

# Le sponsorizzazioni tecniche e il diritto di c.d. adeguamento proposta

di Elena Cogo

Data di pubblicazione: 29-4-2024

1. La disciplina contenuta nell'art. 19 del Codice dei contratti pubblici del 2016 è una disciplina alquanto scarna, che contempla un iter snello ed estremamente semplificato, disancorato dall'osservanza della minuziosa regolamentazione dettata dal Codice dei contratti pubblici, ma pur sempre improntato all'osservanza dei principi generali di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato il proprio interesse all'esito della pubblicazione dell'avviso. (1).

2. La mancata previsione del diritto di prelazione nella disciplina codicistica del procedimento di affidamento della sponsorizzazione tecnica non rappresenta un elemento ostativo alla sua introduzione ad opera della stazione appaltante a fronte dell'ampia discrezionalità lasciata alla stazione appaltante, di tal che detto diritto è compatibile con il principio di legalità ex art. 97 Cost..

3. Deve escludersi che la previsione di un diritto di prelazione a favore di un promotore di una procedura di partenariato costituisca una violazione del principio di stretta interpretazione delle norme eccezionali e della riserva legislativa statale in materia di concorrenza (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.) in quanto si tratta di uno schema già conosciuto dal legislatore, che riconosce la legittimità di una posizione "speciale" di un concorrente che oltre a partecipare alla gara si accollì anche la fase ideativa della stessa.

4. La differente posizione rivestita dal promotore e dall'aggiudicatario nella procedura di gara e le diverse funzioni assolte dall'indennizzo previsto per l'una e per l'altra parte escludono che il c.d. diritto di adeguamento violi, di per sé, il principio di parità di trattamento. (4)

5. La sponsorizzazione tecnica costituisce una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello sponsor delle prestazioni richieste e si caratterizza per la funzione di promotore della procedura rivestita dallo sponsor. (2)

6. Nell'ipotesi di sponsorizzazione tecnica e dunque in presenza di progetti aventi ad oggetto la realizzazione di lavori direttamente a cura e non soltanto a spese dello sponsor, l'art. 19 del Codice dei contratti pubblici del 2016 deve essere interpretato nel senso che è consentita la valorizzazione anche di profili dell'offerta suscettibili di valutazione tecnico-discrezionale, al di là dell'aspetto prettamente economico rappresentato dalla somma offerta. (6)

(1) Conforme T.A.R. Lazio Roma, Sez. Il quater, 19 maggio 2023, n. 8586

(4) Conforme Consiglio di Stato, Sez. VII, 4 aprile 2023, n. 3486.

(5) Conforme T.A.R. Lazio Roma, Sez. II quater, 10 gennaio 2024, n. 519

(6) Conforme T.A.R. Lazio Roma, Sez. II *quater*, 19 maggio 2023, n. 8586

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 997 del 2023, proposto da

Urban Vision S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Carlo Maria Tanzarella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giancarlo Tanzarella in Milano, via Senato, 37, e dall'avvocato Sergio De Felice, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso, Massimo Calì, Emilio Pregnotato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonello Mandarano in Milano, via della Guastalla 6;

nei confronti

Vox Communication S.r.l., non costituita in giudizio;

A&C Network S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Bertacco, Jacopo Emilio, Paolo Recla, con domicilio eletto presso lo studio Jacopo Emilio Paolo Recla in Milano, via S. Clemente n. 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gaetano Brancaccio, Ezio Maria Zuppardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) della d.d. n. 3513 del 28 aprile 2023, comunicata alla ricorrente con nota dirigenziale 2 maggio 2023, prot. n. 245115 recante "aggiudicazione in favore della costituenda A.T.I. A&C Network s.r.l. unipersonale / Vox Communication s.r.l., a seguito dell'esercizio del diritto di adeguamento alla proposta migliore", della procedura di gara per l'individuazione della migliore proposta di sponsorizzazione tecnica per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di n. 70 servizi igienici pubblici automatizzati (anche S.I.A.), indetta ai sensi dell'[art. 19 del D.lgs. n. 50/2016](#);

b) dell'art. 6, lett. e), dell'Avviso pubblico di avvenuta ricezione di una proposta di sponsorizzazione tecnica per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di n. 70 servizi igienici pubblici automatizzati (anche S.I.A.) - CIG 8840035A8", che attribuisce al proponente originario, che non risulta aggiudicatario all'esito della procedura di gara, il c.d. "diritto di adeguamento proposta", consistente nella "facoltà di esercitare ... l'adeguamento della sua proposta a quella individuata quale migliore e divenire lui aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario";

c) della D.G.C. n. 658 del 29 maggio 2020, recante "Linee di indirizzo per la realizzazione, in via sperimentale, di progetti e iniziative volte alla rigenerazione di spazi pubblici urbani mediante l'individuazione di sponsor tecnici", nella parte in cui stabilisce che l'avviso di indizione della procedura per la selezione dello sponsor "preveda la possibilità del proponente di adeguare la propria proposta alla miglior offerta eventualmente pervenuta entro il termine prestabilito";

d) in quanto occorra, degli atti del sub-procedimento di esercizio del "diritto di adeguamento proposta" da parte dell'A.T.I. controinteressata, e segnatamente:

d. 1) della lettera P.G. 0197641 del 4 aprile 2023, allo stato non nota, cui tramite il Comune di Milano ha invitato l'A.T.I. contro interessata, sortita al secondo posto della graduatoria di merito, ad esercitare il diritto di adeguamento alla proposta migliore;

d. 2) della lettera 17 aprile 2023, allo stato non nota, con cui l'A.T.I. controinteressata ha dichiarato di volersi avvalere della clausola di cui all'art. 6, lett. e) dell'Avviso di indizione della procedura di gara e ha così esercitato il diritto di adeguamento alla proposta migliore;

e per la caducazione o, in subordine, per la dichiarazione di

inefficacia

del contratto nelle more eventualmente stipulato tra l'intimata

Amministrazione e l'A.T.I. controinteressata, con subentro della

ricorrente

e per la conseguente condanna

del Comune di Milano al risarcimento del danno in forma specifica,

mediante aggiudicazione della commessa e sottoscrizione del contratto

con la ricorrente Urban Vision S.p.A.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e di

A&C Network S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2023 il dott.

Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato

nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha partecipato alla procedura indetta con Avviso pubblico del 20 luglio 2021 con cui il Comune di Milano ha reso noto, ai sensi dell'[art. 19 del D.lgs. n. 50/2016](#), l'intervenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione tecnica per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione, a cura e spese dello Sponsor, di n. 70 servizi igienici pubblici automatizzati (c.d. S.I.A.), a fronte del corrispettivo consistente nel diritto di sfruttamento economico di nr. 97 impianti pubblicitari bifacciali di piccole dimensioni, localizzati nel territorio cittadino nei luoghi indicati dal Piano Generale degli Impianti Pubblicitari. Il tutto per una durata contrattuale di 18 anni e un valore stimato delle prestazioni a carico dello Sponsor, posto a base di gara, pari a € 14.448.000,00.

