SCRITTI IN ONORE DI EUGENIO PICOZZA

SCRITTI IN ONORE
DI
EUGENIO PICOZZA

Volume I

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il presente volume è stato pubblicato con il contribito dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2019 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com

ISBN 978-88-9391-667-7

INDICE

VOLUME I

LAURA AMMANNATI, *La* governance *dell'unione dell'energia: dalla regolazione ai 'piani'* 3

SANDRO AMOROSINO, *Strutture, culture e prassi amministrative del MIBAC e delle soprintendenze* 25

SANDRA ANTONIAZZI, *Contratti pubblici e beni culturali: specialità della disciplina e obiettivi di tutela, di conservazione e valorizzazione* 35

FRANCESCO ASTONE, *Notazioni sull'omessa pronuncia del giudice amministrativo* 93

ALBERTO AZZENA, *I piccoli passi del giudice amministrativo verso il progressivo ampliamento del suo sindacato sulla discrezionalità fino alla recente affermazione della sua "consumazione"* 109

CARLA BARBATI, *Patrimonio culturale, ricerca e formazione superiore: rapporti da costruire* 127

ANTONIO BARONE, *La nomofilachia "oltre i confini"* 153

EMANUELE BOSCOLO, *Beni pubblici e beni comuni: appunti per una sistemazione teorica* 171

ANTONIO BRIGUGLIO, *Interessi in conflitto e conflitto di interessi nel processo civile* 223

MAURIZIO CAFAGNO, *L'evoluzione della disciplina delle gare pubbliche: una visione interdisciplinare* 251

GIUSEPPE CAIA, *Disciplina dell'attività e disciplina delle figure soggettive (la normativa applicabile alle "società in house")* 289

LAURA CAPPELLO, *La natura della Blockchain* 309

VITTORIO CAPUZZA, *Riflessioni sul dialogo necessario fra letteratura e scienza giuridica* 315

ENRICO CARLONI, *Il giudice amministrativo e le decisioni algoritmiche: note introduttive* 325

ANTONIO CARULLO, *Alcuni spunti sugli affidamenti sottosoglia* 339

CRISTIANO CELONE, *Sul rilievo costituzionale della responsabilità dirigenziale nell'attuale sistema dei rapporti tra politica e amministrazione* 353

ANNA MARIA CHIARIELLO, *VIA e VAS: un'analisi e un confronto per principi alla luce dello sviluppo sostenibile* 365

SALVATORE CIMINI, *Equilibrio di bilancio e principio di buon andamento* 393

FABIO CINTIOLI, *Note su ritardo dell'amministrazione e risarcimento del danno (al tempo della crisi dell'amministrazione decidente)* 425

MARCELLO CLARICH, *La disciplina dei contratti pubblici tra persistenze e spinte all'innovazione* 445

ALESSANDRO CROSETTI, *Forme e modi di democrazia partecipativa nel governo del territorio* 459

ANDREA DAIDONE, *Controcanto al professor Eugenio Picozza sul cumulo di domande nel processo amministrativo* 491

NICCOLÒ MARIA D'ALESSANDRO, *Riflessioni in tema di sindacabilità dell'atto politico* 517

MAURIZIA DE BELLIS, *Ispezioni amministrative e regolazione: tra efficienza e garanzie* 537

GIACINTO DELLA CANANEA, *Silvio Spaventa e il diritto pubblico europeo* 565

ANNALISA DI GIOVANNI, *La rilevanza dei principi del diritto comunitario nel diritto amministrativo nazionale nei settori non armonizzati* 593

RUGGIERO DIPACE, *Il problema della tutela del privato per il danno da violazione del legittimo affidamento* 617

VITTORIO DOMENICHELLI, *Potere, poteri e Stato di diritto (visti da un amministrativista)* 629

MARCO DUGATO, *I nuovi confini della patologia degli atti amministrativi* 637

MARIA VITTORIA FERRONI, *Le società a partecipazione pubblica e le procedure concorsuali: brevi riflessioni* 673

ENRICO FOLLIERI, *Il giusto processo amministrativo* 691

MARCELLO FRACANZANI, *Il (futuro del) diritto in musica*: la calunnia è un venticello … 711

FABRIZIO FRACCHIA, *Arte e diritto: variazioni sul tema* 717

FABIO FRANCARIO, *Il demanio costiero. Pianificazione e discrezionalità* 729

CLAUDIO FRANCHINI, *La Pubblica amministrazione e il Diritto amministrativo tra Diritto europeo e Diritto globale* 749

ENRICO GABRIELLI, *La* chance *perduta (una comparazione italo-uruguayana)* 763

CARLO EMANUELE GALLO, *Tecniche di decisione della Corte costituzionale e giudizio amministrativo* 783

GUIDO GRECO, *Processo amministrativo e principio di effettività della tutela (brevi note)* 793

GIOVANNA IACOVONE, *Città e spazi urbani: prospettive di "cittadinanza traversale"* 805

MARIA IMMORDINO - ALFREDO CONTIERI, *La disciplina giuridica dello spettacolo: qualche considerazione di carattere generale alla luce delle riflessioni sul tema di Eugenio Picozza* 823

RAFFAELE LENER, *L'arbitro per le controversie finanziarie (ACF) e l'arbitro bancario e finanziario (ABF) a confronto* 841

GIOVANNI LEONE, *Problemi risolti e questioni ancora aperte in tema di soccorso istruttorio* 863

VOLUME II

BENEDETTA LUBRANO, *Il termine di conclusione del procedimento e le posizioni giuridiche soggettive ottese. I procedimenti in materia di cittadinanza* 891

ENRICO LUBRANO, *La giurisdizione meramente risarcitoria del giudice amministrativo in materia disciplinare sportiva: la Corte costituzionale (n. 160/2019) "spreca" un'occasione per la riaffermazione della effettività e della pienezza della tutela e della giurisdizione* 915

FILIPPO LUBRANO, *Eugenio Picozza Professore emerito insigne avvocato amministrativista. Una persona attiva e buona e soprattutto un amico* 949

PAOLA LUCANTONI, *Organizzazione del mercato e* trading *algoritmico* 959

MARIA VITTORIA LUMETTI, *Analisi critica dell'evoluzione giurisprudenziale in materia urbanistica: brevi note su alcune tematiche* 987

MARCO MACCHIA, *Il mercato a protezione dell'ambiente: i certificati ambientali* 1015

ROSANNA MAGLIANO, *Il nuovo quadro europeo per il controllo degli investimenti esteri diretti* 1057

FRANCESCO MANGANARO, *La responsabilità per inadempimento degli obblighi della dirigenza pubblica* 1079

PATRIZIA MARZARO, *Partecipazione consapevole e giusto procedimento di pianificazione* 1091

ALFONSO MASUCCI, *Vantaggi e rischi dell'automatizzazione algoritmica delle decisioni amministrative complesse* 1105

GIOVANNI MODAFFERI, *Il finanziamento della ricerca* 1119

DONATELLA MORANA, *Scienza medica e tutela della salute: una correlazione superabile?* 1137

REMO MORZENTI PELLEGRINI, *Riflessioni in tema di* governance *e autonomia delle Università* 1149

MASSIMO NUNZIATA, *Buona amministrazione e controllo della Corte dei conti: antichi problemi e nuove prospettive* 1169

GIORGIO PAGLIARI, *La legge regionale Emilia Romagna 22 dicembre 2017, n. 24 su tutela e uso del territorio: una legge di transizione e per la transizione* 1215

NINO PAOLANTONIO, *Monismo e dualismo del sistema di giustizia amministrativa. Considerazioni a margine di un disegno di legge per l'istituzione di un tribunale supremo dei conflitti* 1235

SERGIO PERONGINI, *La cognizione diretta da parte del giudice penale dell'uso del bene giuridico territorio* 1259

PAOLA PIRAS, *Amministrazioni pubbliche, donne, linguaggio di genere. Il femminile negato?* 1289

ARISTIDE POLICE, *Instabilità delle decisioni pubbliche e dinamiche dello sviluppo economico ed industriale* 1319

PIER LUIGI PORTALURI, *Spunti su diritto di ricorso e interessi superindividuali*: quid noctis, custos? 1337

GIUSEPPE ANDREA PRIMERANO, *Il problema del consumo di suolo* 1365

BIANCAMARIA RAGANELLI, *Le decsioni pubbliche al vaglio degli algoritmi* 1387

MARGHERITA RAMAJOLI, *I pericoli del* marketplace of ideas *considerazioni sparse a latere di due sentenze della Corte di giustizia in tema di assegnazione delle frequenze radiotelevisive* 1411

ANNA ROMEO, *Attività conoscitiva e attività decisionale dell'amministrazione: verso una nuova dimensione del potere* 1423

ROSA ROTA, *Principi e istituti ecogiuridici per il governo "rigenerativo" del territorio. Verso un* green new deal 1449

FILIPPO SALVIA, *La parabola del diritto amministrativo sotto la spinta dei c.d. uomini del fare amici del "macro" e del "profitto rapido". Nemici irriducibili di ogni forma di manutenzione e restauro dell'esistente* 1485

GIUSEPPE SANTONI, *Obbligo di trasparenza e contenzioso sui costi dell'operazione bancaria* 1493

FRANCO GAETANO SCOCA, *Sul c.d. interesse strumentale nelle procedure selettive (il contrasto tra giudice amministrativo e giudice europeo)* 1503

PIERLUIGI SIMONE, *Note sulla dimensione interna e sull'azione esterna di Frontex e dell'EU LISA quali agenzie complementari al "sistema Europol" nella cooperazione di polizia* 1525

MARIO R. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere* 1567

PAOLO STELLA RICHTER, *La proprietà e le sue innumerevoli forme* 1593

ANTONIO LEO TARASCO, *Modelli giuridici per l'incremento della redditività del patrimonio culturale: Italia, Francia e Gran Bretagna a confronto* 1601

VALERIO TORANO, *Le nuove misure amministrative di contrasto alle delocalizzazioni e di salvaguardia dei livelli occupazionali nelle imprese beneficiarie di aiuti pubblici* 1633

PAOLO URBANI, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzia dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni* 1661

ALESSIA VIGNOLI, *Il contenzioso tributario: tra materia del contendere e poteri del giudice* 1677

SANDRA ANTONIAZZI

CONTRATTI PUBBLICI E BENI CULTURALI: SPECIALITÀ DELLA DISCIPLINA E OBIETTIVI DI TUTELA, DI CONSERVAZIONE E VALORIZZAZIONE[1]

SOMMARIO: 1. L'applicazione dei principi generali del Codice dei contratti pubblici e gli aspetti di specialità da approfondire in relazione al Codice dei beni culturali. – 2. Il collegamento con i principi e le norme del diritto dell'UE, oltre al recepimento della direttiva UE n. 24 del 2014 in materia di appalti pubblici mediante il d.lgs. n. 50/2016. – 3. Gli elementi che condizionano la specialità dell'oggetto dell'appalto e il regolamento d.m. 22 agosto 2017, n. 154, concernente gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42/2004. – 4. La necessaria qualificazione degli esecutori dei lavori, le relative competenze e il recente d.m. 20 maggio 2019, n. 44. – 5. Le fasi di progettazione, di esecuzione dei lavori, di aggiudicazione e i profili di specialità. – 6. L'accertamento dell'interesse archeologico e di ulteriori interessi pubblici sottesi ai beni culturali. – 7. Il regime delle sponsorizzazioni, forme speciali di partenariato e altre norme del Codice dei contratti pubblici. – 8. Considerazioni conclusive ed interpretazione della disciplina speciale nella prospettiva di necessaria collaborazione con i privati per la tutela e la valorizzazione "economica" dei beni culturali.

1. *L'applicazione dei principi generali del Codice dei contratti pubblici e gli aspetti di specialità da approfondire in relazione al Codice dei beni culturali*

Lo studio coinvolge norme generali del d.lgs. n. 50/2016 sui contratti pubblici e la disciplina speciale per gli appalti relativi ai beni culturali, nella prospettiva di tutela e di valorizzazione[2] espressa dal d.lgs. n.

[1] Il presente contributo è pubblicato anche nella Rivista *Giustamm.it*, 2019, n. 7.

[2] Nella visione moderna, la conservazione, espressione di tutela, e la valorizzazione dei beni culturali sono in rapporto di stretta relazione, v. S. BARILE-M. SAVIANO, *Dalla gestione del patrimonio di beni culturali al governo del sistema dei beni culturali*, in G. M. GOLINELLI (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore*, Padova, 2012, 114-115, secondo finalità "armonicamente ricomposte in un rapporto di reciproca necessità: la tutela attiene alla conservazione "strutturale" del bene (o, meglio, della sua capacità espressiva di valore culturale), intesa non solo e non tanto nel senso della conservazione

42/2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio; la particolarità della materia condiziona la definizione dell'oggetto del negozio, la qualificazione dell'appalto e degli esecutori dei lavori, la fase progettuale e i criteri di aggiudicazione nonché la valutazione di interessi specifici; saranno, inoltre, considerati il contratto di partenariato pubblico-privato e il contratto di sponsorizzazione, strumenti che possono essere utilizzati per finalità di valorizzazione e di gestione di beni culturali.

Lo studio esamina le norme contenute nel Capo III, artt. 145-151, "*Appalti nel settore dei beni culturali*", e per la disciplina comune applicabile è significativo il rinvio alle norme generali del Codice dei contratti per i settori ordinari, ad esclusione dei casi in cui siano applicabili le disposizioni diverse e speciali contenute nei predetti articoli, che integrano deroghe. Ovviamente circa la definizione di beni culturali tutelati dal relativo Codice, occorre richiamare la nozione estesa di cui all'art. 2, secondo comma, che include "cose immobili e mobili, che ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà[3]"e più precisamente quanto previsto dagli artt. 10-15, secondo cui i

fisica, bensì della preservazione delle condizioni relazionali (strutturali) dalle quali emerge il significato (quindi, poi, il valore) culturale del bene, realizzata agendo sull'insieme di relazioni che definiscono il contesto di potenziale emersione del ruolo culturale". Quindi, la valorizzazione del bene si caratterizza per un funzionamento "sistemico", come esercizio di un'attività che esprime in concreto il potenziale valore culturale. In tema di valorizzazione del patrimonio culturale e di intervento delle Regioni (art. 117, comma 3, Cost.), si rinvia a C. BARBATI, *Regioni e attività culturali*, in C. BARBATI – G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Cultura e governi territoriali*, Napoli, 2015, 24 ss.; S. OGGIANU, *La disciplina pubblica delle attività artistiche e culturali nella prospettiva del federalismo*, Torino, 2012. Per le critiche circa l'intreccio di legislazione statale e regionale, v. S. SETTIS, *Italia S.p.A, L'assalto al patrimonio culturale*, Torino, 2007, 111 ss. Con riferimento alle linee di tendenza della legislazione regionale nel riordino della materia dei beni e delle attività culturali, dopo la legge n. 56/2014 v. C. TUBERTINI, *L'assetto delle funzioni locali in materia di beni ed attività culturali dopo la legge 56/2014*, in *Aedon*, 2016, n. 1.

