti radiofoniche e televisive", mentre per "pubblicità", "ogni forma di messaggio televisivo o radiofonico trasmesso a pagamento o dietro altro compenso da un'impresa pubblica o privata nell'ambito di un'attività commerciale, industriale, artigianale o di una libera professione, allo scopo di promuovere la fornitura, dietro compenso, di beni o servizi, compresi i beni immobili, i diritti e le obbligazioni".

Tale decreto legislativo oltre a regolamentare l'assetto del sistema radiotelevisivo nazionale, regionale e locale, nonché (tra l'altro) la trasmissione di programmi televisivi e radiofonici, contempla una precipua disciplina in materia di "interruzioni pubblicitarie" (artt. 37 e segg), in relazione alle modalità di inserimento delle stesse all'interno dei programmi televisivi, prevedendo, con riferimento alla pubblicità di amministrazioni o enti pubblici finalizzata alla comunicazione istituzionale (art. 41), disposizioni in materia di destinazione delle somme in tal modo impegnate e relativo controllo da parte dell'Autorità di settore.

Il D.Lgs. n. 177/2005 prevede, dunque, distinte discipline per le "trasmissioni" e per le "interruzioni pubblicitarie", ai fini dell'applicazione delle norme ivi contemplate, anche alla luce delle differenze intercorrenti tra le stesse - le prime caratterizzate da contenuti unificati da un medesimo marchio editoriale e destinate alla fruizione del pubblico, le altre di contenuto pubblicitario - ma entrambe "trasmesse da emittenti radiofoniche e televisive".

Tale distinzione, tuttavia, non sembra rilevare ai fini dell'applicazione dell'art. 19 del D.Lgs. n. 163/2006. Come evidenziato, infatti, l'esenzione ivi contemplata riguarda genericamente i "programmi destinati alla trasmissione", quindi anche gli spot pubblicitari che, secondo la definizione di cui al citato D.Lgs. 177/2005, sono prodotti trasmessi da emittenti radiofoniche e televisive. Sotto altro aspetto, inoltre, si ritiene di poter riconoscere anche agli spot relativi all'attività istituzionale di amministrazioni ed enti pubblici, il "rilievo culturale e sociale" richiesto dal venticinquesimo considerando della direttiva unificata, sopra richiamato, il quale peraltro esclude dall'esenzione in parola (esclusivamente) "(...) la fornitura del materiale tecnico necessario alla produzione, alla coproduzione e alla trasmissione di tali programmi".

Tali considerazioni consentono, dunque, di ricondurre gli spot dedicati a campagne di comunicazione del Ministero e relativo tempo di trasmissione nella disciplina del citato art. 19 del Codice.

Resta comunque ferma, come già evidenziato, l'applicazione anche per tali appalti dell'art. 27 del Codice, con affidamento preceduto dall'invito rivolto ad almeno cinque concorrenti - se compatibile con l'oggetto del contratto - e nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si ritiene conclusivamente di poter condividere l'avviso dell'Amministrazione richiedente in ordine all'inclusione degli spot televisivi e radiofonici e relativo tempo di trasmissione, promossi per fini istituzionali, nell'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 19 del Codice, nel senso sopra spiegato.