Con determinazione dirigenziale n. 2576 del 30 marzo 2023 la sua offerta è risultata prima in graduatoria, ma l'A.T.I. costituenda tra A&C Network s.r.l. unipersonale e Vox Communication s.r.l., originaria proponente, ha esercitato il c.d. "diritto di adeguamento" di cui l'art. 6, lett. e) dell'Avviso di indizione della procedura di gara ed il Comune di Milano, con la determinazione dirigenziale n. 3513 del 28 aprile 2023 ha provveduto all'aggiudicazione in favore dell'A.T.I. proponente originaria.

Contro l'atto di aggiudicazione la ricorrente ha proposto ricorso, affidato ai seguenti motivi di impugnazione.

1) Violazione e falsa applicazione di norme di legge ([artt. 19 e 4 del D.lgs. n. 50/2016](#); artt. 12 e 14 preleggi, in relazione agli [artt. 19 e 185, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016](#)); violazione dei principi di concorrenza e di parità di trattamento tra operatori economici; violazione del principio di legalità ([art. 97 Cost.](#)); violazione del principio di stretta interpretazione delle norme eccezionali; violazione della riserva legislativa statale in materia di concorrenza (art. 117, comma 2, lett. m) Cost.); violazione del principio di proporzionalità eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza manifeste.

Secondo la ricorrente, l'[art. 19 del D.lgs. n. 50/2016](#), che detta le regole per l'affidamento dei contratti di sponsorizzazione di valore superiore a € 40.000,00, stabilisce che l'Amministrazione è a negoziare "liberamente" il contratto, purché "nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse": ne discenderebbe l'illegittimità dell'inserimento del diritto di prelazione, in quanto esso viola il principio di parità di trattamento.

Inoltre, secondo la ricorrente, l'[art. 19 del D.lgs. n. 50/2016](#), pur non menzionando espressamente il c.d. "diritto di adeguamento" (o diritto di prelazione, che dir si voglia), in effetti lo vieta.

Ciò risulterebbe confermato dalla giurisprudenza in materia di diritto di prelazione su beni pubblici in quanto solo la Direttiva "Bolkenstein" consente di escludere l'obbligo di evidenza pubblica per il soddisfacimento di "motivi imperativi di interesse generale".

Da ultimo la ratio del diritto di prelazione di cui all'art. 183 comma 15 del Codice deve essere rinvenuta "nell'esigenza di compensare l'ingente impiego di risorse richieste per la predisposizione del progetto di fattibilità e del piano economico-finanziario" (sentenza n. 1833/2022 cit., § 5.3.3), e nel caso che qui ne occupa tali caratteri mancano del tutto.

La difesa del Comune eccepisce che il ricorso è irricevibile, in quanto avrebbe dovuto essere proposto entro il termine di impugnazione, decorrente dalla pubblicazione dell'avviso (20.7.2021) o, al più tardi, dalla scadenza del termine per la presentazione delle proposte (3.9.2021).

Nel merito chiede la reiezione del ricorso in quanto il principio di parità di trattamento non è appannaggio esclusivo della sponsorizzazione, ma informa tutte le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici, ivi inclusa la finanza di progetto in cui la prelazione è espressamente prevista e disciplinata. Inoltre la clausola in questione è stata riconosciuta da questo TAR, con la sentenza n. 1573 del 28.6.2021, confermata in appello.

La difesa della controinteressata A&C Network S.r.l ha eccepito la tardività del ricorso ed in subordine ne ha chiesto la reiezione.

All'udienza del 6 dicembre 2023 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. L'eccezione di irricevibilità del ricorso va respinta in conformità al consolidato orientamento secondo il quale l'onere di immediata impugnazione del bando deve essere circoscritto alla contestazione di "*clausole riguardanti requisiti di partecipazione ex se ostative all'ammissione dell'interessato*" ([Cons. Stato, Sez. VII, 10 maggio 2022, n. 3636](#)). Nel caso di specie al momento di pubblicazione del bando la previsione del diritto di prelazione non era escludente in quanto l'esercizio di questo diritto presuppone che l'offerta del proponente titolare del diritto non risulti prima nella graduatoria di merito. Non si tratta quindi di una facoltà che precluda la partecipazione alla gara. Neppure può sostenersi che renda inutile l'aggiudicazione a diverso soggetto e quindi di fatto escludente, in quanto è un diritto potestativo ad esercizio eventuale.

3. Nel merito il ricorso è infondato.

3.1 In primo luogo occorre precisare che al contratto di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture in questione si applica la disciplina di cui all'[art. 19 del Codice dei contratti pubblici](#) di cui al [Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#).

Dal punto di vista procedurale, la disposizione da ultimo citata prevede l'obbligo della previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso (con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto); decorso detto termine, la stazione appaltante resta libera di negoziare il contratto "*purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80*". Per la sponsorizzazione tecnica, il comma 2 fa salva la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia, escludendo l'applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori.

Trattasi di una disciplina alquanto scarna, che contempla un iter snello ed estremamente semplificato, disancorato dall'osservanza della minuziosa regolamentazione dettata dal [Codice dei contratti pubblici](#), ma pur sempre improntato all'osservanza dei principi generali di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato il proprio interesse all'esito della pubblicazione dell'avviso.

Ciò implica che l'affidamento dovrà essere preceduto da un inevitabile confronto dei progetti presentati, sulla scorta di criteri valutativi che, se non necessariamente formulati con un livello approfondito di dettaglio, garantiscano comunque una comparazione reale ed effettiva, in un'ottica autenticamente concorrenziale.

In particolare, nell'ipotesi di sponsorizzazione tecnica, e dunque in presenza di progetti aventi ad oggetto la realizzazione di lavori direttamente a cura (e non soltanto a spese) dello sponsor, la normativa sopra richiamata deve essere interpretata nel senso che è consentita la valorizzazione anche di profili dell'offerta suscettibili di valutazione tecnico-discrezionale, al di là dell'aspetto prettamente economico rappresentato dalla somma offerta.

3.2 Il primo problema sollevato dalla ricorrente è la compatibilità del diritto di prelazione con il principio di legalità che disciplina l'attività amministrativa di formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione in quanto tale diritto non è previsto nella procedura delineata dalla legge.

In merito occorre evidenziare che il [Codice dei contratti pubblici](#) di cui al [Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#) rimette alla stazione appaltante la definizione della procedura di gara, limitando il vincolo di legge al rispetto dei principi generali in materia di gare.

In particolare, la norma specifica che "*il contratto può essere liberamente negoziato*", evidenziando così che la discrezionalità della stazione appaltante è molto ampia ed il modello suggerito è quello della procedura negoziale in cui è lasciato alle parti ampio spettro di manovra. Non è possibile quindi escludere l'introduzione di un diritto di prelazione negoziale od una diversa disciplina di gara che rispetti, comunque, la distinzione in fasi previsto dall'art. 32.