[3] Per l'evoluzione della nozione, v. M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1008 ss.; S. SETTIS, *Italia S.p.A, L'assalto al patrimonio culturale*, cit., 21 ss., spec. 21, e tra le considerazioni più significative per inquadrare il nostro sistema: "2) L'idea che questo patrimonio nel suo complesso costituisce un elemento portante, irrinunciabile, della società civile e dell'identità civica, prima dei cittadini degli antichi Stati e poi dei cittadini italiani. 3) Di conseguenza, la centralità del patrimonio artistico nelle strategie di gestione dello Stato, e l'impegno dello Stato a proteggerlo o assicuran-

beni culturali sono definiti tali dalla legge (art. 10, comma 2 d.lgs. n. 42/2004: raccolte di musei, pinacoteche, gallerie ecc.; art. 11 "Cose oggetto di specifiche disposizioni"), per dichiarazione dell'interesse culturale da parte della soprintendenza (artt. 13-15) o che si presumono culturali fino alla verifica negativa dell'insussistenza di tale interesse (art. 12): questo è il vasto ambito oggettivo di applicazione delle norme speciali previste dal Capo III del Codice dei contratti pubblici; inoltre, sono inclusi gli scavi archeologici e subacquei. L'obiettivo è la necessaria applicazione di norme generali e di alcune significative deroghe per le concrete esigenze di specialità dei beni tutelati dal Codice dei beni culturali[4]. La natura speciale dei beni e la particolarità del tipo di interventi condizionano in modo determinante alcuni aspetti rilevanti della procedura ad evidenza pubblica, sulla base di esigenze di semplificazione, di riordino della disciplina e di modalità innovative, di "principi e criteri direttivi" che sono emersi nella legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per il Codice dei contratti pubblici. Quindi, sono coinvolti nel contempo più interessi pubblici tutelati dal d.lgs. n. 50/2016 e dal d.lgs. n. 42/2004 con carattere di specialità.

Tra l'altro, una disciplina particolare era già prevista nel d.lgs. n. 163/2006, ma con alcune differenze rispetto al vigente contesto normativo; infatti, nell'ambito di applicazione (art. 198) erano inclusi anche gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, diversamente dall'attuale formulazione. Tuttavia, ciò non comporta una reale restrizione, dato che è rilevante la riconducibilità all'ambito dei beni culturali e inevitabilmente, se questi elementi appartengono ad un bene culturale, il medesimo carattere si estende ad aspetti che ne sono parte. Inoltre, l'art. 148, primo comma, stabilisce che "I lavori concernenti beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, gli scavi archeologici, anche subacquei, nonché quelli relativi a ville, parchi e giardini di cui all'art. 10, comma 4, lettera f) del Codice dei beni culturali e del paesaggio, non sono affi-

dosene la proprietà o stabilendo norme di tutela applicabili anche a quanto resta in mani private". Per ulteriori approfondimenti, v. L. CASINI, *<Todo es peregrino y raro…>: Massimo Severo Giannini e i beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 987 ss.; G. SCIULLO, *Patrimonio e beni*, in C. BARBATI-M. CAMMELLI-L. CASINI-G. PIPERATA-G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 31 ss.

[4] Per un commento aggiornato della disciplina v. M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, III edizione, 2019.

dati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, salvo che motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal responsabile del procedimento e comunque non attinenti alla sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, non rendano necessario l'affidamento congiunto[5]"; quindi, la categoria particolare è considerata nella disciplina del 2016, che in realtà non introduce alcuna limitazione, dato che questi elementi sono riconducibili ad una fattispecie più ampia di immobili che rientrano per le loro caratteristiche nel patrimonio culturale.

Gli aspetti coinvolti da specialità, che saranno trattati in seguito, riguardano alcuni profili delle fasi della procedura ad evidenza pubblica, la definizione dell'oggetto dell'appalto (art. 148), la qualificazione degli operatori (artt. 25, comma 2, e 146), il contenuto della progettazione (artt. 23, comma 3, 25, 147 e 151, comma 2) con maggiore attenzione per il livello e la qualità di essa, l'accertamento dei risultati nell'attuazione dell'appalto e durante il collaudo (artt. 149, 150, 151, comma 2); ulteriori particolarità riguardano la procedura di selezione nel caso di sponsorizzazione e le forme speciali di partenariato pubblico-privato (art. 151). È, inoltre, previsto un decreto del Ministero dei Beni culturali per la disciplina di attuazione e le norme di dettaglio mediante nuove linee guida (ancora non adottate; v. Circolare 20 gennaio 2016, n. 1) per velocizzare, in modo efficace ed efficiente, la verifica preventiva dell'interesse archeologico, la sua tutela e il coordinamento con l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera (art. 25, comma 13). Si aggiungono le linee guida[6] dell'Anac sul sistema di qualificazione degli esecutori (art. 83, comma 2), peraltro non ancora formulate.

[5] Secondo la giurisprudenza amministrativa, anche risalente e con riferimento alla materia dei beni culturali, il divieto di affidamento congiunto è applicabile anche a prescindere da un richiamo nel bando di gara, introducendo un requisito di partecipazione e non di aggiudicazione e, quindi, l'impresa è obbligata, prima della fase di apertura delle offerte e a pena di esclusione, a rendere nota la sua posizione rispetto alle qualifiche per l'esecuzione di opere e lavori sui beni culturali; le norme sui beni culturali sono da ritenersi *inderogabili* e l'esclusione dell'offerta dev'essere disposta anche se non prevista come sanzione, quando si tratti di "norme cogenti e di stretta interpretazione", v. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 aprile 2004, n. 2160, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[6] Per le questioni critiche che derivano dalla qualificazione giuridica delle linee guida, si rinvia a M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 436 ss.

2. Il collegamento con i principi e le norme del diritto dell'UE, oltre al recepimento della direttiva UE n. 24 del 2014 in materia di appalti pubblici mediante il d.lgs. n. 50/2016

È inevitabile il riferimento al diritto dell'UE, non solo perché il Codice è stato adottato in attuazione delle direttive UE n. 23 e n. 24 del 2014, in particolare quest'ultima sugli appalti pubblici, ma per alcune norme del TFUE, se consideriamo l'art. 6, norma generale sulle competenze dell'UE, l'art. 13, l'art. 36 in tema di divieti e di restrizioni alle importazioni, alle esportazioni e al transito, l'art. 107.3 (richiama il contenuto dell'art. 87 TCE) e l'art. 167, *norma generale* sulla cultura con finalità di promozione e di protezione; tuttavia, questa disposizione certo non definisce i beni culturali, consentendo, quindi, agli Stati membri di individuare con *autonomia* i criteri per riconoscere il *carattere culturale* dei beni che fanno parte del patrimonio pubblico o che sono di proprietà privata, nel senso che la *ratio* della norma è di impulso generale per attuare finalità di conservazione e di valorizzazione dei patrimoni culturali degli Stati membri[7], riconoscendone le diversità e il pluralismo, ma senza precisare l'obiettivo di armonizzazione normativa come per altri settori, dato che in questo caso non sono previste possibili interferenze di istituzioni europee nelle scelte nazionali.

In base all'art. 6, l'UE ha competenza per azioni volte "a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri" e tra i settori la *cultura*; l'art. 13 prevede un impegno per l'Unione e gli Stati membri al rispetto delle "disposizioni legislative o amministrative e le consuetudini degli Stati-membri per quanto riguarda, in particolare, i riti religiosi, *le tradizioni culturali* e *il patrimonio culturale*". Quindi, nel TFUE non vi sono competenze dirette in tema di beni culturali, ma sono richiamate azioni di promozione e di integrazione, di conseguenza si applicano principi generali circa le libertà fondamentali, quale ad es., la libera circolazione dei beni mobili culturali, intesi come merci[8]; in questo contesto si inserisce l'art. 36 TFUE che consente divieti e restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi *di*

[7] Di recente per questi concetti v. G. AVANZINI, *La circolazione intracomunitaria dei beni culturali privati tra tutela del patrimonio nazionale e identità culturale europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 698.

[8] In questa prospettiva v. già Corte di Giustizia, Sez. III, 10 ottobre 1985, C-200/84, in *Racc.*, 1984, 3363, circa l'esclusione di tariffe doganali comuni per oggetti da collezione di interesse storico.

protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, anche se le regole restrittive non devono in concreto comportare una discriminazione arbitraria o una misura di restrizione per il commercio tra gli Stati membri. Da ciò l'ammissibilità di limiti all'esportazione di beni culturali e di procedimenti amministrativi con fasi complesse volte all'autorizzazione, sul presupposto di diversità nel regime di circolazione a seconda dell'impostazione adottata dagli ordinamenti nazionali.

L'art. 36 TFUE prevede delle eccezioni tassative alla libera circolazione delle merci intese come beni commerciali a cui sono riconducibili i beni culturali in quanto valutabili in senso economico e possibile oggetto di contrattazione; vi sono casi in cui i divieti (ma non per i dazi doganali o altri limiti analoghi), da considerarsi in senso restrittivo, sono puntualmente giustificati da esigenze di salvaguardia del patrimonio artistico, storico e archeologico[9], interessi pubblici che ogni singolo ordinamento valuta con autonomia in base a criteri interni, secondo lo schema vigente del rapporto tra UE e Stati membri per questo settore. Infatti, prima del TFUE, gli artt. 28 e 29 del TCE (ora 34 e 35 TFUE) vietavano le restrizioni quantitative nell'importazione e nell'esportazione dei beni mobili. L'art. 30 TCE (ora art. 36 TFUE) già prevedeva che quelle disposizioni lasciassero impregiudicati i divieti e le restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito, se giustificati da motivazioni di tutela del patrimonio artistico, storico e archeologico nazionale; tuttavia, questi divieti o restrizioni non devono costituire una modalità di discriminazione arbitraria o dissimulata al libero commercio tra gli Stati membri. Il principio è stato confermato nell'art. 36 TFUE, nel senso di conservare le restrizioni quantitative alla libera circolazione delle merci, se giustificate da rilevanti motivi di *interesse culturale*; inoltre, è previsto un controllo da parte delle istituzioni europee.

L'art. 107.3 lett. d), conferma il contenuto dell'art. 87 TCE e precisa che possono considerarsi compatibili con il mercato interno gli *aiuti* di Stato destinati *a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio* "quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza

[9] Si rinvia a una risalente sentenza della Corte di Giustizia, 10 dicembre 1968, C-7/1968, in *www.curia.europa.eu*. La sentenza si riferisce alla legittimità dell'art. 37 della legge 1° giugno 1939, n. 1089, che prevedeva una tassa per l'esportazione di beni di interesse culturale e il principio affermato è che la circolazione di questi beni può essere limitata da leggi che stabiliscono divieti e restrizioni, ma non misure di natura fiscale; ciò prevale sulla generale equiparazione dei beni culturali alle merci.

nell'Unione in misura contraria all'interesse comune", e da ciò l'esigenza inevitabile di risorse pubbliche.

Tuttavia, nel tempo, è emersa una visione *unitaria* ed *evoluta* nel senso di un concetto di patrimonio culturale *comune* sulla base della *cooperazione* tra gli ordinamenti, come emerge dall'art. 167 TFUE che promuove lo sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle diversità nazionali e regionali, inclusa l'eredità culturale del passato. L'UE si impegna ad *incoraggiare la cooperazione* tra Stati membri e, se necessario, ad *integrare* la loro azione in alcuni settori per il miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia e, in particolare, per la conservazione e la salvaguardia del *patrimonio culturale* di importanza europea e degli scambi culturali non commerciali; la collaborazione è estesa, nel senso che l'UE e gli Stati membri favoriscono la *cooperazione* anche con i Paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti per la cultura. Infatti, il TFUE si limita in parte a riprodurre disposizioni già previste dal TCE, tuttavia per alcuni aspetti sembra aver incrementato il ruolo dell'UE nella cultura, e in base all'art. 6 l'intervento nel settore della circolazione dei beni culturali non dev'essere ricondotto alla competenza circa le limitazioni alla libera circolazione delle merci, ma ad una *competenza concorrente* inerente alla salvaguardia della cultura e del patrimonio culturale come espressione dell'identità degli Stati membri e dell'UE.

La circolazione dei beni culturali[10] può certo favorire la condivisione di un *patrimonio comune europeo* che presuppone il riconoscimento nazionale del carattere culturale, quindi l'art. 167 TFUE è il riferimento normativo per elaborare questa dimensione più ampia e innovativa che include favorevolmente le *diversità* della cultura europea come *identità* in evoluzione, oggetto per la sua rilevanza di diversi atti e comunicazioni che esprimono questi intenti[11]. Tuttavia, occorre considerare i perico-

[10] In tema di circolazione dei beni culturali si rinvia a G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Napoli, 2011, 47 ss.; A. TOMASELLI, *La tutela dei beni culturali nel diritto dell'Unione europea*, Roma, 2015, 25 ss.; G. AVANZINI, *op. cit.,* 689 ss.

[11] V. ad es., la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo *"Verso un approccio integrato al patrimonio culturale europeo"*, COM (2014) 477 del 22 luglio 2014; Decisione 2017/864 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2017 sull'anno europeo del patrimonio culturale per il 2018, al fine di valorizzare il patrimonio culturale europeo come *risorsa condivisa* nella prospettiva di consolidare il senso di appartenenza ad uno *spazio comune europeo*; le *Agende culturali europee* (2007/C

li derivanti dall'assenza di risorse pubbliche adeguate per la conservazione e la valorizzazione e da utilizzazioni non rispettose del bene, aspetti comuni agli ordinamenti nazionali, che hanno reagito mediante nuove discipline e con forme di promozione del mecenatismo[12] e, in generale, di valorizzazione della cultura[13]; nell'UE, nella prospettiva di un'azione comune e di integrazione per gli obiettivi, pur con differenze inevitabili nella disciplina, la politica attuale si pone nel senso di ritenere il patrimonio culturale una *risorsa condivisa*, presupposto di un'*identità culturale europea* e di *coesione sociale*, finalità che possono certo essere favorite dalla fruibilità pubblica diffusa[14].

In relazione al completamento del mercato interno e alla necessaria tutela del settore, sono stati adottati il regolamento CEE n. 3911/1992 del Consiglio e la direttiva 93/7/CEE del Consiglio e da ciò l'esecuzione nel nostro ordinamento mediante la l. 30 marzo 1998, n. 88; in seguito, per l'*esportazione*, il regolamento n. 3911 è stato sostituito dal regolamento CE n. 116/2009 con possibilità di deroghe stabilite dagli ordinamenti interni, se gli obiettivi in esso contenuti siano più facilmente raggiungibili, soprattutto per la protezione dei beni culturali. Il Codice dei beni culturali vigente contiene le norme di esecuzione della discipli-

287/01) e la Comunicazione della Commissione *Europa Creativa* con un programma quadro per i settori culturali e creativi per il periodo 2014-2020.

[12] Per approfondimenti in tema di mecenatismo v. S. ANTONIAZZI, *Conservazione dei beni culturali e mecenatismo: competenze, alcuni profili di confronto con l'ordinamento spagnolo e il caso dell'Art Bonus*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2018, n. 3-4, 887 ss. In particolare per l'*Art Bonus,* v. M. CAMMELLI, *La riga prima della prima riga, ovvero: ragionando su Art Bonus e dintorni*, in *Aedon*, 2014, n. 3; P. UNGARI, *Il mecenatismo nella legge sull'Art Bonus*, in G. MORBIDELLI-A. BARTOLINI, (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2016, 41 ss. Circa le iniziative di *Art Bonus* e sistema fiscale v. R. LUPI, *L'Art bonus come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, 2014, n. 3; C. LAMBERTI, *Aspetti fiscali dell'Art Bonus*, in G. MORBIDELLI-A. BARTOLINI, (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, 75 ss.; A. CRISMANI, *ART-BONUS: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico*, 15 ottobre 2014, in *www.federalismi.it*, 2014, n. 19. Per le varie iniziative di *Art Bonus* attivate v. sito istituzionale *https://artbonus.gov.it*.