A ciò si aggiunge che il [Codice dei contratti pubblici](#) di cui al [Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#) e le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE hanno abbandonato il modello unitario di procedura ad evidenza pubblica che appartiene alla nostra tradizione giuridica, per cui sono possibili procedure volte a sollecitare offerte di prestazioni, compartecipazioni alla spesa, collaborazioni nell'individuazione delle prestazioni da porre a base di gara, dialoghi competitivi, negoziazioni varie, in un caleidoscopio di possibilità tra le quali non può escludersi anche il diritto di prelazione o di subentro nell'aggiudicazione, a condizione che sia perseguito l'interesse pubblico ed i principi comunitari in materia di gare pubbliche.

La mancata previsione da parte della legge del diritto di prelazione nell'ambito della scarsa disciplina del procedimento di affidamento della sponsorizzazione tecnica non può quindi ritenersi elemento ostativo alla sua introduzione ad opera della stazione appaltante a fronte dell'ampia discrezionalità lasciata alla stazione appaltante.

3.3 Il primo motivo di ricorso va respinto anche nella parte in cui contesta che il diritto di prelazione, ove previsto, sia un istituto eccezionale in quanto ontologicamente in contrasto con i principi di imparzialità e di parità di trattamento.

In merito occorre premettere che le gare pubbliche per l'affidamento dei contratti di appalto o di concessione debbono essere analizzate in un'ottica strategica e non meramente procedimentale.

Infatti, il loro scopo è quello di garantire che lo scambio economico tra la pubblica amministrazione (delegata dalla collettività) ed il privato sia equo e non semplicemente quello di conformarsi ad un astratto modello procedimentale ordinario.

In quest'ottica occorre evidenziare che un diritto di prelazione (o di adeguamento) legale è già previsto a favore del promotore in materia di gara pubblica non solo in materia di *project financing* ([art. 183 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#)) ma anche in caso di affidamento a contraente generale ([art. 194 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#)).

La caratteristica del promotore non è tanto quella di svolgere la funzione di finanziatore dell'opera, come affermato dalla ricorrente, quanto quella di essere *un operatore economico che partecipa ad un partenariato pubblico privato* (secondo la definizione di cui all'art. 3 c. 1 lett. r del [Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#)) con funzione di iniziativa della procedura.

Si tratta quindi di un imprenditore che partecipa alla programmazione pubblica delle opere e dei servizi per suggerire all'amministrazione quelle operazioni che sono pronte per essere affidate mediante procedimenti competitivi.

Possiamo quindi affermare che il settore degli appalti conosce in via generale la procedura con promotore, che si affianca alle altre forme procedurali delineate dal Codice quali la procedura ristretta, il dialogo competitivo o altre, e che si caratterizza per appartenere al settore delle forme di partenariato pubblico privato nelle quali l'iniziativa viene presa dal privato che partecipa alla fase ideativa dell'iniziativa economica semplificando così l'azione dell'amministrazione.

In questo alveo rientra anche la sponsorizzazione "tecnica" oggetto del giudizio in quanto costituisce una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello sponsor delle prestazioni richieste (in tal senso anche il Decreto del Mibact 19 dicembre 2012 "*Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate*") e si caratterizza per la funzione di promotore della procedura svolta dallo sponsor.

Deve quindi escludersi che la previsione di un diritto di prelazione a favore di un promotore di una procedura di partenariato costituisce una violazione del principio di stretta interpretazione delle norme eccezionali e della riserva legislativa statale in materia di concorrenza (art. 117, comma 2, lett. m) cost.) in quanto si tratta di uno schema già conosciuto dal legislatore che riconosce la legittimità di una posizione "speciale" di un concorrente che oltre a partecipare alla gara si accollì anche la fase ideativa della stessa.

3.3 Si tratta ora di vedere se, nel caso di specie, dall'introduzione del diritto di prelazione derivino effetti distorsivi che trasformino la procedura in un indebito vantaggio per uno dei concorrenti.

La discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella definizione della procedura è stata esercitata dal Comune di Milano con la delibera di Giunta Comunale del 29.5.2020 n. 658, avente per oggetto "*Linee di indirizzo per la realizzazione, in via sperimentale, di progetti e iniziative volte alla rigenerazione di spazi pubblici urbani mediante l'individuazione di sponsor tecnici*".

Le suddette linee prevedono che il Comune provveda a pubblicare un avviso pubblico per gli ambiti e tipologie di intervento indicati nella delibera oppure ammetta proposte per ambiti non previsti dall'avviso a seguito di una valutazione preliminare della proposta. In questo secondo caso segue una procedura di selezione dello sponsor, tramite avviso pubblicato per 30 giorni, in cui saranno indicate caratteristiche e prestazioni della proposta ricevuta, che preveda la possibilità del proponente di adeguare la propria proposta alla miglior offerta eventualmente

pervenuta entro il termine prestabilito.

3.4 Nel caso di specie il Comune di Milano ha pubblicato l'avviso pubblico in data 20 luglio 2021 di avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione tecnica per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di n. 70 servizi igienici pubblici automatizzati con il quale l'Amministrazione comunale ha inteso esplorare e verificare eventuali ulteriori proposte per la negoziazione del contratto di sponsorizzazione tecnica.

Lo scopo dell'avviso era quello di ottenere la presentazione di proposte rispetto agli elementi identificativi della proposta di sponsorizzazione tecnica elencati nella scheda tecnica di cui all'All. 1.

Il rapporto sinallagmatico prevede l'obbligo dello *sponsor* di realizzare l'oggetto del contratto di sponsorizzazione secondo modalità e tempistiche inserite nella proposta individuata quale migliore ed aggiudicata e di realizzare il finanziamento di tutto ciò che necessita alla realizzazione degli interventi, gestione, manutenzione in conformità alla proposta aggiudicata. Lo *sponsee*, cioè il Comune, si impegna, quale controprestazione principale del contratto a garantire allo *sponsor* il ritorno di immagine mediante l'utilizzo/sfruttamento pubblicitario di nr. 97 Impianti Pubblicitari come individuati nell'All. 2 all'Avviso per una superficie complessiva netta disponibile per fini di pubblicità commerciale pari a 312,34 mq per l'intera durata del contratto (3,22 mq ad impianto bifacciale) e, in via accessoria, a tutte le attività amministrative che rendano possibile lo scambio.

La procedura prevede che gli interessati possono presentare una proposta di sponsorizzazione tecnica e tutte le proposte presentate sono soggette alla valutazione di una Commissione di gara che avverrà secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La lettera d'invito prevede che *il soggetto originario proponente ha facoltà di partecipare alla selezione e disciplina il c.d. Diritto di adeguamento proposta: il proponente originario che non risulti quale migliore offerente e/o aggiudicatario, ha facoltà di esercitare, entro e non oltre quindici giorni dalla comunicazione dell'Amministrazione in cui si dà atto dell'individuazione della migliore proposta, pena la decadenza dalla facoltà, l'adeguamento della sua proposta a quella individuata quale migliore e divenire lui aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. In mancanza di esercizio della facoltà di adeguamento della proposta, sarà dichiarato aggiudicatario il soggetto che ha presentato la proposta di sponsorizzazione ritenuta migliore in sede di selezione ed il proponente originario ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nella proposta medesima e riportato nel presente Avviso..... Se il proponente originario esercita la prelazione, l'aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del proponente originario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta come indicato nella domanda di partecipazione. L'importo da pagarsi non potrà mai superare il 2,5% del valore dell'investimento.*

3.5 La procedura si differenzia quindi da quella in materia di finanza di progetto in quanto il

promotore non è obbligato a partecipare alla selezione delle offerte se intende esercitare il diritto di prelazione; tuttavia nel caso di specie il promotore della procedura, cioè l'ATI costituenda A&C Network Srl - Vox Communication Srl, ha partecipato alla gara e non è risultata aggiudicataria.

In tal caso il meccanismo procedurale delineato dalla lettera d'invito prevede un diritto di prelazione *sui generis* in quanto ha come oggetto una posizione di primato nell'ambito di una graduatoria pubblica di cui fanno previamente parte sia il prelezionario che il terzo, e non il subentro automatico in un diritto che la stazione appaltante ha intenzione di trasferire ad un terzo estraneo all'obbligo legale, o che addirittura, come nel caso della prelazione artistica, è già stato alienato.

In secondo luogo, l'istituto della *denuntiatio* è sostituito *de plano* dalla ordinaria comunicazione dell'aggiudicazione della gara e l'unica formalità prevista a carico del prelezionario è la dichiarazione, entro il termine di quindici giorni dalla suddetta comunicazione, di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario, mentre l'indennizzo, a carico del promotore, dell'importo delle spese sostenute dal terzo per la predisposizione dell'offerta è previsto come obbligazione da adempiere successivamente all'esercizio del diritto di prelazione.

3.6 Venendo ora ai profili di possibile violazione della parità di trattamento tra i partecipanti alla procedura, con riferimento al solo profilo denunciato della previsione del diritto di prelazione, occorre evidenziare la posizione delle parti nella procedura e la funzione svolta dall'indennizzo previsto per entrambe le parti.

Da un lato il promotore è in sostanza sicuro che la propria proposta verrà modificata dalla stazione appaltante in sede di predisposizione della gara oppure dagli altri partecipanti durante la gara, e quindi è consapevole che le proprie sorti dipendono da una scelta indipendente dalla propria attività. Egli affronta il rischio ideativo e quello di predisposizione dell'offerta (nel caso di partecipazione alla gara) e tale doppio rischio è "coperto" dalla facoltà di scegliere tra l'indennizzo o l'esercizio, in alternativa, del diritto di prelazione e rivendicare a sé l'aggiudicazione della gara adeguando la propria offerta a quella del concorrente vincente. Ne consegue che egli è sicuro che dall'offerta della sua iniziativa economica all'amministrazione non può derivargli un danno.

Invece gli altri partecipanti alla gara partecipano alla gara affrontando solo il rischio di offerta - differenziandosi così dal promotore - ma colui che fa l'offerta migliore viene indennizzato per lo sforzo competitivo per i miglioramenti e gli eventuali vantaggi quali-quantitativi apportati al contratto di sponsorizzazione quando gli venga sottratta l'aggiudicazione per l'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore. Si trova quindi in una posizione diversa anche da quella degli altri partecipanti che non hanno diritto all'indennizzo.

Questa forma di indennizzo è conosciuta come clausola c.d. "GRC" o *Gain Redemption Clause* che inietta la logica privatistica del "premio di successo" nel contesto di una gara. Essa ha l'obiettivo di favorire la competitività negoziale permettendo di incentivare la presentazione di una proposta di business con vantaggi per la collettività (l'azione del promotore) con il

vantaggio del confronto concorrenziale (l'offerta del partecipante alla gara) al quale viene offerta una partecipazione economica all'operazione quale contrappeso alla perdita dell'interesse legittimo all'aggiudicazione (almeno nel caso in cui entrambe le parti partecipino alla gara) che temperi la logica economica che spinge il partecipante non promotore a fare una proposta talmente favorevole all'amministrazione da sfiorare l'anomalia, per ottenere che il promotore, vedendo svanire i profili di vantaggio economico dell'iniziativa, rinunci a sottrargli l'offerta mediante l'esercizio del diritto di adeguamento.

Risulta chiaro quindi che le parti non sono poste sullo stesso piano all'interno della gara ma anche che svolgono funzioni solo in parte sovrapponibili. In particolare il concorrente non proponente sostiene importanti oneri per la partecipazione alla gara, di natura sia diretta (documenti, asseverazioni, progetti) che indiretta (*time spending*, organizzativi), non così rilevanti come quelli sostenuti dal promotore. A ciò si aggiunge che partecipa ben sapendo quale sarà a grandi linee la proposta della controparte, che si è già espressa in fase programmatoria, e quindi si trova in una posizione di vantaggio.

La differente posizione che il promotore e l'aggiudicatario svolgono nella procedura esclude la possibilità che il c.d. "diritto di adeguamento" violi, di per sé, il principio di parità di trattamento (in tal senso anche [Cons. Stato, VII, 04/04/2023 n. 3486](#)).

A ciò si aggiunge che, a parte il fatto che la previsione di un diritto di rimborso delle spese a favore del promotore non sia stata contestata nel ricorso introduttivo ma solo in memoria, occorre rilevare che il motivo sotto tale profilo è inammissibile per carenza di interesse.

Infatti il rimborso delle spese nell'ipotesi di mancato esercizio della prelazione rafforza la posizione dell'aggiudicatario non promotore, in quanto costituisce un *commodus discessus* a favore del promotore che intenda lasciare l'aggiudicazione al miglior offerente, rafforzando così la posizione di quest'ultimo.

A ciò si aggiunge, poi, che la clausola non è lesiva per la ricorrente in quanto, avendo il promotore esercitato la prelazione, la ricorrente non ha dovuto pagare l'indennizzo per il mancato esercizio del diritto di adeguamento.

4. In definitiva quindi il ricorso va respinto.

5. Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio dei giorni 6 dicembre 2023, 10 gennaio 2024, con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Luca Iera, Referendario

## Guida alla lettura

Il Tar Lombardia nella pronuncia in commento è chiamato a confrontarsi con **l'istituto della sponsorizzazione c.d. tecnica**.

Preliminarmente, al fine di comprendere in modo compiuto il *thema decidendum*, giova illustrare taluni elementi in fatto che hanno portato alla sentenza in commento.

La vicenda all'origine del provvedimento attenzionato prende le mosse dall'aggiudicazione in favore di una costituenda A.T.I., in seguito all'esercizio del diritto di adeguamento alla proposta migliore, della procedura di gara per l'individuazione della migliore proposta di sponsorizzazione tecnica per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di n. 70 servizi igienici pubblici automatizzati (anche S.I.A.), indetta ai sensi dell'[art. 19, d.lgs. n. 50/2016](#) dal Comune di Milano. Il Comune, infatti, aveva reso noto l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione tecnica con Avviso pubblico ex [art. 19, d.lgs. n. 50/2016](#), che nell'art. 6, lett. e) attribuisce al proponente originario, non risultato aggiudicatario all'esito della procedura di gara, il c.d. "diritto di adeguamento proposta", consistente nella "*facoltà di esercitare ... l'adeguamento della sua proposta a quella individuata quale migliore e divenire lui aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*". Così, la concorrente risultata prima in graduatoria nella selezione pubblica impugnava l'aggiudicazione avanti il Tribunale Amministrativo meneghino.