[13] Si rinvia ad es. alla l. 7 ottobre 2013, n. 112, "Valore cultura", che ha convertito in legge il d.l. 8 agosto 2013, n. 91, "Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo".

[14] Circa la fruizione pubblica che deve escludere discriminazioni v. Corte di Giustizia, 16 gennaio 2003, C-388/01, riguardo, *in www.curia.europa.eu* riguardo alle tariffe di ingresso per istallazioni culturali municipali (musei, monumenti, gallerie, parchi, scavi, ecc.) più favorevoli per i soli cittadini italiani e per i residenti degli enti locali gestori.

na europea per la circolazione e la restituzione dei beni culturali[15], in attuazione della direttiva n. 2014/60/UE e, più in generale, come è noto, tutta la disciplina rilevante per il settore, incluso il richiamo alla Convenzione dell'Unesco; si consideri anche l'art. 1, commi 175-176, della legge 4 agosto 2017, n. 124, legge annuale per il mercato e la concorrenza, che ha innovato e modificato il Codice per le nuove misure in materia di mercato internazionale dei beni culturali[16].

In questo quadro di norme generali del TFUE e di discipline europee per il settore, occorre collocare la disciplina speciale degli appalti pubblici di lavori relativi ai beni culturali contenuta negli artt. 145 ss. del d.lgs. n. 50/2016, con alcune significative differenze rispetto alle norme previste in generale per i contratti pubblici, e il regolamento d.m. 22 agosto 2017, n. 154, circa la disciplina di dettaglio. L'art. 145 contiene una sintesi degli artt. 197-198 del previgente Codice e precisa alcuni aspetti, definisce l'oggetto di tutela e l'ambito di applicazione delle norme speciali, chiarisce il rapporto tra la disciplina generale e quella speciale; inoltre, il testo evidenzia un contenuto più sintetico e razionale, così, ad es., non vi è il riferimento espresso ad interventi su elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, ma non rappresenta una restrizione dell'ambito di applicazione, dato che questi aspetti rientrano nella tutela del d.lgs. n. 42/2004 e, quindi, sono sottoposti al Capo III del Codice del 2016.

Tale specialità era già prevista nella l. 11 febbraio 1994, n. 109, nella l. 1° agosto 2002, n. 166 (definita Merloni *quater*), nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 30, e nel precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006). Peraltro, non vi sono riferimenti ai beni culturali nelle direttive UE/23/2014 e UE/24/2014, dato che il settore ricade nella discipli-

[15] Per la disciplina europea attuata v. il regolamento (CE) n. 116/09 in relazione all'esportazione di beni culturali, la direttiva (CEE) n. 7/93 in seguito sostituita dalla direttiva (UE) n. 60/2014 circa la restituzione di beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato, la Convenzione *Unesco* sull'illecita importazione, esportazione e trasferimento di proprietà dei beni culturali e la Convenzione *Unidroit* relativa ai beni culturali oggetto di furto e illecitamente esportati.

[16] Per la nuova disciplina v. P. OTRANTO, *Più aperto e più rischioso il mercato internazionale dei beni culturali italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 705 ss. Circa la prevenzione del traffico illecito e della distruzione dei beni culturali si rinvia alla Convenzione del Consiglio d'Europa del 19 maggio 2017, sulle infrazioni coinvolgenti i beni culturali.

na degli ordinamenti nazionali a cui è riconosciuta autonomia e discrezionalità.

3. *Gli elementi che condizionano la specialità dell'oggetto dell'appalto e il regolamento d.m. 22 agosto 2017, n. 154, concernente gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del d.lgs. n. 42/2004*

I contratti pubblici aventi ad oggetto i beni culturali si caratterizzavano per una disciplina particolare già nel d.lgs. n. 163/2006 negli artt. 197-205 ("Contratti relativi ai beni culturali"); il nuovo Codice ha confermato questa impostazione di necessaria specialità e di certo ciò si giustifica per il regime giuridico di beni con spiccate peculiarità. Questi aspetti condizionano le procedure di gara e le modalità di esecuzione dei contratti; è assai determinante la finalità conservativa e le attività relative ai lavori, alle prestazioni di servizi e alle forniture devono essere svolte secondo strategie che riducono il più possibile i rischi di pregiudizio del bene di interesse generale per l'esigenza di conservazione e di garanzia della fruizione libera da parte della collettività, prevalendo su esigenze di carattere economico. Quindi, il legislatore ha introdotto una disciplina in parte derogatoria rispetto ai settori ordinari, scelta in linea di continuità rispetto alla disciplina precedente, ma con alcune novità[17]; la specialità degli interventi comporta effetti sull'applicazione ed incide sulla progettazione e sull'esecuzione, a partire dall'individuazione dell'oggetto dell'appalto a dalle specifiche qualifiche richieste dagli operatori fino ai criteri di aggiudicazione, al controllo e al collaudo. Sono confermati i profili di specialità e la prevalenza di criteri qualitativi[18] degli interventi che sono anche accentuati rispetto al precedente regime; mentre è stata introdotta una maggiore razionalità mediante alcune

[17] Si rinvia a G. MAGGI, *Appalti nel settore dei beni culturali (Artt. 145-150)*, in M. CORRADINO-S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi contratti pubblici*, Milano, 2017, 585 ss.

[18] Per la specialità v. M. OSSOLA, *Appalti nel settore dei beni culturali*, in G. PERULLI (a cura di), *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Torino, 2018, 224 ss.; G. SCIULLO, *Tutela,* in C. BARBATI-M. CAMMELLI-L. CASINI-G. PIPERATA-G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 182 ss.; l'Autore sottolinea la centralità del fine conservativo dei lavori e da ciò la prevalenza di *criteri qualitativi* su quelli di carattere economico nella scelta del contraente e nell'esecuzione dei lavori e, quindi, nella qualificazione degli operatori, nei criteri di esecuzione secondo una progettazione più flessibile.

semplificazioni e modalità innovative in linea con le finalità di riordino espresse nella legge delega 28 gennaio 2016, n. 11. Il legislatore ha adottato, in coerenza con la disciplina precedente, la soluzione di prevedere disposizione generali contenute nella fonte legislativa e di rinviare per i profili più tecnici e di dettaglio ad un regolamento adottato con decreto ministeriale, il successivo d.m. 22 agosto 2017, n. 154, che consente eventuali integrazioni di aggiornamento in modo veloce[19].

È inevitabile il condizionamento della specificità del settore per la disciplina delle prestazioni oggetto dell'appalto e alcuni caratteri che qualificano il contratto; ciò emerge, ad es., dal divieto di affidamento congiunto con altri lavori che rientrano in categorie di opere generali o speciali relative a beni culturali, come previsto dall'art. 146, comma 1, del Codice dei contratti pubblici in cui vi è una specifica considerazione del *valore culturale* del bene; la possibile gestione congiunta dei lavori (art. 148, comma 1) dev'essere giustificata da esigenze di *coordinamento* che devono essere accertate dal responsabile del procedimento e che non devono attenere alla sicurezza dei luoghi di lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) né le attività specialistiche devono essere assorbite in un'altra categoria o essere omesse negli interventi da effettuare, a prescindere dall'incidenza economica di essi rispetto al valore complessivo dell'appalto (così l'art. 148, comma 2, e prima l'art. 200 del d.lgs. n. 163/2006 sui limiti dell'affidamento congiunto e dell'affidamento unitario). Quindi, l'art. 148 fissa un importante principio per l'affidamento dei contratti consistente nel *divieto* di a*ffidamento congiunto* di lavori relativi ai beni culturali e di lavori che riguardano altre categorie di opere generali e speciali, per la tutela prioritaria del valore culturale del bene, a meno che il responsabile del procedimento rilevi *esigenze motivate* ed *eccezionali* di coordinamento dei lavori, salve comunque le regole di cui all'art. 146, comma 2, sul possesso dei requisiti di qualificazione.

Inoltre, le lavorazioni specialistiche (su beni mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico, scavi archeologici, anche subacquei, circa ville, parchi e giardini) non possono essere assorbite da un'altra categoria oppure non essere indicate tra le lavorazioni che caratterizzano l'intervento, a prescindere dalla percentuale di valore degli interventi specialistici rispetto al costo complessivo (art. 148, comma 2);

[19] Per questa scelta già presente nel d.lgs. n. 163/2006, v. C. VITALE, *La disciplina dei contratti pubblici relativi al nuovo Codice degli appalti*, in *Aedon*, 2006, n. 2.

per questo criterio la stazione appaltante deve precisare nei documenti di gara in modo distinto le attività che riguardano il monitoraggio, la manutenzione, il restauro dei beni e quelle di carattere strutturale, relative ad impianti, attività di adeguamento funzionale per i beni immobili culturali.

Circa gli appalti che riguardano allestimenti di istituti e luoghi della cultura (art. 101 del Codice dei beni culturali) e per la manutenzione e il restauro di ville, parchi (art. 10, comma 4, lett. f) del Codice dei beni culturali, la stazione appaltante può applicare la disciplina relativa a servizi o a forniture, se queste attività siano rilevanti in modo prevalente per l'oggetto del contratto a prescindere dall'importo dei lavori; per ulteriori aspetti non regolati dall'art. 148, commi 1, 2 e 3, si applica l'art. 28 sui contratti misti di appalto. Gli esecutori devono possedere i requisiti previsti dal Capo III con la particolare disciplina prevista in relazione al tipo di interventi.

Per la stazione appaltante vi è, quindi, l'obbligo di distinguere gli interventi a seconda della loro natura se di restauro, manutenzione oppure di carattere strutturale o di adeguamento funzionale per beni immobili sottoposti a tutela; i requisiti circa la capacità operativa e organizzativa per l'esecuzione delle opere e le abilitazioni tecniche e amministrative sono necessariamente richieste secondo un *regime speciale* e per questo settore le categorie professionali sono ancora più specifiche. Si pone anche il problema della qualificazione dell'appalto quando vi siano *interventi misti*, come ad. es., manutenzione di ville, parchi e giardini tutelati oppure allestimenti di luoghi di cultura, ai sensi dell'art. 10, quarto comma, lett. f), Codice dei beni culturali; in tal caso, potrà applicarsi la disciplina in tema di appalti di forniture e di servizi, quando dalla valutazione emerga la rilevanza prevalente di essi a confronto con l'oggetto del contratto, senza che sia determinante l'importo dei lavori (art. 148, terzo comma). Negli altri casi, si applica la disciplina generale degli *appalti misti* prevista dall'art. 28 del Codice dei contratti pubblici.

Riguardo all'esecuzione dei lavori, "di norma" sono appaltati "a misura" a prescindere dal relativo importo; in particolare, per i lavori relativi ai beni culturali, in deroga all'art. 95, comma 4, può essere adottato "il *criterio* del *minor prezzo* per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro". Inoltre, per gli stessi limiti di valore, l'esecuzione dei lavori "con somma urgenza" è consentita se il ritardo comporti *pregiudizi* per la *pubblica incolumità* o la *tutela del bene*, al fine di rimuovere la situazione di pregiudizio o di pericolo fino all'importo di 300.000 euro,

con le modalità previste dall'art. 163 del Codice dei contratti pubblici e per i particolari interventi individuati dall'art. 23 del regolamento[20] d.m. n. 154 del 2017.

I lavori pubblici relativi a beni culturali devono, inoltre, essere inseriti nei *documenti di programmazione* (art. 21, comma 3, del Codice dei contratti pubblici) ed eseguiti secondo modalità, tempi e priorità alla luce del criterio generale della *conservazione programmata*, come emerge dall'art. 3 ("Specificità degli interventi") del regolamento d.m. n. 154 del 2017, che impone la stesura di un documento sullo stato di conservazione del bene culturale nel contesto territoriale e delle relative problematiche, circa gli interventi effettuati, le attività di prevenzione con indagini diagnostiche (per i beni archeologici), che devono essere evidenziate nel *piano di manutenzione* e nel *consuntivo scientifico* nonché gli interventi precedenti di manutenzione e di restauro.

In particolare, il regolamento è molto dettagliato e disciplina gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali, individuando i possibili casi di intervento e tra questi, ad es., gli scavi archeologici e le relative indagini, il monitoraggio, la manutenzione e il restauro di beni culturali immobili, mobili e di superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico, artistico e archeologico, in seguito specificati nell'art. 2. Inoltre, sono ampiamente precisati il ruolo del restauratore, che può anche essere il direttore dei lavori, e il supporto tecnico del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente per la formazione del programma triennale[21] (art. 22, comma 2).

Le disposizioni di regolamento del 2017 rappresentano una disciplina dettagliata di attuazione, e, per quanto non disposto, esso rinvia ai provvedimenti di attuazione del d.lgs. n. 50/2016.

[20] Il regolamento ha abrogato il precedente regolamento sui requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori: il decreto del Ministero dei Beni culturali e delle attività culturali e del turismo 3 agosto 2000, n. 294.

[21] Come confermato dal parere dell'ufficio legislativo del Ministero dei Beni culturali del 19 settembre 2018; per ulteriori chiarimenti interpretativi si rinvia al parere 10 novembre 2017, in *www.beniculturali.it.*

4. *La necessaria qualificazione degli esecutori dei lavori, le relative competenze e il recente d.m. 20 maggio 2019, n. 44*

Tra gli elementi caratterizzanti la specialità dei contratti, vi sono sicuramente i requisiti di qualificazione specifici per assicurare la tutela del bene culturale, destinatario dell'intervento, e questo aspetto determinante può essere affermato solamente dall'operatore economico che li abbia in concreto eseguiti, senza limiti di tempo; infatti, nel settore prevale "l'eccezione culturale" di cui all'art. 36 TFUE alla concorrenza e al mercato, quale presupposto del *divieto di avvalimento*[22], come emerge dall'art. 146, comma 3, del Codice dei contratti.

L'art. 146, rubricato "Qualificazione", stabilisce che per i lavori consistenti in interventi aventi ad oggetto beni culturali è necessario il *possesso di qualifiche specifiche* e adeguate a garantire la tutela del bene, sulla base di figure professionali volte alla tutela e alla valorizzazione[23]. Inoltre, in base al comma 2, i lavori di cui tratta il Capo III sono richiamati per la qualificazione in via esclusiva dell'operatore che li abbia effettivamente eseguiti, come requisito tecnico non subordinato a criteri di validità entro un certo termine di tempo; il comma 3, precisa chiaramente che ai contratti di questo settore specifico, considerato l'art. 36 TFUE, non si applica l'istituto dell'*avvalimento* previsto dall'art. 89 del vigente Codice dei contratti pubblici, istituto ritenuto prima applicabile. Su questo aspetto si è espresso il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto legislativo[24] da cui emerge che

[22] Circa il divieto di avvalimento, già l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (delibera 15 novembre 2006, n. 80, in *www.anticorruzione.it*) aveva precisato, in relazione all'art. 253, comma 30, del d.lgs. n. 163/2006, che la disposizione speciale di deroga è volta a garantire il *possesso effettivo* da parte dell'operatore economico del requisito particolare dell'esperienza decennale circa l'esecuzione di lavori nel settore specifico, al fine di consentire alla stazione appaltante la scelta più adeguata per un appaltatore esperto.