Brevemente narrati i fatti oggetto della vicenda che ci occupa, ben si può comprendere come **la *quaestio iuris*** posta all'attenzione del Tar ruoti intorno al **procedimento di affidamento dei contratti di sponsorizzazione, con precipuo riguardo a quella c.d. tecnica**. Il Tar Lombardia si confronta, in particolare, con tre temi:

1. quello della compatibilità del diritto di c.d. "adeguamento proposta" o di prelazione con il principio di legalità ex art. 97 Cost.;
2. quello della compatibilità del diritto di c.d. "adeguamento proposta" con i principi di imparzialità e di parità di trattamento tra operatori economici, nonché di stretta interpretazione delle norme eccezionali e di riserva legislativa statale in materia di concorrenza ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost.;
3. quello della compatibilità del diritto di c.d. "adeguamento proposta" con il principio di

parità di trattamento tra operatori economici. Più precisamente, della possibile derivazione dall'introduzione del diritto di prelazione di effetti distorsivi che trasformino la procedura in un indebito vantaggio per taluno dei concorrenti.

Preliminarmente, si impongono talune precisazioni definitorie.

“Sponsorizzazione” è un termine di origine latina nato dall'istituto della *sponsio* presente nel diritto privato romano, caratterizzato dalla domanda del futuro creditore “*spondes mihi centum dari*” e dalla risposta del promittente debitore “*spondeo*”.

Si tratta del primo contratto del mondo romano siccome atto giuridico attraverso il quale volontariamente si contraeva una *obligatio*. Il promittente, lo *sponsor*, si impegnava a che la prestazione venisse comunque eseguita, eventualmente anche da un terzo. Infatti, l'esecuzione dell'obbligazione assunta attraverso la *sponsio* poteva essere garantita attraverso una seconda *sponsio* strettamente legata alla prima[1]. Si aveva quel che venne chiamata una *adpromissio* ossia una promessa (fatta usando il verbo *spondere*) accedente alla promessa garantita. Conseguentemente, lo *sponsor*, in veste di garante, non era semplicemente vincolato per una prestazione contrattuale di altri, ma prometteva una analoga prestazione e diveniva soggetto passivo di un *dare oportere* ad essa relativo. Lo *sponsor* che, nella posizione giuridica di garante, eseguiva personalmente la prestazione in conformità a quanto consentito dalla legge ovvero su richiesta del creditore aveva diritto al rimborso da parte dello *sponsor* principale, che se non provvedeva era soggetto alla *manus iniectio* del primo, come fosse stato già condannato in giudizio.

Nel tempo, il termine “sponsorizzazione” ha fatto ingresso nell'ordinamento giuridico moderno.

Volendo tentare di delinearne i contorni, si può definire come il contratto in forza del quale il soggetto sponsorizzato – *sponsee* – si obbliga ad associare alla propria immagine il nome e/o il marchio di una controparte denominata *sponsor*, in cambio di un corrispettivo che può consistere non solo in una somma di denaro ma anche in specifiche prestazioni quali lavori, opere, servizi o forniture, impegnandosi a garantire specifiche forme di pubblicità a favore dello *sponsor*[2]. La diffusione e la promozione del nome dello *sponsor* si realizzano e risultano tanto più efficaci quanto maggiore è la popolarità e di particolare prestigio il soggetto finanziato[3].

Lo *sponsee* assume esclusivamente l'obbligo di fungere da mezzo di comunicazione tra l'impresa-*sponsor* e il pubblico, impegnandosi attraverso il contratto ad attuare una serie di condotte e comportamenti indirizzati a formare o accrescere la notorietà dello *sponsor* ([4]). Sicché, a carico dello *sponsee* viene posta soltanto un'obbligazione di mezzi in quanto non è chiamato a garantire allo *sponsor* la certezza del ritorno di immagine, impegnandosi solo ad associare il segno distintivo dello *sponsor* a un'iniziativa, attività o a un progetto[5].

Il contratto di sponsorizzazione assume rilievo giuridico sia nelle fonti di diritto privato sia in quelle di diritto pubblico. Quanto a queste ultime, tale contratto è stato disciplinato per la prima volta nella seconda metà degli anni Novanta dello scorso secolo allorquando è apparso

nell'[art. 43](#) della [Legge 27 dicembre 1997, n. 449](#) (legge finanziaria per l'anno 1999), per essere ripreso nell'[art. 119](#) del [D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267](#) al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati alle collettività in ambito locale.

I contratti di sponsorizzazione possono coinvolgere la Pubblica Amministrazione alla ricerca di finanziatori privati attraverso i quali realizzare specifici progetti di interesse generale o in quanto interessata a finanziare talune iniziative consentendo sia all'ente pubblico sia all'impresa di comunicare attraverso l'evento con il pubblico di riferimento.

Esistono due tipologie di contratti di sponsorizzazione: quelli attivi, che producono un risparmio, e quelli passivi, che producono una spesa.

Il contratto di sponsorizzazione con parte contraente la PA[6] è disciplinato dagli artt. 19 e 151 del d.lgs. n. 50/2016 recante il previgente Codice dei contratti pubblici nonché dall'[art. 120](#) del d.lgs. n. 42/2004 recante il Codice dei beni culturali e del paesaggio[7].

Prendendo le mosse dalla ricostruzione e dall'interpretazione ermeneutica della disciplina, il Tar Lombardia ricorda che il contratto di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture in questione rinviene la propria *sedes materiae* nel menzionato [art. 19 del Codice dei contratti pubblici](#) del 2016.

L'art. 19 dispone nel comma 1 che *“L'affidamento di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture per importi superiori a quarantamila euro, mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti, è soggetto esclusivamente alla previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, di apposito avviso, con il quale si rende nota la ricerca di sponsor per specifici interventi, ovvero si comunica l'avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione, indicando sinteticamente il contenuto del contratto proposto. Trascorso il periodo di pubblicazione dell'avviso, il contratto può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80”*). E prevede nel comma 2 per la sponsorizzazione tecnica che *“Nel caso in cui lo sponsor intenda realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese, resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La stazione appaltante impartisce opportune prescrizioni in ordine alla progettazione, all'esecuzione delle opere o forniture e alla direzione dei lavori e collaudo degli stessi”*.

La normativa in esame opera un distinguo tra sponsorizzazione *“pura”*[8] ossia *“dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti”*, ai sensi del citato art. 19, comma 1) e sponsorizzazione *“tecnica”* laddove lo sponsor intenda *“realizzare i lavori, prestare i servizi o le forniture direttamente a sua cura e spese”*, giusta il disposto del successivo comma 2).

Per quanto di interesse, il contratto di sponsorizzazione tecnica è un contratto oneroso e sinallagmatico o a prestazioni corrispettive in cui ad una prestazione (fornitura) corrisponde una controprestazione (pubblicità)[9].