[23] Si rinvia a G. SCIULLO, *Tutela*, cit., 183 ss.; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, *Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017*, Bologna, 2017, 1855 ss. Tra l'altro, si pone un problema di reciproco riconoscimento di diplomi, certificati e titoli, come previsto dagli artt. 10-11, della Direttiva n. 85/384/CEE, questione affrontata, ad es., per il settore dell'architettura in relazione ad attività relative a beni immobili di interesse artistico, da interpretare nel senso che il principio generale osta all'adozione di discipline nazionali che richiedano una specifica verifica di qualifiche per i beni culturali; v. Corte di Giustizia, Sez. V, 21 febbraio 2013, C-111/12, in *www.curia.europa.eu.*

[24] Parere della Commissione speciale, 1° aprile 2016, n. 855, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

l'esclusione non sarebbe in contrasto con l'art. 63 della Direttiva 2014/23/UE per l'introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli richiesti, in base al contenuto dell'art. 146, comma 3, e alla relazione allegata che richiama l'art. 36 del TFUE. Inoltre, la deroga è giustificata anche da una sentenza, non recente ma significativa, della Corte di Giustizia[25] che riguarda l'ordinamento italiano, i beni culturali e la libera prestazione di servizi, secondo cui l'interesse generale alla conservazione del patrimonio storico ed artistico nazionale può integrare un'esigenza imperativa che giustifica una restrizione delle disposizioni europee; peraltro, di recente la giurisprudenza amministrativa[26] ha sottolineato la natura speciale dell'art. 146, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, come norma di *stretta interpretazione* "in quanto derogatoria di un istituto di ordine generale ai fini della partecipazione, quale è l'avvalimento" e ciò vale, in particolare, nel caso di manutenzione di locali "destinati ad accogliere (anche) beni culturali ma che, in quanto tali, non rientrano nell'ambito dei beni definiti come culturali dal d.lgs. n. 42/2004 il quale, a tal fine, valorizza il bene in sé e non già il locale destinato ad accoglierlo".

L'individuazione dei *requisiti di qualificazione* degli esecutori di lavori e dei direttori tecnici e delle modalità di verifica per l'attestazione sono disciplinate dal regolamento ministeriale n. 157 del 2017; l'art. 146, comma quarto, del Codice dei contratti pubblici precisa espressamente che il direttore tecnico incaricato dall'aggiudicatario dev'essere

[25] Corte di Giustizia, 26 febbraio 1991, C-180/89, in *www.curia.europa.eu,* ove si escludeva la compatibilità della disciplina italiana in materia di abilitazioni a guida turistica con l'art. 59 TFUE, anche se era stato evidenziato dalla difesa dello Stato italiano il ruolo di "intermediario" tra visitatore e bene culturale, che però non integra un'ipotesi di conservazione.

[26] Si rinvia a TAR Lazio, Sez. II *ter*, 8 luglio 2019, n. 9038, in *www.giustizia-amministrativa.it*. La sentenza precisa, in via definitiva per esigenze di certezza giuridica, che "L'interpretazione letterale e teleologica della norma, finalizzata alla tutela dei beni culturali, induce a ritenere che le disposizioni in esame si applichino solo ove l'appalto abbia direttamente a oggetto beni che sono tutelati dal d.lgs. n. 42/2004 e cioè quelli che, secondo quanto previsto dagli artt. 10-15 del testo normativo in esame, possono essere definiti come beni culturali per legge (art. 10, comma 2 d.lgs. n. 42/2004: raccolte di musei, pinacoteche, gallerie ecc.), per dichiarazione della soprintendenza (art. 13 d.lgs. n. 42/2004) o che si presumono culturali fino alla verifica negativa dell'insussistenza di tale interesse (art. 12 d.lgs. n. 42/2004: cose immobili e mobili appartenenti ad enti pubblici e a persone giuridiche private senza fine di lucro e realizzate da oltre 50 anni per i mobili e 70 anni per gli immobili".

titolare della qualifica di *restauratore* di beni culturali[27], come precisato dagli artt. 9-*bis* ("Professionisti competenti ad eseguire interventi sui beni culturali"), 29 ("Conservazione") e 182 ("Disposizioni transitorie") del d.lgs. n. 42/2004. L'art. 4 del regolamento si riferisce ai soggetti esecutori dei lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro relativi alle categorie di lavori per beni culturali previsti dall'art. 1, comma 2; mentre per i lavori di importo inferiore a quella somma, i requisiti sono previsti dall'art. 12. Per la qualificazione di lavori su beni di alcune categorie precisate nel terzo comma ed eseguiti per conto di soggetti richiamati nell'art 3 del Codice dei contratti pubblici (lett. a-e) e di committenti privati o in proprio, la certificazione rilasciata agli esecutori deve includere anche l'attestato dell'autorità preposta alla tutela del bene circa la buona esecuzione dei lavori[28].

Le norme sui necessari requisiti di qualificazione si applicano anche ai lavori per beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni mobili di interesse storico, artistico e archeologico e quelli relativi a ville, parchi di cui all'art. 10, comma 4, lett. f) del Codice dei beni culturali; occorre, inoltre, considerare il contenuto dell'art. 148, commi 1 e 2 del Codice dei contratti pubblici in tema di affidamento dei contratti e lavori specialistici. Circa i *requisiti*

[27] V. d.m. 26 maggio 2009, n. 86, regolamento circa la definizione dei profili di competenza dei restauratori, ai sensi dell'art. 29, comma 7, del Codice dei beni culturali; l. 14 gennaio 2013, n. 7, "Modifica della disciplina transitoria del conseguimento delle qualifiche professionali di restauratore dei beni culturali e di collaboratore restauratore di beni culturali"; d.m. 13 maggio 2014, linee guida applicative in relazione agli artt. 29 e 182 del Codice dei beni culturali. Per queste competenze, v. A. SAU, *Un passo avanti nella disciplina della formazione dei restauratori: il decreto del Miur 2 marzo 2011*, in *Aedon*, 2011, n. 2.

[28] Per la stringente vincolatività dei *requisiti di qualificazione* per le categorie di lavori specifiche o complesse, si rinvia, pur con riferimento al d.lgs. 163/2006, ad es., al parere dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici del 23 ottobre 2013, n. 168 (in *www.anticorruzione.it*); per il responsabile del procedimento v. linea guida n. 3 dell'Anac, adottata con delibera 26 ottobre 2016, n. 1096 (in *www.anticorruzione.it*). La qualificazione condiziona anche la valutazione dell'offerta tecnica, ad es. con riferimento ad un gruppo di lavoro con un architetto *senior* specializzato in restauro e nella gestione dei beni culturali, v. parere 20 ottobre 2010, n. 181 (*www.anticorruzione.it*). Per gli appalti aggiudicati a consorzi stabili, ma che possono essere eseguiti solamente da imprese consorziate in possesso effettivo delle categorie di qualificazione previste per la partecipazione alla gara v. delibera dell'Anac del 6 dicembre 2017, n. 1239 (*www.anticorruzione.it*); così anche Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2019, n. 403, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

generali di idoneità professionale, l'art. 5 precisa che l'iscrizione dell'impresa nel registro della camera di commercio (art. 83, comma 3, Codice dei contratti pubblici) deve avere un particolare contenuto in relazione al *tipo di lavori* che la caratterizzano, così l'*iscrizione* relativa agli *scavi archeologici*, alla *conservazione e restauro di opere d'arte* se trattasi di lavori inerenti alla manutenzione e al restauro di beni culturali mobili e di superfici decorate di beni architettonici, materiali storicizzati di beni immobili culturali e per i lavori inerenti al restauro e alla manutenzione di beni culturali immobili e, infine, a *parchi e giardini* per i lavori relativi al verde storico (art. 10, Codice dei beni culturali).

I *requisiti speciali* che attengono all'idoneità tecnica, a quella organizzativa e all'adeguata capacità economica e finanziaria (art. 6 del regolamento), sono approfonditi negli artt. 7-9; in particolare, l'idoneità tecnica ha indici di riferimento molto concreti, quali un'idonea direzione tecnica che coincide con la direzione dell'impresa (art. 13) e l'esecuzione dei lavori come previsto dall'art. 1 per un importo complessivo non inferiore al settanta per cento in relazione al parametro economico per la qualificazione richiesta. In relazione a questi requisiti, sono emessi certificati attestanti l'effettiva esecuzione dei lavori nel settore specifico e che possono essere utilizzati e prodotti senza limiti di tempo, se sia stata rispettata la *continuità* nell'esecuzione dei lavori come prova dell'idoneità attuale ad eseguire interventi in quel settore oppure se risulta invariata la direzione tecnica dell'impresa.

Per il caso particolare dell'acquisizione di azienda o di un suo ramo, i requisiti di idoneità tecnica di cui può essere titolare l'impresa cedente sono utilizzabili se la cessione includa il trasferimento del direttore tecnico a cui spettava la direzione dei lavori su cui si basa la certificazione di qualificazione; la presenza di questa figura dev'essere continuativa per almeno tre anni (art. 7, comma 3). Tra l'altro, è consentita l'applicazione di un *criterio di premialità* per offerte presentate da imprese che coinvolgono, nella fase di progettazione e di esecuzione dei lavori, personale di scuole di specializzazione previste dal decreto del Ministero dell'Università e della Ricerca del 31 gennaio 2006.

L'idoneità organizzativa, disciplinata dall'art. 8, è valutata con riferimento ad imprese che negli ultimi dieci anni si caratterizzano per un numero di dipendenti superiore a cinque; i restauratori, i collaboratori restauratori di cui al comma 3 e gli archeologici richiamati nel comma 4, devono essere coinvolti in base ad un rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato secondo la disciplina vigente oppure come

soci se sono inseriti in una società cooperativa. La disposizione, in base a precisate categorie di idoneità, richiede il riscontro di determinati parametri di costi di retribuzione e di previdenza, di titoli posseduti dai dipendenti, di versamenti previdenziali e la presenza di personale qualificato (restauratori di beni culturali, collaboratori restauratori, direttori tecnici, archeologi, ecc.).

Per la capacità economica e finanziaria dell'esecutore dei lavori, l'art. 9 rinvia agli artt. 83, comma 2, 84 e 86 dei Codice dei contratti pubblici e per alcune categorie specificate di imprese rilevano le referenze bancarie; circa le modalità di verifica ai fini dell'attestazione dei requisiti (art. 10), sono richiamate le SOA nella procedura di attestazione di qualificazione delle imprese, salva comunque l'applicazione degli artt. 83, comma 2 ("Criteri di selezione e soccorso istruttorio"), e 84, comma 2 ("Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici"), del Codice dei contratti pubblici. L'art. 26, comma 3, del regolamento prevede il dovere della stazione appaltante e dell'ufficio competente per la tutela del bene culturale di *vigilare* per garantire il rispetto dei requisiti di qualificazione di carattere speciale e dei requisiti speciali delle imprese richiesti per l'attestazione SOA con l'applicabilità di provvedimenti sanzionatori.

L'art. 11 disciplina i lavori utili per la qualificazione che dev'essere certificata con contenuti determinati circa il buon esito e la regolare realizzazione e a ciò si aggiunge il consuntivo scientifico predisposto dal direttore dei lavori (art. 102, comma 9, lett. a); per i lavori eseguiti per conto del medesimo committente, anche mediante diversi contratti di appalto, può essere rilasciato un unico certificato che precisi i lavori approvati ed eseguiti, mentre non sono utilizzabili al fine della qualificazione i lavori che sono stati affidati dall'impresa a terzi in subappalto (art. 11, comma 4). Dal rilascio delle attestazioni deriva un obbligo di aggiornamento della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (art. 213, comma 8, del Codice dei contratti pubblici); sono coinvolte le soprintendenze preposte alla tutela del bene, dato che entro sessanta giorni dal rilascio del certificato di esecuzione dei lavori (art. 84, comma 7, lett. b), dopo aver accertato la regolarità delle prestazioni eseguite, hanno il compito di attestare il buon esito dei lavori realizzati.

È prevista una disciplina di deroga per i lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 12), nel senso che le imprese devono possedere specifici requisiti, anche mediante l'attestazione SOA e, in particolare, avere eseguito lavori direttamente e in proprio, prima della pubblicazione del

bando o alla data di invito alla gara ufficiosa, della stessa categoria oppure dello stesso settore di competenza a cui si riferiscono le attività di restauro per un importo complessivo non inferiore a quello del contratto da stipulare, sulla base del *principio di continuità* nell'esecuzione dei lavori oppure con un direttore tecnico, secondo l'art. 7, comma 1, lett. a), il possesso di un organico determinato per l'idoneità organizzativa e l'iscrizione alla competente Camera di commercio. I requisiti sono autocertificati e si aggiunge una certificazione di buon esito dei lavori da parte dell'autorità preposta alla tutela dei beni oggetto degli interventi; tuttavia, l'effettiva sussistenza è accertata dalla stazione appaltante secondo la disciplina vigente[29].

Sono previsti requisiti vincolanti per il direttore tecnico (art. 13), figura che può coincidere con il rappresentante legale dell'impresa o che può essere assunta da più soggetti; l'incarico ha carattere di unicità ed è richiesta una dichiarazione specifica. Se il direttore tecnico è soggetto diverso dal titolare dell'impresa, dal legale rappresentante, dall'amministrazione e dal socio, deve comunque essere un dipendente dell'impresa oppure esercitare attività sulla base di un contratto d'opera professionale.

L'affidamento della direzione tecnica (art. 13), a seconda di tre classi di categorie, dipende dalla presenza di determinati titoli (ad es., laurea magistrale in conservazione e restauro di beni culturali) e dall'iscrizione in albi professionali (ad. es., architetti, conservatori), secondo norme speciali e disposizioni (art. 29, comma 9; art. 182) previste dal Codice dei beni culturali; si aggiunge il requisito dell'esperienza attestata di almeno due anni nel settore dei lavori su beni culturali. Peraltro, i requisiti sono autocertificati, sottoposti a verifiche e controlli.

Di recente, in attuazione dell'art. 9 *bis* del Codice dei beni culturali relativo ai professionisti competenti ad eseguire interventi sui beni culturali, dell'art. 2 della l. 22 luglio 2014, n. 110, circa i professionisti dei beni culturali e l'istituzione dei relativi elenchi nazionali e di altre norme sul riconoscimento dei titoli, il Ministero ha adottato il d.m. 20 maggio 2019, n. 44, "Procedura per la formazione degli elenchi nazionali di archeologi, archivisti, bibliotecari, demoetnoantropologi, antropologi fisici, esperti di diagnostica e di scienza della tecnologia applicate

[29] La disposizione precisa che "Per i lavori e le attività di cui al comma 1, di importo complessivo non superiore a 40.000 euro, la certificazione di buon esito dei lavori può essere rilasciata anche da una amministrazione aggiudicatrice".

ai beni culturali e storici dell'arte, in possesso dei requisiti individuati ai sensi della legge 22 luglio 2014, n. 110". La disciplina[30] riguarda esclusivamente i settori richiamati e gli elenchi non rappresentano in alcun modo albi professionali (art. 9); si prospetta, quindi, la questione dell'ambito di concreta rilevanza dell'iscrizione negli elenchi come eventuale requisito di partecipazione dei professionisti nelle procedure di appalto, dato che l'art. 146, comma 1, del Codice dei contratti pubblici richiede requisiti di qualificazione professionale *specifici* e *adeguati* come previsto dall'art. 9 *bis* del Codice dei beni culturali, ma l'art. 9 del d.m. precisa anche che "l'assenza dei professionisti dai medesimi elenchi *non preclude* in alcun modo la possibilità di esercitare la professione e l'indicazione dei requisiti o titolo alternativi per l'accesso agli elenchi non costituisce titolo di equipollenza tra gli stessi per finalità diverse da quelle regolate dal presente decreto", con un'inevitabile perplessità circa l'ambito di applicazione e l'adeguato coordinamento con l'art. 9 *bis*; peraltro, la lettura del d.m. 20 maggio 2019, n. 44, evidenzia prevalenti esigenze di natura organizzativa del sistema italiano circa la formazione e l'esperienza professionale, in relazione al quadro europeo delle qualifiche[31].

Si accenna alla modifica dell'art. 146, comma 4, del Codice dei contratti pubblici a seguito della legge 28 giugno 2019, n. 58 (di conversione del decreto Crescita, d.l. 30 aprile 2019, n. 34) consistente nel rinvio all'adozione di un *regolamento* circa i requisiti di qualificazione dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori e le modalità di verifica ai fini dell'attestazione; il direttore tecnico dell'operatore economico incaricato degli interventi di cui all'art. 147, comma 2, secondo periodo, deve comunque possedere, come già noto, la qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della normativa vigente. Il contenuto del regolamento da adottare è meglio precisato nell'art. 216, comma 27-*octies*, definito

[30] Il d.m. 20 maggio 2019 prevede regole sulla costituzione dei relativi elenchi mediante la pubblicazione di bandi permanenti, circa i requisiti e la procedura di iscrizione; vi sono norme sul riconoscimento dei titoli e dell'esperienza professionale conseguiti all'estero, la verifica dei titoli mediante un'apposita Commissione, la gestione degli elenchi, la pubblicità e l'istituzione di una Commissione consultiva.

[31] Il d.m. 20 maggio 2019, n. 44, richiama nelle premesse il "Quadro europeo delle qualifiche stabilito dalla risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 24 ottobre 2007 sulla proposta di raccomandazione del Parlamento e del Consiglio sulla costituzione del Quadro europeo delle qualifiche e dei titoli per l'apprendimento permanente" COM (2006) 0479 – C6 – 0294/2006 – 2006/0163 (COD).

come "*regolamento unico*" recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice; nelle more dell'adozione, restano in vigore le linee guida e i decreti adottati in attuazione degli artt. 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111 commi 1 e 2, e, in particolare, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, in quanto compatibili con il medesimo Codice e non oggetto di procedure di infrazione ivi precisate. Il regolamento, fonte secondaria, dovrà prevedere disposizioni relative ai *lavori* riguardanti i *beni culturali*, oltre a molte altre norme per aspetti assai rilevanti, quali ad es., il responsabile del procedimento, il sistema di qualificazione e i requisiti degli esecutori dei lavori e dei contraenti generali, l'esecuzione dei contratti, il collaudo, attualmente disciplinati dal d.lgs. n. 50/2016, con inevitabili perplessità.

Dal contesto normativo emerge con evidenza che la specialità del bene e il relativo regime giuridico condizionano in modo determinante le qualifiche necessarie per l'esecuzione dell'appalto, le prestazioni e lo schema giuridico contrattuale; la specificità del settore giustifica l'*inapplicabilità* dell'istituto generale dell'avvalimento previsto dall'art. 89 del Codice dei contratti pubblici, che consente la partecipazione dell'operatore economico, singolo o in raggruppamento (art. 45) per un certo appalto, sul presupposto del necessario possesso complessivo dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale (art. 83, comma 1, lett. b e c) per partecipare ad una gara "avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi". Come è noto, l'istituto comporta la stipulazione di un contratto di avvalimento che deve contenere, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria. Tuttavia, riguardo al divieto non previsto dal previgente Codice, sono state espresse alcune perplessità[32], dato che la specifica competenza dell'operatore potrebbe essere garantita anche in caso di avvalimento, coinvolgendo più tecnici adeguati.

Quindi, la specialità coinvolge inevitabilmente il contenuto di tutti gli atti e dei provvedimenti della procedura di gara a partire dall'avvio di essa, incluso, ovviamente il bando che deve indicare tutti i requisiti di partecipazione e le norme applicabili, in quanto *lex specialis* della pro-

[32] Per il divieto di avvalimento, v. C. MALINCONICO, *Appalti in altri settori*, in M. CORRADINO-D. GALLI-D. GENTILE-M. C. LENOCI-C. MALINCONICO, *I contratti pubblici*, Milano, 2017, 1098.

cedura ad evidenza pubblica che però non può superare i vincoli stabiliti dalla legge; infatti, il legislatore disciplina in modo puntuale l'organizzazione e l'attività per l'esecuzione nonché il possesso di titoli abilitativi di carattere tecnico e amministrativo e l'obbligo della stazione appaltante di separare interventi di monitoraggio, di restauro e di manutenzione da quelli relativi alla struttura, agli impianti e agli adeguamenti funzionali, senza lasciare spazio a soluzioni diverse.

5. *Le fasi di progettazione, di esecuzione dei lavori, di aggiudicazione e i profili di specialità*

Vi sono norme speciali e alcune innovazioni anche riguardo alla progettazione per le diverse fasi e i contenuti; la disciplina non si riferisce a "settori esclusi", ma a settori speciali ("Titolo VI, Regimi particolari di appalto" nella Parte II) ed emerge una certa *convergenza di disciplina* con quella prevista per i settori ordinari, in particolare per le procedure e i criteri che in alcuni casi sono direttamente richiamati in questo regime; così per la prevalenza del criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, come stabilito per i settori ordinari oppure per le modalità di pubblicazione di avvisi e bandi, mentre il sistema di qualificazione e le procedure relative ai criteri di selezione qualitativa sono stati resi più agevoli per il carattere di specialità[33].

L'art. 147, riproducendo in parte la scelta dell'art. 203, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, conferma la regola generale dell'appalto sulla base del progetto esecutivo, che, tuttavia, può essere superata dall'affidamento di lavori mediante il progetto definitivo; in tal caso, il responsabile del procedimento accerta, per le caratteristiche del bene, la sua natura e lo stato di conservazione, l'impossibilità di esecuzione di analisi e rilievi esaustivi oppure soluzioni individuabili solamente in corso d'opera (art. 147, comma 5) e dispone, nel rispetto del quadro economico, l'*integrazione* della progettazione. Questa deroga è giustificata dalla *limitata prevedibilità* degli effetti dell'intervento e dall'impossibilità di procedere alla progettazione esecutiva prima dell'avvio dei lavori. L'applicazione della norma è delimitata e ciò esclude un'estensione

[33] Si rinvia per alcune considerazioni generali a R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1861 ss.; G. MAGGI, *Appalti nel settore dei beni culturali*, cit., 588 ss.; C. MALINCONICO, *Appalti in altri settori*, cit., 1098 ss.

dell'eccezione alla regola generale dell'art. 59, comma 1, del Codice dei contratti pubblici; in effetti, se alla complessità e all'eventuale imprevedibilità si aggiungessero elementi di semplicità e di ripetitività, solamente il progetto definitivo potrebbe essere oggetto di una gara nel settore dei beni culturali.

L'art. 147 risulta, quindi, *innovativo*[34] rispetto all'art. 203 del Codice previgente per i livelli e i contenuti della progettazione, dato che per la specialità della materia prevede una disciplina particolare, come la previsione del progetto di fattibilità che deve contenere la scheda tecnica, le ricerche preliminari, le relazioni illustrative e il calcolo sommario di spesa; inoltre, il responsabile del procedimento può ridurre i livelli di progettazione o disporre l'integrazione in corso d'opera e la figura dell'esperto restauratore di beni culturali è presente nella formazione della programmazione triennale. Per l'esame della disposizione è necessario richiamare l'art. 29 del Codice dei beni culturali da cui emerge la "conservazione programmata" mediante una coerente e coordinata attività di studio, prevenzione, di manutenzione sistematica e di restauro, aspetti che devono caratterizzare ogni intervento in questo settore per prevenire il deterioramento, mediante il controllo delle cause e i programmi di manutenzione. Quindi, per questi motivi, vi sono deroghe e *modalità speciali* per la progettazione dei lavori e di interventi speciali, soprattutto per la migliore conoscenza del bene; le novità più rilevanti riguardano i contenuti di programmazione e di pianificazione, le qualifiche professionali dei soggetti a cui è attribuita la direzione dei lavori sui beni culturali. È assai rilevante il contenuto del progetto esecutivo che dev'essere dettagliato, includendo un piano di monitoraggio, gli interventi di manutenzione, le metodologie operative, i materiali e le modalità tecnico-esecutive sulla base di indagini dirette.

L'art. 14, comma 4, del regolamento, precisa i casi in cui la progettazione esecutiva può essere omessa per i lavori su beni culturali mobili, superfici decorate, ecc., se non comportano "complessità realizzative, quali ad esempio la ripulitura ed altri interventi che presentano caratteristiche di semplicità e serialità"; inoltre, quando il responsabile unico del procedimento accerti che per la natura e le caratteristiche del bene

[34] Per questa interpretazione della norma v. A. GHIRIBELLI, *Commento*, in F. GARELLA-M. MARIANI (a cura di), *Il Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, 337 ss.; E. TRENTI, *L'ambito oggettivo di applicazione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 109 ss.

oppure per lo stato di conservazione, non siano possibili analisi o rilievi esaustivi oppure le soluzioni possono essere definite solo in corso d'opera, dispone l'*integrazione* della progettazione *in corso d'opera* a cui deve corrispondere un costo con un'adeguata copertura nel quadro economico. L'impresa esecutrice deve, ovviamente, presentare al responsabile unico la documentazione integrativa da sottoporre ad approvazione, dopo la valutazione della stazione appaltante; per i vari interventi, il responsabile del procedimento, nella fase di progettazione di fattibilità, definisce il successivo livello progettuale come base di gara e valuta motivatamente, sulla base della natura e delle caratteristiche del bene e dell'intervento di conservazione, l'eventuale riduzione dei livelli e dei contenuti dei progetti, garantendo la loro qualità per esigenze di conservazione programmata del patrimonio culturale.

Il comma 4 dell'art. 147 prevede una *novità* nel senso che i lavori indicati nel comma 3, oltre a quelli di scavo archeologico, anche subacqueo e relativi al verde storico di cui all'art. 10, comma 4, lett. f), del d.lgs. n. 42/2004 sono appaltati sulla base di un *progetto esecutivo*, mentre nella precedente disciplina in base al progetto definitivo (art. 203); quindi, la riforma ha previsto una *differenza* nel livello di progettazione da cui deriva l'indizione della gara, per la necessità di attivare le procedure ad evidenza pubblica solo se definito in modo specifico l'intervento come emerge da un progetto esecutivo. Si precisa che "di regola" è stato introdotto dal decreto correttivo d.lgs. n. 56/2017, al fine di inserire una *certa flessibilità* a fronte del requisito del progetto esecutivo come base di gara e, quindi, consentendo anche il presupposto del progetto definitivo, meno dettagliato e approfondito, nei casi previsti dal comma 5. Infatti, questo comma precisa un'eccezione alla disposizione del comma 4, consistente nella possibilità di affidare i lavori sulla base del progetto definitivo, quando risulti complesso predisporre la progettazione esecutiva prima dell'inizio dei lavori, in quanto non siano prevedibili i loro effetti e le soluzioni di progettazione siano determinabili solo in corso d'opera. La valutazione spetta al responsabile del procedimento e la ragione dipende dal fatto che proprio per i beni culturali è necessaria una *concreta conoscenza* del bene oggetto di intervento, delle sue caratteristiche e degli eventuali profili di rischio dell'intervento.

L'ultimo comma dell'art. 147, prevede il necessario coinvolgimento di un restauratore di beni culturali da parte della direzione lavori, come supporto nelle attività del responsabile unico del procedimento e del dirigente competente per la formazione del programma triennale oppu-

re di professionisti competenti indicati dall'art. 9-*bis* del Codice dei beni culturali, con esperienza quinquennale e con conoscenze tecniche coerenti con il tipo particolare d'intervento.

L'art. 15 del regolamento definisce un contenuto particolare del progetto di fattibilità tecnica ed economica, pur applicabile l'art. 23, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui questo livello progettuale deve individuare tra più soluzioni, quella che offre il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività in relazione a specifiche esigenze e prestazioni; il progetto relativo ai beni culturali deve consistere in una relazione programmatica di studio e dei metodi di intervento con elaborati grafici, come *quadro delle conoscenze* risultante dalla situazione dell'esistente mediante l'indicazione delle tipologie di indagine, dati necessari proprio per la conoscenza del bene culturale, del relativo contesto storico e dell'ambiente in cui è situato. Tra i documenti del progetto di fattibilità, vi sono la relazione generale, la relazione tecnica, la planimetria generale e gli elaborati grafici, la scheda tecnica (art. 16); questa fase comporta indagini e ricerche (ad es., analisi storico-critica, tecniche di esecuzione, diagnostica) per acquisire elementi al fine di scelte per i metodi di intervento da inserire nel progetto definitivo per la valutazione dei costi. Peraltro, in base al comma 5, per la complessità dell'intervento, il progetto di fattibilità può limitarsi alle indagini necessarie per una prima definizione degli interventi e dei costi.

È centrale per l'attuazione degli interventi la *scheda tecnica* che descrive le tecniche di esecuzione, lo stato di conservazione dei beni culturali, le eventuali modifiche, le caratteristiche del bene e le indicazioni degli interventi previsti e delle metodologie; da essa emergono le superfici decorate di beni architettonici e di beni di interesse storico artistico o archeologico e la stesura spetta ad un restauratore di beni culturali o ad un archeologo, a seconda della natura del bene, e in seguito è sottoposta al soprintendente competente che deve approvarla e, se necessario, aggiornare il provvedimento di dichiarazione dell'interesse culturale, mediante una procedura di certo non semplificata.

Proprio nella fase di progettazione di fattibilità, il responsabile unico del procedimento sulla base delle caratteristiche del bene e dell'intervento, esprime una valutazione della possibilità di ridurre i livelli di progetto e definisce i contenuti. Le ulteriori fasi progettuali seguono le regole generali del progetto definitivo ed esecutivo con alcune particolarità meglio precisate dagli artt. 17 e 18 del regolamento. Il *progetto definitivo*, che si basa sul progetto di fattibilità tecnica ed

economica approvato, ha quale fine lo *studio del bene*, dello stato di fatto con riferimento all'intero contesto anche ambientale e definisce le tecniche e le tecnologie di intervento, i materiali, gli "indirizzi culturali" e "le compatibilità fra progetto e funzione attribuita al bene"; esso contiene, infine, un giudizio generale sulle priorità e i metodi di intervento. I documenti di questa fase sono vari, ad es., le relazioni tecniche e specialistiche, gli elaborati grafici, il computo metrico-estimativo e di coordinamento. Il progetto esecutivo indica in modo dettagliato le modalità operative, le tecnologie di intervento e i materiali con i relativi documenti (relazioni specialistiche, calcoli esecutivi, capitolato speciale e schema di contratto). Vi sono norme specifiche per la progettazione di scavi archeologici (art. 19), le fasi di progetto di fattibilità, definitivo ed esecutivo, le indagini necessarie, le modalità di scavo e di conservazione dei reperti; una progettazione con requisiti specifici è, inoltre, prevista per lavori di impiantistica e per la sicurezza (20).