Ebbene, dalle previsioni normative testé riportate emerge *ictu oculi* che il quadro normativo di riferimento dell'affidamento dei contratti di sponsorizzazione contenuto nel Codice dei contratti pubblici del 2016 si presenta alquanto scarno: invero, esso contempla un *iter* snello, estremamente semplificato, disancorato dall'osservanza della puntuale regolamentazione *ivi* dettata, ma pur sempre improntato al rispetto dei principi generali di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato il proprio interesse all'esito della pubblicazione dell'avviso. Di tal che, l'affidamento dovrà essere preceduto da un inevitabile confronto dei progetti presentati, sulla scorta di criteri valutativi che, se non necessariamente formulati con un livello approfondito di dettaglio, garantiscano comunque una comparazione reale ed effettiva, in un'ottica autenticamente concorrenziale.

Nell'ipotesi di sponsorizzazione tecnica, ad avviso del Tar, la normativa richiamata consente la valorizzazione anche di profili dell'offerta suscettibili di valutazione tecnico-discrezionale, al di là del profilo meramente economico rappresentato dalla somma offerta.

Nell'ambito di tale contesto che fa da sfondo alla vicenda *de qua*, il Tar affronta il **primo tema** sottoposto alla sua attenzione, tentando di sciogliere il dubbio ermeneutico **se il diritto di c.d. adeguamento proposta o di prelazione** non previsto nella procedura delineata dalla legge **sia compatibile con il principio di legalità ex art. 97 Cost.** che regola l'attività amministrativa di formazione della volontà contrattuale dell'Amministrazione.

Nel proprio percorso argomentativo, il giudice amministrativo illustra taluni argomenti che portano a escludere che la mancata previsione del diritto di prelazione nella disciplina codicistica del procedimento di affidamento della sponsorizzazione tecnica rappresenti un elemento ostativo alla sua introduzione ad opera della stazione appaltante.

Volendo ripercorrerli, un primo argomento si fonda sulla rimessione, da parte del [Codice dei contratti pubblici](#) del 2016, della definizione della procedura di gara alla stazione appaltante con il solo limite del rispetto dei principi generali in materia di gare pubbliche. E, più precisamente, sulla specificazione prevista dall'art. 19 – "*il contratto può essere liberamente negoziato*" – che evidenzia come **la discrezionalità della stazione appaltante sia estremamente ampia e il modello suggerito sia quello della procedura negoziale in cui è lasciato alle parti grande spazio di manovra**. Di tal che, **non è possibile escludere l'introduzione di un diritto di prelazione negoziale o una diversa disciplina di gara che rispetti, in ogni caso, la distinzione in fasi delineata dall'art. 32.**

Un secondo argomento si fonda sull'abbandono da parte del previgente [Codice dei contratti pubblici](#) e dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del modello unitario di procedura ad evidenza pubblica che appartiene alla tradizione giuridica italiana. Abbandono, che reca con sé la possibilità di procedure dirette a sollecitare offerte di prestazioni, compartecipazioni alla spesa, collaborazioni nell'individuazione delle prestazioni da porre a base di gara, dialoghi competitivi, negoziazioni varie, in un "*caleidoscopio*" di possibilità, fra le

quali non può escludersi il diritto di prelazione o di subentro nell'aggiudicazione, purché siano perseguiti l'interesse pubblico e rispettati i principi eurounitari in materia di procedure ad evidenza pubblica.

Esclusa l'incompatibilità del diritto di prelazione con il principio di legalità, il Tar Lombardia si sofferma sul secondo tema, che ruota intorno all'interrogativo **se il diritto di c.d. adeguamento proposta o di prelazione, siccome istituto eccezionale, contrasti ontologicamente con i principi di imparzialità e di parità di trattamento tra operatori economici.**

Nel giungere ad affermare **la legittimità** del diritto *de quo* anche alla luce dei suddetti principi, il Tar muove dalla premessa che le gare pubbliche per l'affidamento dei contratti di appalto o di concessione devono essere esaminate in una visuale strategica, non meramente procedimentale. E tanto, in considerazione dello scopo sotteso alle medesime, non solo di conformazione a un astratto modello procedimentale ordinario ma altresì di garanzia dell'equità dello scambio economico tra la Pubblica Amministrazione e il privato.

In questo contesto, merita rammentare che il **diritto di prelazione o di c.d. adeguamento proposta legale era già espressamente previsto a favore del promotore** in materia di gara pubblica in caso, non solo di *project financing* nell'art. 183, d.lgs. n. 50/2016, ma anche di affidamento a contraente generale nell'art. 194, d.lgs. n. 50/2016. Promotore, che si contraddistingue per la funzione assolta: l'essere, non tanto **finanziatore dell'opera**, quanto piuttosto **"operatore economico che partecipa ad un partenariato pubblico privato"**, secondo la definizione di cui all'art. 3 c. 1 lett. r del d.lgs. n. 50/2016, **con funzione di iniziativa** della procedura. Più precisamente, si tratta di un imprenditore che partecipa alla programmazione pubblica delle opere e dei servizi al fine di suggerire all'Amministrazione le operazioni pronte per essere affidate tramite procedimenti competitivi.

Ebbene, **il settore dei contratti pubblici conosce in via generale la procedura con promotore**, che si affianca alle altre forme procedimentali *ivi* delineate quali la procedura ristretta, il dialogo competitivo o altre, e si connota per appartenere al settore delle forme di partenariato pubblico privato nelle quali l'iniziativa viene assunta dal privato che partecipa alla fase ideativa dell'iniziativa economica contribuendo a semplificare l'attività dell'Amministrazione.

Nel novero di tali forme procedimentali è riconducibile **anche la sponsorizzazione tecnica**: come precisato dalle linee guida di cui al [D.M. 19 dicembre 2012](#), essa costituisce una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello *sponsor* delle prestazioni richieste<sup>[10]</sup> e si caratterizza per la **funzione di promotore della procedura rivestita dallo sponsor**. Trattasi, dunque, di una fattispecie contrattuale che presenta una propria specifica causa, che la rende un *"negoziato atipico, non riconducibile ad alcuna figura contrattuale nominata"*, secondo le citate linee guida<sup>[11]</sup>.

Così opinando, il Tar giunge ad affermare che la previsione di un diritto di prelazione o di adeguamento a favore di un promotore di una procedura di partenariato **non confligge neppure con i principi di stretta interpretazione delle norme eccezionali e di riserva**

**legislativa statale in materia di concorrenza** ex art. 117, comma 2, lett. m) Cost., trattandosi di uno schema già noto e ammesso dal legislatore nel riconoscere la legittimità di una posizione “speciale” di un concorrente che, non solo partecipa alla gara, ma si accollì altresì la fase ideativa della stessa.

A questo punto *dell'iter* argomentativo, il giudice amministrativo si interroga **se**, nel caso di specie, **l'introduzione del diritto di prelazione nella legge di gara comporti effetti distorsivi atti a trasformare la procedura in un indebito vantaggio per taluno dei concorrenti.**

Nella vicenda *de qua*, la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nella definizione della procedura è stata esercitata dall'Amministrazione comunale con delibera avente ad oggetto “*Linee di indirizzo per la realizzazione, in via sperimentale, di progetti e iniziative volte alla rigenerazione di spazi pubblici urbani mediante l'individuazione di sponsor tecnici*”.