L'art. 21, in tema di verifica dei progetti, richiama l'art. 26 del Codice dei contratti pubblici e, per i progetti relativi a beni culturali, la stazione appaltante provvede in via diretta alle verifiche per i vari interventi tramite il soggetto che ha predisposto la scheda tecnica o un funzionario restauratore o un architetto oppure un archeologo, a seconda della natura degli interventi, se questi professionisti non abbiano partecipato alla redazione del progetto.

Circa la progettazione, direzione lavori e attività accessorie, l'art. 22 richiama l'art. 147, comma 1, del Codice dei contratti pubblici e le linee guida dell'Anac (ancora non adottate) circa l'affidamento di servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, per i lavori relativi ai beni culturali; l'attività di progettazione di fattibilità, definitiva ed esecutiva possono essere gestite anche da un restauratore di beni culturali e da altri professionisti[35] indicati dall'art. 9-*bis* del Codice dei beni culturali con specifiche competenze in linea con l'intervento e un'esperienza quinquennale nei casi in cui non sia prevista l'iscrizione ad un ordine o a un collegio professionale; questo schema vale a maggior ragione per la direzione dei lavori.

L'art. 148, comma 1, afferma un principio generale, coerente col precedente Codice, di *separata gestione* e *affidamento* degli interventi riguardanti i beni culturali: questi devono essere affidati in modo disgiunto rispetto ad altre categorie di opere, sia generali che speciali, al

[35] Si rinvia al d.m. 20 maggio 2019, n. 44; v. § 4.

fine di garantire adeguati livelli di specializzazione degli esecutori per interventi efficaci; tuttavia, è prevista una deroga quando siano necessarie attività di conservazione storica e di ordinaria manutenzione e, quindi, in tal caso l'affidamento può avvenire congiuntamente per esigenze eccezionali che il responsabile del procedimento valuta *discrezionalmente* per indire una procedura di gara unica per lavori specialistici e generici sul medesimo bene. Tra l'altro, il comma 2 stabilisce, in conseguenza del divieto di affidamento congiunto, che le lavorazioni specialistiche non possono essere assorbite in un'altra categoria o non possono essere indicate nelle lavorazioni dell'intervento, a prescindere dall'incidenza percentuale del valore complessivo degli interventi oggetto di gara. La stazione appaltante deve indicare nei documenti di gara le attività specialistiche e quelle relative al monitoraggio, al restauro e alla manutenzione, in modo separato rispetto alle attività strutturali e di adeguamento funzionale dei beni immobili tutelati in base al Codice dei beni culturali.

Inoltre, il comma 3 si riferisce agli *appalti misti* circa allestimenti di istituti e luoghi della cultura di cui all'art. 101 del d.lgs. n. 42/2004 e per la manutenzione e il restauro di ville, parchi e giardini di cui all'art. 10, comma 4, lett. f); previo *parere motivato* del responsabile del procedimento, la stazione appaltante può applicare la disciplina relativa ai servizi o alle forniture, in base ad una *valutazione qualitativa*: i servizi o le forniture devono assumere una rilevanza qualitativa prevalente ai fini dell'oggetto del contratto, a prescindere dall'importo dei lavori, in base al noto principio della "prevalenza funzionale", già stabilito nell'art. 199 del Codice precedente. Il criterio quantitativo, che si basa sul calcolo degli importi dei lavori oggetto dell'appalto, viene superato da una valutazione di *merito* espressa dal responsabile del procedimento, che dispone in diverse occasioni di ambiti rilevanti di autonomia discrezionale in questo specifico settore.

Circa l'esecuzione dei lavori, sono confermate le regole già chiaramente vigenti con il precedente art. 205 del d.lgs. n. 163 del 2006 e per le *varianti* vi sono profili di specialità: l'attuale art. 149 *distingue* tra le situazioni, nel senso che gli interventi decisi dal direttore dei lavori per risolvere profili di dettaglio e volti a prevenire e a ridurre i pericoli di danneggiamento o di deterioramento dei beni tutelati non sono ricondotti a varianti in corso d'opera, purché non modifichino una variazione superiore al venti per cento in aumento o in diminuzione rispetto al valore di ogni singola categoria di lavorazione, nel limite del dieci per cen-

to dell'importo complessivo contrattuale, se vi sia la disponibilità finanziaria nel quadro economico della stazione appaltante. Sono, inoltre, ammesse nel limite del venti per cento in più dell'importo contrattuale, le varianti che sono necessarie per quei fatti emersi in corso d'opera a causa di rinvenimenti imprevisti o imprevedibili nella fase progettuale, al fine di adeguare il progetto, e per il perseguimento degli obiettivi dell'intervento nonché le varianti giustificate dall'evoluzione dei criteri da adottare nella disciplina del restauro.

In questo settore, è obbligatoria la fase di collaudo in corso d'opera[36], disciplinata dall'art. 150 del Codice dei contratti pubblici e dall'art. 24 del regolamento n. 154 del 2017, che richiede esperti (restauratori, storico dell'arte, archivista o bibliotecario, archeologo) dotati di qualifiche di esperienza e capacità professionale con un certo numero di anni di attività e distinzioni a seconda delle categorie; per i lavori di manutenzione (art. 25), in relazione al tipo di bene e di intervento, sono previsti piani di monitoraggio e di manutenzione e può essere adeguata anche la sola perizia di spesa che contiene la descrizione del bene, il quadro economico, il capitolato speciale con la descrizione delle operazioni, l'elenco dei prezzi unitari, anche senza indagini e ricerche necessarie per i tre livelli di progettazione. È, quindi, prevista una deroga alla disciplina dei tre livelli di progettazione solamente per il caso specifico di lavori di manutenzione, se sia motivata dalle caratteristiche del bene e dell'intervento.

Il consuntivo scientifico e di vigilanza sull'esecuzione dei lavori (art. 26) rientrano nella competenza del direttore dei lavori con la documentazione prevista dall'art. 102 del Codice dei contratti pubblici circa lo stato del manufatto, le ricerche e le analisi; la relazione dev'essere trasmessa alla soprintendenza competente e dev'essere depositata presso la stazione appaltante. Durante l'esecuzione dei lavori, la stazione appaltante e l'ufficio a cui spetta la tutela del bene culturale vigilano sull'esecuzione delle opere, degli interventi di manutenzione e di restauro e sulla *costante* presenza dei requisiti di qualificazione.

La fase di aggiudicazione non è coinvolta da norme speciali per il regime di scelta e i criteri da applicare e ciò si giustifica con l'obiettivo di *uniformità* del Codice dei contratti pubblici che vale anche per il settore dei beni culturali[37]; quindi, riguardo alle procedure di scelta del

[36] V. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1871.

[37] Per i criteri di aggiudicazione, v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit.,

contraente sono applicabili gli artt. 59 ss., mentre per i criteri di aggiudicazione si applicano gli artt. 95 ss. e, in particolare, il criterio dell'aggiudicazione economicamente più vantaggiosa secondo la migliore relazione tra qualità e prezzo oppure sulla base del prezzo e del costo, con la deroga all'art. 95, comma 4 che consente l'adozione del criterio del minor prezzo per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro. Infatti, i lavori sono appaltati "di norma *a misura*, indipendentemente dal relativo importo[38]. Per i lavori di cui al presente capo, in deroga al disposto dell'articolo 95, comma 4, può essere utilizzato il criterio del *minor prezzo* per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro".

L'art. 148, comma 7, rinvia per l'esecuzione di lavori nei casi di *somma urgenza* ai presupposti generali previsti per i lavori pubblici dall'art. 163 del Codice, se dal ritardo derivi un "insanabile pregiudizio" nella prospettiva della tutela del bene e della pubblica incolumità; l'art. 23 del regolamento sembra essere, invece, un po' generico per questo aspetto, dato che il testo è identico senza precisare particolari modalità attuative.

1869 ss. Tra l'altro, circa la soglia per l'affidamento diretto, la Legge di Bilancio 2019 (art. 1, comma 912) ha previsto l'innalzamento per importi pari o superiori a euro 40,000 ed inferiori a euro 150,000 previa consultazione di almeno tre operatori economici, e per la procedura negoziata previa consultazione di almeno dieci operatori economici per importi pari o superiori a euro 150,000 ed inferiori 350,000 (art. 36, comma 2, lett. b) del Codice dei contratti pubblici).

[38] Nel precedente Codice la scelta tra il sistema di remunerazione "a corpo" o "a misura" era comunque rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, soprattutto quando l'oggetto della gara attiene al restauro di un immobile con vincolo storico-artistico o comunque con questi caratteri. Quindi, il corrispettivo "a misura" di cui all'art. 198 era già un principio generale, così come previsto dal vigente art. 59. Nell'appalto "a corpo" l'opera dev'essere dettagliatamente descritta e in questo contesto sull'appaltatore incombe il rischio delle quantità rispetto al prezzo; l'operatore può presentare un'offerta al ribasso in relazione all'importo individuato dall'amministrazione "a corpo", solamente se il progetto esecutivo include i necessari elaborati (delibera 12 novembre 2014, n. 18, dell'Anac, in *www.anticorruzione.it*). Tra l'altro, l'art. 204, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, prevedeva per i lavori relativi a beni culturali, la possibilità di contratti "a misura" per le caratteristiche dell'intervento senza limiti per l'importo, in modo diverso dalla generalità degli affidamenti di cui all'art. 53, v. parere dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici 17 luglio 2013, n. 126, in *www.anticorruzione.it.*

6. *L'accertamento dell'interesse archeologico e di ulteriori interessi pubblici sottesi ai beni culturali*

La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico è disciplinata dall'art. 25 del d.lgs. n. 50/2016, prima regolata dagli artt. 95 e 96 del d.lgs. n. 163/2016 e in linea con le precedenti disposizioni; al tal fine, in attuazione dell'art. 28, comma 4, del Codice dei beni culturali, la stazione appaltante ha l'obbligo di trasmettere alla soprintendenza archeologica competente per territorio, prima dell'approvazione, copia del *progetto di fattibilità* dell'intervento, anche in forma di stralcio, con un'indagine archeologica e geologica preliminare, sulla cui base l'amministrazione può verificare se vi siano i presupposti per ulteriori indagini per l'accertamento dell'interesse archeologico dell'area che è oggetto della fase preliminare di progettazione.

Per la procedura sono previste la fase operativa o esecutiva con approfondimenti per *livelli successivi* nell'indagine archeologica preliminare mediante varie tecniche di carattere indiretto, ad es. prospezioni geotermiche, o dirette (scavi, saggi archeologici, ecc.), con maggiore approfondimento per accertare lo stato e la rilevanza dei beni archeologici al fine di integrare il progetto di fattibilità e le necessarie conoscenze, elementi che sono il presupposto della valutazione della soprintendenza riguardo alla compatibilità dell'opera pubblica con la tutela del patrimonio archeologico da esprimere in una relazione definitiva sulla cui base adottare le necessarie misure di garanzia della conservazione, come previsto dall'art. 25, commi 8, 9 e 11. La procedura si conclude in un termine determinato secondo il criterio dell'*estensione dell'area interessata* dall'intervento che comporta ovviamente una durata relativa, ma inevitabile, considerando proprio questo aspetto concreto come il punto di partenza della verifica; l'atto conclusivo è la relazione archeologica definitiva, approvata dal soprintendente competente per territorio (art. 25, comma 9) e il contenuto consiste in una descrizione analitica sulle indagini effettuate sulla base di indicazioni precisate[39] nelle lettere a), b) e c).

[39] "a) contesti in cui lo scavo stratigrafico esaurisce direttamente l'esigenza di tutela; b) contesti che non evidenziano reperti leggibili come complesso strutturale unitario, con scarso livello di conservazione per i quali sono possibili interventi di reinterro, smontaggio, rimontaggio e musealizzazione, in altra sede rispetto a quella di rinvenimento; c) complessi la cui conservazione non può essere altrimenti assicurata che in forma contestualizzata mediante l'integrale mantenimento in sito."

Si prospetta la questione della *durata* dei procedimenti che caratterizzano la verifica preventiva dell'interesse archeologico e la nuova disciplina prevista dall'art. 25 del Codice dei contratti pubblici ha con evidenza ridotto i termini della fase preliminare a trenta giorni (art. 25, comma 3), per ridurre l'incertezza della conclusione della fase operativa; se il soprintendente, alla luce degli elementi trasmessi e delle informazioni disponibili, ravvisa l'interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, può richiedere con motivazione entro trenta giorni dal ricevimento del progetto di fattibilità (sessanta giorni per le grandi opere infrastrutturali o a rete) oppure dello stralcio, la sottoposizione dell'intervento alla procedura di verifica preventiva prevista dal comma 8, con possibilità di sospensione del termine in caso di necessaria integrazione dell'indagine archeologica mediante documenti e informazioni da parte del responsabile unico. La procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico si svolge sotto la direzione della soprintendenza competente per territorio e gli oneri sono a carico della stazione appaltante.

È stabilita la necessaria adozione di specifiche linee guida volte alla speditezza, all'efficienza e all'individuazione di procedimenti semplificati e con termini certi, al fine della tutela del patrimonio archeologico e dell'interesse pubblico collegato alla realizzazione dell'opera. È altresì prevista, entro trenta giorni dalla richiesta, la stipulazione di un accordo tra soprintendente e stazione appaltante per le modalità di coordinamento e di collaborazione con il responsabile del procedimento e gli uffici della stazione appaltante; il contenuto attiene alla complessità della procedura in relazione alla natura dei lavori e all'eventuale riduzione delle fasi, delle forme di documentazione e di divulgazione informatica dei dati dell'indagine, alle eventuali mostre ed esposizioni per la diffusione.

Per il caso particolare di insediamenti produttivi, di opere con un rilevante impatto sul territorio o di avvio di attività imprenditoriali con effetti positivi per l'economia e l'occupazione, le stazioni appaltanti possono applicare il d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194, che contiene norme di semplificazione e di accelerazione dei procedimenti amministrativi, quando vi sia una durata eccessiva del procedimento di verifica oppure se non siano stati rispettati i termini previsti nell'accordo, per ridurre la durata e attivare il potere sostitutivo del Presidente del Consiglio dei Ministri; le soluzioni prospettate in questo regolamento non sembrano in realtà semplificare e accelerare, dato che l'eventuale potere

sostitutivo comporterà il coinvolgimento della direzione generale dell'archeologia (art. 4, comma 2) che è titolare di un potere di avocazione per gli atti di spettanza del soprintendente e, quindi, potrà adottare la relazione finale entro il termine indicato dal Presidente del Consiglio, che dev'essere non superiore a quello inizialmente individuato.

È, quindi, assai evidente la questione complessa di contemperamento di esigenze di tutela del patrimonio archeologico con l'interesse pubblico alla realizzazione delle opere pubbliche inserite in programmi già approvati che richiederebbero anche misure di semplificazione delle procedura in caso di urgenza della loro esecuzione; la soluzione è intricata[40], dato che è affermato un concetto di verifica dell'interesse archeologico in via preventiva nel senso di *tutela anticipata* del patrimonio culturale (art. 25, comma 9, lett. b) e c) e comma 11) con procedure certo non agevoli, ma necessariamente approfondite, che comunque confermano la *specialità* della disciplina e gli ampi profili di *autonomia* rispetto alle norme generali previste per gli appalti pubblici.

Le regole sulla verifica preventiva dell'interesse archeologico e la soluzione della tutela anticipata derivano, come è noto, da principi già espressi nella *Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico* del Consiglio d'Europa[41], per la definizione e l'identificazione del patrimonio archeologico, le misure di protezione, la conservazione integrata e l'art. 6, punto II, lett. a), impegna gli Stati aderenti ad aumentare le risorse materiali in favore dell'archeologia preventiva anche nell'ipotesi di "importanti lavori privati di sistemazione"; peraltro, solo nel 2015, con rilevante ritardo, l'ordinamento italiano ha formalmente ratificato la Convenzione mediante la l. 29 aprile 2015, n. 57.

[40] Per alcuni aspetti dibattuti v. P. CARPENTIERI, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in *Urb. App.*, 2016, 1014 ss.; L. MALNATI, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico*, in *Aedon*, 2005, n. 3; A. L. TARASCO, *Art. 28*, *Misure cautelari e preventive*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, II edizione, 2012, 304 ss.

[41] Firmata a La Valletta, 16 gennaio 1992, dagli Stati membri del Consiglio d'Europa e da altri Stati parti contraenti della *Convenzione culturale europea* (Parigi, 19 dicembre 1954).

7. *Il regime delle sponsorizzazioni, forme speciali di partenariato e altre norme del Codice dei contratti pubblici*

L'art. 151 del Codice dei contratti pubblici completa la scelta del legislatore di razionalizzare e rafforzare il contributo dei privati volto alla conservazione e alla gestione del patrimonio culturale, risalente al d.l. n. 83 del 2014 che ha introdotto il credito d'imposta per il mecenatismo mediante l'*Art Bonus* per favorire le elargizioni liberali da parte di persone fisiche, operatori economici e del terzo settore (senza fini di lucro, *onlus*); la nuova disposizione aggiunge una rilevante facilitazione al fine di *incentivare* la *sponsorizzazione*, tipico strumento di intervento delle imprese, sia per il caso della semplice contribuzione in denaro, sia per quella "tecnica" che si caratterizza per un intervento sul bene culturale a cura e spese dell'impresa. Inoltre, l'innovazione normativa è volta a risolvere le difficoltà di applicazione da parte delle amministrazioni e dei privati circa la procedura che era prevista dall'art. 199-*bis*[42] del precedente Codice.

La nuova norma *estende* l'applicazione della disciplina generale prevista dall'art. 19 in materia di contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi o forniture, ai beni culturali e ai medesimi contratti per il "sostegno" degli istituti e dei luoghi di cultura (musei, biblioteche, archivi, aree e parchi archeologici, ecc.) previsti dall'art. 101 del Codice dei beni culturali, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione; da ciò un'estensione dell'ambito oggettivo per un sempre più ampio coinvolgimento dei privati mediante *forme speciali* di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, volte a consentire anche sul presupposto di una concessione, il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione con finalità di ricerca scientifica applicata alla tutela, la pubblica fruizione e la valorizzazione dei beni culturali immobili. Quindi, sono incluse ipotesi che potrebbero non rientrare precisamente negli interventi o nelle iniziative per beni culturali in senso tradizionale, ma che possono sollecitare un significativo interesse da parte degli operatori; così sono prospettabili forme di apporto dello *sponsor* diverse da quelle tradizionali di lavori, servizi e forniture e riconducibili alla *cura* dell'istituto o del luogo oppure di particolari esigenze anche in modo continuativo.

[42] Questa disposizione e la relativa procedura erano state introdotte dall'art. 20 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5.

L'art. 151 ha chiaramente un carattere incentivante e promozionale per favorire il più possibile il reperimento di risorse dai privati per concorrere a finanziare l'attività ordinaria degli istituti indicati; quindi, la sponsorizzazione dev'essere intesa nel senso più ampio di "sostegno" per interventi ed attività culturali in queste sedi, anche mediante un legame continuativo tra *sponsor* e istituto o luogo specifico, con prospettive di vantaggio pubblicitario più esteso. Nel d.m. del 2016 sono anche previste modalità di semplificazione e di concertazione a partire dalla fase di elaborazione di progetti di fattibilità e l'applicazione di finanza di progetto nonché particolari modalità contabili e di regime fiscale (v. § 10).

È così delineata una *nuova figura* di sponsorizzazione che potrebbe ritenersi una forma di "adozione" di beni culturali (museo, biblioteca, archivio, area archeologica, ecc.) tramite elargizioni periodiche da parte di privati che possono essere utilizzate dall'ente per spese di investimento, per spese ordinarie e di funzionamento periodico, a prescindere dal finanziamento di specifici interventi. Il "sostegno", quindi, si distingue dal tradizionale contributo dello *sponsor*, in quanto coinvolge diverse ipotesi concrete di vario contenuto, in parte da tempo sperimentate, volte alla *cura in senso ampio* del monumento; la disposizione ha chiaramente un carattere *incentivante* e di *promozione* per reperire risorse private per "sostenere" l'attività ordinaria in via concorrente con quelle pubbliche. L'amministrazione esercita in via diretta compiti di tutela e di vigilanza, di adozione di *prescrizioni* specifiche circa la progettazione, l'esecuzione delle opere e/o la fornitura, la direzione dei lavori e il relativo collaudo.

Quindi, il combinato disposto degli artt. 19 e 151 del d.lgs. n. 50/2016 da una parte equipara il regime di affidamento delle sponsorizzazioni nel settore culturale[43] a quello generale previsto per le sponso-

[43] In tema di sponsorizzazione culturale e di partenariato v. M. MATTAGLIA, *Il contratto di sponsorizzazione*, in T. S. MUSUMECI (a cura di), *La cultura ai privati, Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazione e project financing) ed altre iniziative*, Padova, 2012, 51 ss.; G. FIDONE, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 2012, n. 1-2; A. MUSSO, *La sponsorizzazione come contratto commerciale*, in *Aedon*, 2013, n. 2; G. D. COMPORTI, *Sponsorizzazione ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, 2015, n. 2; M. DE PAOLIS, *Le erogazioni liberali e il contratto di sponsorizzazione con la P.A.*, Milano, 2015, 35 ss., 315 ss. e sul procedimento di scelta dello *sponsor*, 359 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Il contratto di sponsorizzazione trent'anni dopo*, in L. DEGRASSI-V. FRANCESCHELLI, *Le industrie culturali e creative*, Mi-

rizzazioni e, dall'altra, *semplifica* le procedure di affidamento; decorso il termine di pubblicazione dell'avviso, l'amministrazione può liberamente negoziare il contratto, pur nei limiti dei principi generali di imparzialità e di parità di trattamento tra gli operatori che abbiano manifestato l'interesse e del rispetto dei casi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice. Ulteriore limite caratterizzante è la compatibilità dell'intervento con le esigenze di tutela del bene, come espressamente previsto dall'art. 120 del Codice dei beni culturali.

Inoltre, per la finalità generale di fruizione del patrimonio culturale e l'obiettivo di incentivazione della ricerca scientifica applicata alle modalità di tutela, il Ministero dei beni e delle attività culturali può elaborare forme di partenariato pubblico-privato al fine di consentire la conservazione (il recupero, il restauro, la gestione e la manutenzione programmata), l'avvio alla fruizione pubblica e la valorizzazione dei beni culturali immobili mediante procedimenti semplificati di individuazione del partner privato analoghi o in aggiunta a quelli previsti per la sponsorizzazione.

L'art. 120 del Codice dei beni culturali chiarisce il concetto di sponsorizzazione dei beni culturali da intendersi come ogni contributo, anche consistente in beni e servizi, erogato per la progettazione o l'attuazione di iniziative di tutela oppure per la valorizzazione del patrimonio culturale, con la finalità di promuovere il nome, il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dell'attività del soggetto che intende effettuare l'erogazione[44]. La sponsorizzazione può avere ad oggetto iniziative del Ministero, delle Regioni e degli enti territoriali oppure di altri soggetti pubblici o di persone giuridiche private senza fini di lucro oppure iniziative di privati per beni culturali di loro proprietà; la verifica

lano, 2017, 135 ss.; A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale*, *Modelli di gestione e finanza pubblica*, Napoli, 2017, 250 ss.; P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, 17 gennaio 2018, in *Federalismi.it*, n. 2, 2018.

[44] Circa la semplificazione delle procedure v. L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, in C. BARBATI-M. CAMMELLI-L. CASINI-G. PIPERATA-G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 237 ss. Peraltro, non essendovi un onere finanziario a carico dell'amministrazione, l'accordo, che non è un contratto passivo, non è assoggettato alla disciplina europea sugli appalti pubblici, pur necessariamente applicabili i principi del TFUE per l'economicità, l'efficacia, l'imparzialità, la parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, ma non il principio di concorrenza, come è previsto in generale per i contratti esclusi (art. 27 del d.lgs. n. 163/2006; v. Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 luglio 2013, n. 4034, in *www.giustizia-amministrativa.it*) e ora art. 4 ss. del d.lgs. n. 50/2016.

di compatibilità delle iniziative con le esigenze di tutela è di competenza del Ministero. La promozione segue la modalità di associazione del nome, del marchio, dell'immagine, del prodotto o dell'attività che è oggetto del contributo, secondo soluzioni compatibili con la natura artistica o il carattere storico, l'aspetto del bene culturale da tutelare o da valorizzare, profili che devono essere contenuti nel contratto di sponsorizzazione, così come le modalità di erogazione e le forme di controllo esercitato dal soggetto erogante riguardo all'attuazione dell'iniziativa a cui si riferisce il contributo.

È previsto un rinvio diretto alla disciplina generale per la selezione dello *sponsor* privato stabilita dall'art. 19 del Codice dei contratti pubblici che regola le sponsorizzazioni pure, tecniche e miste per lavori, servizi e forniture, di *importo superiore* a quarantamila euro; la disposizione si riferisce a forme di erogazione di denaro o accollo di debito o altre modalità di pagamento di corrispettivi dovuti che seguono una procedura assai semplificata di unica pubblicazione nel sito istituzionale della stazione appaltante per un tempo di almeno trenta giorni e di avviso di ricerca di *sponsor* per specifici interventi oppure di avvenuta ricezione di una proposta di sponsorizzazione, evidenziando in sintesi il contenuto del contratto sottoposto e l'oggetto dell'intervento. Decorso il termine di pubblicazione, il contratto può essere stipulato *senza gara* e, quindi, "liberamente", ma in coerenza con i principi di imparzialità e di parità di trattamento tra gli operatori economici interessati e con quanto previsto dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici circa la verifica del possesso da parte dello *sponsor* di requisiti generali "morali" e i casi di esclusione.

Il comma 2 dell'art. 19 precisa che nell'ipotesi di sponsorizzazione tecnica non si applicano le disposizioni (nazionali o regionali) sui contratti pubblici, ad eccezione delle norme sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La procedura semplificata di cui al comma 1 sarebbe applicabile anche in questo caso, pur sul presupposto di tecnici in possesso di requisiti soggettivi e morali per contrattare con la pubblica amministrazione; inoltre, detta procedura riguarda anche le sponsorizzazioni di servizi e forniture non strumentali a lavori, sempre per un valore superiore alla soglia di 40.000 euro.

La circolare interpretativa[45] del 9 giugno 2016, incentrata sulle novi-

[45] In *www.beniculturali.it*. La circolare è stata adottata in relazione alle novità apportate dal Codice del 2016 e, quindi, innova per alcuni indirizzi la circolare d.m. 19

tà procedurali, mentre rinvia alle Linee guida[46] di cui al d.m. 19 dicembre 2012 per le nozioni generali e le norme tecniche elaborate con riferimento all'art. 120 (non modificato) del Codice dei beni culturali, non prevede un obbligo di pubblicazione dell'avviso nel sito del Ministero; comunque l'amministrazione, prima della pubblicazione, deve esaminare l'ammissibilità della proposta per la compatibilità tra la controprestazione, le esigenze di tutela del bene culturale e l'adeguatezza tra offerta e utilità prospettata con la possibilità di migliorare le condizioni mediante richiesta di chiarimenti e di integrazioni, anche alla luce dell'istituto del soccorso istruttorio (art. 6 della legge sul procedimento amministrativo, sul responsabile del procedimento), al fine di garantire la tutela e la valorizzazione del bene culturale, come stabilito dall'art. 120 del Codice dei beni culturali; questa norma, pur inserita nel Titolo II "Fruizione e valorizzazione", Capo II sui principi in tema di valorizzazione, dev'essere *estesa* alla tutela e conservazione, mediante il contributo di soggetti privati che ricevono una "remunerazione" nel collegamento tra il loro prodotto, nome o attività e l'iniziativa particolare oggetto di sponsorizzazione, sulla base di un negozio a titolo oneroso e a prestazioni corrispettive. Come è noto, l'art. 120 si riferisce ad aspetti di compatibilità della sponsorizzazione con l'interesse culturale del bene e ai requisiti che le imprese devono possedere per poter intervenire su di essi.

In questo caso, non vi è l'esigenza di un confronto concorrenziale tra le imprese mediante una procedura di gara e, quindi, decorso il termine, l'amministrazione deve stipulare il contratto con l'impresa proponente e definire le condizioni contrattuali e le clausole accessorie, pur fermi gli elementi essenziali già precisati nell'avviso di richiesta di sponsorizzazione. Peraltro, nel caso in cui non vi siano proposte da soggetti privati, l'amministrazione può procedere ad una nuova pubblicazione dell'avviso con modifiche ad es., per le modalità di sponsorizzazione ri-

dicembre 2012 contenente linee guida, mentre conferma le nozioni di carattere generale che conservano la loro efficacia e validità. Nella circolare del 2016 sono considerati vari aspetti: la semplificazione delle procedure, la valutazione preliminare della proposta di sponsorizzazione e il *favor* per l'accoglimento di essa, la pubblicazione dell'avviso nel sito istituzionale allegando un modello, la ricerca dello *sponsor* di iniziativa ministeriale, la scelta dello *sponsor* e la stipulazione del contratto di sponsorizzazione, l'interpretazione della disciplina di cui all'art. 151 del Codice dei contratti pubblici e profili relativi al regime fiscale.

[46] In *www.beniculturali.it.*

chiesta o eventuali integrazioni per finalità di maggiore promozione per attrarre le imprese.

Nel caso di più proposte contrattuali, l'amministrazione deve effettuare un confronto concorrenziale tra l'offerta del primo proponente e quelle presentate in seguito secondo una valutazione tecnico-discrezionale dei progetti di intervento sostenuti economicamente dallo *sponsor*; per la sponsorizzazione tecnica rileva di certo l'iniziativa dell'impresa che collabora con l'amministrazione per la stesura di un progetto rispondente ad obiettivi di tutela e di valorizzazione dei beni culturali coinvolti.