Tali linee disponevano che il Comune provvedesse a pubblicare un avviso pubblico per gli ambiti e tipologie di intervento indicati nella delibera ovvero ammettesse proposte per ambiti non previsti dall'avviso in seguito a una valutazione preliminare della proposta. In questo secondo caso, segue una procedura di selezione dello *sponsor*, tramite avviso pubblicato per 30 giorni, in cui saranno indicate caratteristiche e prestazioni della proposta ricevuta, che preveda la possibilità del proponente di adeguare la propria proposta alla miglior offerta eventualmente pervenuta entro il termine prestabilito.

Il Comune ha ritualmente pubblicato l'avviso di avvenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione tecnica per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di servizi igienici pubblici automatizzati, con l'intento di esplorare e verificare eventuali ulteriori proposte per la negoziazione del contratto di sponsorizzazione tecnica. Lo scopo dell'avviso era infatti quello di ottenere la presentazione di proposte rispetto agli elementi identificativi della proposta di sponsorizzazione tecnica.

Come si è poc'anzi rammentato, il contratto di sponsorizzazione trova fondamento in un contratto a prestazione corrispettive in forza del quale lo *sponsor* mette a disposizione denaro, lavori, servizi o forniture, a favore dello *sponsee* ricevendo in cambio da quest'ultimo una serie di occasioni per pubblicizzare il nome, il marchio e i prodotti[12].

Il Tar evidenzia che il rapporto sinallagmatico prevede l'obbligo dello ***sponsor*** di realizzare l'oggetto del contratto di sponsorizzazione secondo modalità e tempistiche inserite nella proposta individuata quale migliore e aggiudicata e di realizzare il finanziamento di tutto quel che necessita per la realizzazione degli interventi, gestione, manutenzione in conformità alla proposta aggiudicata. Lo ***sponsee*** ossia il Comune si impegna, quale controprestazione principale del contratto, a garantire allo *sponsor* il ritorno di immagine mediante l'utilizzo/sfruttamento pubblicitario di Impianti Pubblicitari individuati nell'avviso per fini di pubblicità commerciale per l'intera durata del contratto e, in via accessoria, a tutte le attività amministrative che rendano possibile lo scambio[13]. L'asse portante della sponsorizzazione che spinge le imprese a investire risorse finanziarie è infatti rappresentato dalla pubblicità che lo *sponsor* si aspetta di trarre dalla iniziativa sostenuta sotto il profilo economico.

La procedura prevedeva che gli interessati potessero presentare una proposta di sponsorizzazione tecnica e tutte le proposte fossero sottoposte alla valutazione di una Commissione di gara secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La lettera d'invito disponeva che *“il soggetto originario proponente ha facoltà di partecipare alla selezione”* e disciplinava il **c.d. Diritto di adeguamento proposta**. Il proponente originario non risultato migliore offerente e/o aggiudicatario ha facoltà di esercitare, entro e non oltre quindici giorni dalla comunicazione dell'Amministrazione in cui si dà atto dell'individuazione della migliore proposta, pena la decadenza dalla facoltà, l'adeguamento della sua proposta a quella individuata quale migliore e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario. In mancanza di esercizio della facoltà di adeguamento della proposta, verrà dichiarato aggiudicatario il soggetto che ha presentato la proposta di sponsorizzazione ritenuta migliore in sede di selezione e il proponente originario ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nella proposta medesima e riportato nell'Avviso. Se il proponente originario esercita la prelazione, l'aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del proponente originario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta come indicato nella domanda di partecipazione. L'importo da pagarsi non potrà mai superare il 2,5% del valore dell'investimento.

La procedura si distingue dunque da quella prevista in materia di finanza di progetto, anzitutto perché **il promotore non è obbligato a partecipare alla selezione delle offerte ove intenda esercitare il diritto di prelazione**.

Nel caso di specie, tuttavia, il promotore della procedura ossia l'ATI costituenda ha partecipato alla gara e non è risultata aggiudicataria. In tal evenienza, il meccanismo procedurale delineato dalla lettera d'invito prevedeva un **diritto di prelazione sui generis** siccome **avente ad oggetto una posizione di primato** nell'ambito di una graduatoria pubblica di cui fanno previamente parte sia il prelazionario sia il terzo, e non il subentro automatico in un diritto che la stazione appaltante ha intenzione di trasferire a un terzo estraneo all'obbligo legale, o che anzi, come nel caso della prelazione artistica, è già stato alienato.

In secondo luogo, **l'istituto della denuntiatio è sostituito de plano dall'ordinaria comunicazione dell'aggiudicazione della gara** e l'unica formalità prevista a carico del prelazionario è la dichiarazione, entro il termine di quindici giorni dalla suddetta comunicazione, di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle stesse condizioni offerte dall'aggiudicatario, mentre l'indennizzo, a carico del promotore, dell'importo delle spese sostenute dal terzo per la predisposizione dell'offerta è previsto quale obbligazione da adempiere successivamente all'esercizio del diritto di prelazione.

Ebbene, a questo punto il Tar perviene alla soluzione della **questione della possibile violazione il principio di parità di trattamento fra i partecipanti alla procedura con riferimento al solo profilo denunciato della previsione del diritto di prelazione**. Giunge infatti a **escludere che il c.d. diritto di adeguamento violi, ex se, il suddetto principio** alla

luce della differente posizione rivestita dal promotore e dall'aggiudicatario nella procedura di gara e dalle diverse funzioni assolte dall'indennizzo previsto per l'una e per l'altra parte.

Invero, con riguardo alla **posizione delle parti nella procedura** rileva che il **promotore**, è forte della sicurezza che la propria proposta sarà modificata dalla stazione appaltante in sede di predisposizione della gara o dagli altri partecipanti durante la medesima. Sicché, consapevole che le sue sorti sono indipendenti dalla propria attività, affronta sia il **rischio ideativo sia il rischio di predisposizione dell'offerta**, ove partecipi alla gara. Con riguardo alla **funzione dell'indennizzo**, il Tar rileva che tale duplice rischio è "coperto" dalla **facoltà di scelta tra l'indennizzo e l'esercizio, in alternativa, del diritto di prelazione e di rivendicazione a sé dell'aggiudicazione** della gara adeguando la propria offerta a quella del concorrente vincente. Di tal che, **è sicuro che dall'offerta della sua iniziativa economica all'Amministrazione non possa derivare alcun danno**.

**Gli altri partecipanti alla gara**, dal canto loro, si trovano in una posizione differente rispetto a quella del promotore: concorrono infatti alla selezione pubblica affrontando **il solo rischio di offerta**. Con riguardo poi alla **funzione svolta dall'indennizzo**, occorre precisare che **l'offerente migliore** viene però a trovarsi in una posizione diversa anche da quella degli altri partecipanti, avendo diritto di essere indennizzato dello sforzo competitivo affrontato per i miglioramenti e gli eventuali vantaggi quali-quantitativi apportati al contratto di sponsorizzazione quando si veda sottratta l'aggiudicazione per effetto dell'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore.

Soffermandosi *funditus* su tale forma di indennizzo, il Tar meneghino rileva come essa sia nota quale clausola c.d. "GRC" o *Gain Redemption Clause* e determini la trasposizione della logica privatistica del "premio di successo" nel contesto della gara pubblica. Inoltre, essa **favorisce la competitività negoziale**: consente di incentivare la presentazione di una proposta di *business* con vantaggi per la collettività (l'azione del promotore) con il vantaggio del confronto concorrenziale (l'offerta del partecipante alla gara) al quale viene offerta una partecipazione economica all'operazione come contrappeso alla perdita dell'interesse legittimo all'aggiudicazione (almeno nel caso in cui entrambe le parti partecipino alla gara) che temperi la logica economica che spinge il partecipante non promotore a fare una proposta talmente favorevole all'Amministrazione da sfiorare l'anomalia, per ottenere che il promotore, vedendo svanire i profili di vantaggio economico dell'iniziativa, rinunci a sottrargli l'offerta mediante l'esercizio del diritto di adeguamento.

In definitiva, appare dunque chiaro, ad avviso del Tar, che **le parti nel contesto della gara pubblica non siano poste sullo stesso piano e svolgano funzioni solo parzialmente sovrapponibili**. Più precisamente, il **concorrente non proponente** sostiene oneri per la partecipazione alla gara, di natura sia diretta (documenti, asseverazioni, progetti) sia indiretta (*time spending*, organizzativi) non così rilevanti quanto quelli affrontati dal promotore. Inoltre, partecipa alla selezione consapevole di quale sarà in linea di massima la proposta della controparte, che si è già espressa in fase programmatica, venendo a trovarsi **in una posizione di vantaggio**. Tuttavia, il rimborso delle spese nell'ipotesi di mancato esercizio della prelazione rafforza la posizione dell'aggiudicatario non promotore, in quanto costituisce un *modus discessus* a favore del **promotore** che intenda lasciare l'aggiudicazione al

miglior offerente, finendo per rafforzare così la posizione di quest'ultimo.

[1]G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1991, 147-150; M. Talamanca, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, 294.

[2][Cass. civ., Sez. III, 28 marzo 2006, n. 7083](#). Cfr. T.A.R. Lazio Roma, Sez. II quater, 10 gennaio 2024, n. 519.

[3][Cass. civ., Sez. III, 21 maggio 1998, n. 5086](#); [Cass. civ., Sez. I, 11 ottobre 1997, n. 9880](#). M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 20.

[4][Cass. civ., Sez. III, 29 maggio 2006, n. 12801](#). L. Felletti, *Un leading case della Cassazione in materia di sponsorizzazione: l'importanza della correttezza dello sponsee*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2007, 3, II, 554.

[5]Collegio Arbitrale, 17 luglio 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 824. D. Aniceti, *Lo sfruttamento pubblicitario della notorietà tra concessione di vendita e contratto di sponsorizzazione*, in *Giust. civ.*, 1998, 4, I, 1061-1067.

[6] Merita a tal proposito ricordare che attraverso il [D.L. 31 maggio 2010, n. 783](#), convertito, con modificazioni, dalla [Legge 30 luglio 2010, n. 122](#), è stato introdotto il divieto per tutte le Amministrazioni inserite nel conto economico consolidato della PA, così come individuate dall'I.S.T.A.T., tra le quali le regioni e gli Enti locali, di sostenere spese per le sponsorizzazioni a far data dal 1° gennaio 2011 ([Corte cost. 4 giugno 2012, n. 139](#)). In sostanza, è fatto divieto di sottoscrivere i contratti di sponsorizzazione passiva ossia quelli che, comportando la spesa di denaro pubblico, vedono le Pubbliche Amministrazioni vestire i costosi panni dello *sponsor*, per cui è possibile concludere esclusivamente i contratti attivi di sponsorizzazione nei quali la PA assume la posizione di *sponsee* (G. Manfredi, *Note introduttive sulla disciplina dei contratti attivi della pubblica amministrazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 1, 41; A. Porporato, *La sponsorizzazione culturale attiva ed i beni culturali 'immateriali*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, 2, 513.) Sul predetto divieto è intervenuta la Corte dei conti in sede consultiva che ha risposto a una serie di quesiti formulati da talune regioni e dagli Enti locali. I pareri hanno ribadito il divieto per le sponsorizzazioni che hanno come finalità la mera segnalazione ai cittadini della presenza dell'Amministrazione per promuoverne l'immagine (Corte dei conti, sezione di controllo per la regione Piemonte, 15 aprile 2011, n. 46; Corte dei conti, sezione di controllo per la regione Liguria, 15 febbraio 2011, n. 7; Corte dei conti, sezione di controllo per la regione Lombardia, 23 dicembre 2010, n. 1075.). Sul punto si è pronunciato anche il giudice amministrativo che, riprendendo le conclusioni a cui è giunta la Corte dei conti, sottolinea come le spese per le sponsorizzazioni non risultino legittime qualora meramente finalizzate a segnalare ai cittadini la presenza delle regioni o dei comuni così da promuoverne l'immagine ([TAR Puglia, Bari, Sez. I, 4 marzo 2019, n. 334](#)).

[7] M. De Paolis, *Le erogazioni liberali e il contratto di sponsorizzazione con la P.A.*, Milano, 2015; V. Gastaldo, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 2, 629; S. Gardini, *La sponsorizzazione dei beni culturali come paradigma dinamico di valorizzazione*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 2, 591; S. Valaguzza, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, 5, 1381; S. Usai, *Il contratto di sponsorizzazione pubblica*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, 3, 297 nota a [Cons. Stato, Sez. VI, 12 novembre 2013, n. 5378](#); F. Salvati, *La sponsorizzazione come modalità di gestione indiretta dei beni culturali*, in *Giurisprudenza di merito*, 2013, 1, IV, 170, nota a TAR Lazio, Roma. Sez. II-quater, 25 luglio 2012, n. 6921; G. Ferrari, *I contratti di sponsorizzazione e la pubblica amministrazione*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 1, I, 6.

[8] T.A.R. Lazio Roma, Sez. II quater, 19 maggio 2023, n. 8586.

[9] Collegio arbitrale, 15/02/1991, in *Riv. Arbitrato*, 1992, 131, nota di Bianca.

[10] In tal senso anche il Decreto del Mibact 19 dicembre 2012 recante “*Approvazione delle norme tecniche e linee guida in materia di sponsorizzazioni di beni culturali e di fattispecie analoghe o collegate*”.

[11] T.A.R. Lazio Roma, Sez. II quater, 10 gennaio 2024, n. 519.

[12] C. Srubek Tomassy, *Il contratto di sponsorizzazione*, in *Il corriere del merito*, 2010, 7, 716.

[13] M. De Paolis, *Il contratto di sponsorizzazione con la PA: il punto di vista delle imprese private*, in *Azienditalia*, n. 10, 1° ottobre 2021, 1731.