La circolare del 2016 qualifica anche la modalità di "*approccio*" dell'amministrazione che dev'essere "naturalmente *aperto* e *favorevole* a definire in senso positivo l'esito di questo vaglio preventivo di ammissibilità"; peraltro, come regola generale, una proposta libera del privato, anche se da inserire in una logica favorevole, non vincola l'amministrazione ad attivare uno specifico procedimento mediante la pubblicazione dell'avviso, ma di certo *impone* una verifica preventiva di ammissibilità e di compatibilità con gli interessi pubblici tutelati dalla medesima amministrazione. Quindi, una proposta di sponsorizzazione con evidenza non accettabile per l'inadeguatezza del valore economico in relazione all'intervento oppure per le caratteristiche dell'utilizzo pubblicitario del bene culturale, può essere agevolmente non considerata, pur con l'obbligo di comunicare una decisione sintetica di rifiuto dell'amministrazione (art. 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990). Tuttavia, l'amministrazione può ragionevolmente richiedere al privato l'integrazione della proposta per eventuali lacune che siano rimediabili con integrazioni mediante il soccorso istruttorio che si basa, in questo caso, sull'evidente *favor* per la sponsorizzazione e da ciò la necessità di un esame preliminare. L'eventuale rifiuto deve essere congruamente motivato "su solide e inattaccabili ragioni oggettive", come afferma la circolare del 2016, considerata la conseguenza dell'eventuale responsabilità erariale; quindi, l'amministrazione deve valutare, mediante esercizio di *discrezionalità tecnica*, la conformità del futuro contratto alle esigenze di tutela e di valorizzazione del bene culturale (art. 120 del Codice dei beni culturali), con la possibilità di introdurre opportune modifiche, come fase di formazione del contratto mediante trattative e una "proposta condivisa" con "un ragionevole *favor* di ammissibilità"; in seguito, l'amministrazione potrà pubblicare l'avviso nel sito istituzionale[47].

[47] La circolare del 2016 prevede un modello di avviso semplificato ed essenziale, vincolante per gli uffici ministeriali.

Per la ricerca di *sponsor* privati per iniziativa ministeriale, l'amministrazione centrale deve definire in modo unilaterale il contenuto dell'avviso di esigenza di sponsorizzazione (pura e tecnica come fornitura di un servizio di illuminazione, di riscaldamento, ecc.) per un certo bene culturale, da pubblicare nel sito istituzionale mediante un "invito ad offrire", da cui devono risultare gli elementi essenziali e il tipo di promozione per l'immagine e di pubblicità, come controprestazione conseguente al contributo, per consentire all'interessato di acquisire un quadro chiaro dell'iniziativa che potrà in seguito anche essere oggetto di trattative, pur vincolanti l'oggetto e il contenuto iniziali, e di negoziazione per altri aspetti accessori. Ovviamente la scelta del tipo di sponsorizzazione ricade nella scelta di *discrezionalità-tecnica* dell'amministrazione per gli aspetti di valutazione di opportunità di una sponsorizzazione pura, che comporta per l'ente oneri di stesura del progetto e di indizione di una gara pubblica per l'esecuzione dei lavori, oppure tecnica che consente allo *sponsor* di scegliere l'esecutore con le necessarie qualificazioni, senza un obbligo di gara ma solo di vigilanza da parte dell'amministrazione. Tali valutazioni devono essere confrontate con l'intervento, i costi specifici e il valore del vantaggio pubblicitario che rappresenta la controprestazione.

Anche per questa soluzione è centrale il principio di *semplificazione* dei procedimenti per favorire il più possibile la partecipazione del privato; inoltre, il § 7 della circolare del 2016, circa la scelta dello *sponsor,* precisa che, a parte l'onere di pubblicazione della proposta dell'operatore economico, non vi è alcun obbligo di attivare una procedura competitiva, soprattutto se non vi sono ulteriori proposte; quindi, dopo la scadenza del termine di pubblicazione, l'ente pubblico può stipulare il contratto di sponsorizzazione. Tuttavia, un certo confronto concorrenziale potrà esserci in caso di verifica di più offerte in aumento che migliorano la proposta iniziale, senza particolari formalità, ma con il rispetto dei principi generali dell'UE; decorso un termine ulteriore, il contratto sarà stipulato con l'impresa che avrà offerto il finanziamento di importo più elevato senza valutazioni comparative di carattere tecnico che coinvolgano la controprestazione di vantaggio pubblicitario, per ragioni di semplificazione. Ciò è, invece, prospettabile nel caso di sponsorizzazione tecnica che per sua natura consente un apprezzamento tecnico-discrezionale di natura qualitativa e con una fase intermedia di possibile negoziazione circa l'intervento sul bene culturale che lo *sponsor* realizza e finanza, mentre non rilevano le modalità di promozione.

La libera negoziazione è prevista nel § 8 e, quindi, decorso il termine di pubblicazione, è consentita la formazione di "un accordo negoziale a formazione progressiva" circa il contenuto, le clausole e le condizioni, sulla base dei principi di parità di trattamento tra gli operatori economici e di imparzialità, dei principi civilistici di autonomia contrattuale (1322 cod. civ.) e di buona fede come correttezza nelle trattative e nella formazione del contratto (artt. 1337-1338 cod. civ.). Il presupposto di fatto è l'individuazione dell'impresa proponente e degli aspetti essenziali dell'accordo; lo *sponsor* potrebbe offrire una somma maggiore, ma è una facoltà, dato che l'unico effettivo vincolo giuridico è la proposta iniziale, a meno che vi siano altre offerte successive di altri operatori e si prospetti una richiesta di "rilancio" al rialzo da parte dell'amministrazione.

Per diversi aspetti, è ancora un riferimento il d.m. 19 dicembre 2012, dato che la circolare interpretativa[48] del 2016 rinvia ancora ad esso per le nozioni generali. Infatti, il d.m. del 2012 delinea chiaramente le distinzioni, dopo un esame del concetto generale di sponsorizzazione di beni culturali, diverso da schemi affini[49] e da accordi, e chiarisce il

[48] Tra l'altro la circolare precisa che il fine è quello di fornire, in relazione al Codice del 2016, gli indirizzi applicativi per l'attuazione della riforma ed il "potenziamento e di un auspicabile sempre maggiore utilizzo dell'istituto della sponsorizzazione", considerata la capacità di attrarre risorse private da destinare alla tutela e alla valorizzazione dei beni culturali "in cambio del *vantaggio promozionale* tratto dallo *sponsor* dall'accostamento della sua immagine al prestigioso patrimonio culturale italiano".

[49] Una prima definizione di contratto di sponsorizzazione è rilevabile nell'art. 43 della l. 27 dicembre 1997, n. 449, "Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica", circa contratti e accordi di collaborazione, per favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e per migliorare la qualità dei servizi erogati. Le difficoltà interpretative per questo schema, con diverse manifestazioni, sono state affrontate con varie soluzioni, al fine di individuare la disciplina applicabile; la soluzione negoziale ha coinvolto contratti tipici, ma è prevalsa la considerazione del contratto di sponsorizzazione come *negozio atipico* (la circolare richiama le sentenze del Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073, in *www.giustizia-amministrativa.it,* e Cass. Civ., Sez. I, 13 dicembre 1999, n. 13931, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1031) e, quindi, equiparato, ad es., all'appalto di servizi, al contratto di locazione, alla vendita, al mandato, ma con difficoltà di applicazione della disciplina. Dalla natura atipica è dipesa la difficoltà di ritenere applicabile la figura all'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione, considerata la prevalenza del principio di legalità, posizione in seguito superata in base al principio di autonomia contrattuale e all'art. 1-*bis* della legge sul procedimento amministrativo. La causa del negozio atipico di sponsorizzazione è il fine della pubblicità, obiettivo per il quale lo *sponsor* si impegna a finanziare il destinatario oppure a provvedere direttamente alle

particolare rapporto di partenariato pubblico-privato che si caratterizza per il collegamento del nome, del marchio, del prodotto e dell'immagine di un'impresa a un bene culturale o a un'iniziativa di promozione di esso, sollecitando l'interesse delle amministrazioni e degli operatori economici; si tratta, infatti, di forme di finanziamento molto interessanti per l'amministrazione, secondo una *logica aperta* e facilmente attuabile per la ricerca di risorse o di beni e servizi, sempre per le finalità istituzionali. Le imprese, del resto, non possono che essere attratte da vantaggi di natura promozionale che derivano dal collegamento tra azienda e relativi prodotti e beni del patrimonio culturale; infatti, la controprestazione come pubblicità per l'immagine dell'impresa in cambio del finanziamento di interventi, ad es. di restauro di monumenti o di altre opere, ha creato un certo "mercato" di proposte e di partecipazioni delle imprese. Quindi, la stipulazione di contratti di sponsorizzazione si è inevitabilmente estesa anche in questo settore per la conservazione e la valorizzazione del patrimonio culturale, mentre era già diffusa per lo sport e gli spettacoli; da ciò l'esigenza di un necessario confronto in un contesto di concorrenza secondo regole certe con utilità sia per l'ente pubblico, che può migliorare l'entità di contributo dello sponsor, sia per le imprese, al fine di prevenire un eventuale contenzioso e per esigenze di certezza giuridica.

Questa esigenza di regole puntuali era già emersa nell'art. 199-*bis* del precedente Codice dei contratti pubblici, per le procedure di selezione di *sponsor* nell'ambito dei contratti relativi a beni culturali[50], in-

attività richieste; l'obbligazione oggetto del contratto è di mezzi, escludendo che la mancata pubblicità sia il risultato necessariamente conseguibile, come promozione dell'immagine dello *sponsor*, e ciò distingue questa figura dal contratto di pubblicità. In quest'ultimo caso, l'evento oggetto di pubblicità rappresenta l'occasione del messaggio con finalità divulgativa come "spazio di esposizione" per incrementare le vendite dei prodotti, mentre nella sponsorizzazione emerge un collegamento con l'evento e lo *sponsor* ricava dall'iniziativa sponsorizzata una promozione ulteriore e anche prolungata nel tempo per la notorietà dell'evento che è la condizione migliore per la vendita dei prodotti, che sono, quindi, promossi indirettamente.

[50] Si rinvia anche all'art. 26 del precedente Codice dei contratti pubblici in tema di contratti sponsorizzazione e per un commento v. F. MERUSI, *Art. 26. Contratti di sponsorizzazione*, in G. F. FERRARI-G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario al codice dei contratti Pubblici*, Milano, 2013, 353 ss. Per il problema risalente delle risorse da destinare agli spettacoli musicali v. E. PICOZZA, *La funzione della musica e la risposta del potere politico*, in *Aedon*, 2011, n. 1; S. OGGIANU, *Profili istituzionali del sistema di finanziamento delle attività musicali tra trasparenza ed efficienza, tra passato e presente*, ivi.

trodotto dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, in tema di semplificazione e sviluppo; quindi, il Codice dei contratti pubblici del 2016 ammette l'iniziativa dello *sponsor* a prescindere da atti di programmazione o preparatori dell'amministrazione e il privato può precisare il contenuto della sponsorizzazione circa il bene culturale, l'intervento e l'entità del finanziamento, ma resta ferma la possibilità di ricerca di *sponsor* da parte dell'amministrazione sul presupposto di atti programmatori o comunque è inseribile in seguito in essi, previsti dall'art. 21 riguardo alla programmazione triennale dei lavori (per importi pari o superiori a 100.000 euro) e biennale circa gli acquisiti di beni e servizi (per importi pari o superiori a 40.000 euro) e relativo aggiornamento.

Per la distinzione tra norme tecniche e linee guida, il d.m. del 2012 precisa che la prima categoria riguarda le norme relative alla tutela del patrimonio culturale, così per le linee guida di attuazione dell'art. 120 del Codice dei beni culturali, per la compatibilità delle sponsorizzazioni con le caratteristiche del bene culturale da conservare o da valorizzare e per i requisiti di qualificazione delle imprese affidatarie di lavori in caso di sponsorizzazione tecnica. Mentre le linee guida devono ritenersi indicazioni interpretative delle norme vigenti e un riferimento per l'applicazione di regole relative all'affidamento dei contratti di sponsorizzazione; per questo contenuto, l'atto deve intendersi come atto di indirizzo e di direttiva per gli uffici del Ministero dei beni culturali, mentre ha carattere orientativo e interpretativo per le amministrazioni diverse e per gli enti autonomi. Il d.m. del 2012 chiarisce il meccanismo per il settore dei beni culturali, dato che la sponsorizzazione ha spazio anche in operazioni economiche complesse mediante più negozi: lo *sponsor* può operare su due fronti, tramite intermediazioni di mandatari ed agenti in relazione all'utilizzo di spazi pubblicitari e mediante imprese che eseguono l'appalto di lavori; in altre occasioni prevale il partenariato convenzionale, scientifico, di ricerca, di catalogazione e di gestione di istituti e di luoghi della cultura, secondo schemi e rapporti giuridici non facilmente inquadrabili.

In particolare, l'amministrazione può stipulare un contratto di sponsorizzazione in senso tecnico come partenariato esteso alla progettazione e alla realizzazione di una parte o di tutto l'intervento da eseguire a spese dello *sponsor* e le prestazioni potranno consistere in lavori, servizi e forniture strumentali, servizi di installazione di impianti, forniture degli arredi, servizi per l'organizzazione di mostre in istituti di cultura pubblici. Mentre nella sponsorizzazione pura, lo *sponsor* s'impegna a finanziare il pagamento di

corrispettivi dell'appalto, somme dovute dall'amministrazione[51]; la disciplina per entrambi i casi è rinvenibile nel Codice dei contratti pubblici. La terza ipotesi è la sponsorizzazione mista a cui dovrà applicarsi con riferimento ad ogni parte della procedura, la disciplina della sponsorizzazione tecnica e di quella pura, come nel caso di progettazione e di realizzazione dei lavori, in relazione alla natura e alla complessità dell'intervento; in questo caso, l'amministrazione sceglie lo *sponsor* non solo come soggetto *finanziatore*, ma anche come *esecutore*, eventualmente tramite imprese terze appaltatrici scelte dallo *sponsor*.

Il d.m. 19 dicembre 2012 è stato, quindi, in parte innovato dalla circolare 9 giugno 2016 che, per le nozioni generali, rinvia alle Linee guida contenute nel precedente regolamento, mentre precisa le modalità, in coerenza con il Codice del 2016, per quanto riguarda la proposta di sponsorizzazione, le condizioni di accoglimento, la pubblicazione dell'avviso nel sito istituzionale, la scelta dello *sponsor* e la stipulazione del contratto[52]. Inoltre, la circolare del 2012 stabilisce le modalità della programmazione e del procedimento di selezione del contraente (parte II) per la stipulazione dei contratti, la necessaria indicazione di un termine per presentare offerte in aumento e, in seguito, l'affidamento all'impresa che avrà offerto la somma più consistente. Saranno applicabili criteri solo economici, misurabili in senso matematico e non elementi migliorativi che attengono alla controprestazione "promozionale" oggetto del contratto, anche se possono caratterizzarsi per una valutazione economica e delle esigenze di fruizione e di protezione del bene culturale, principi di riferimento per le scelte amministrative in questo settore specifico. Si consideri la sponsorizzazione per il sostegno di istituti e di luoghi di cultura, di fondazioni lirico sinfoniche e di teatri di tradizione, interventi che possono attivare una rapporto costante con

[51] In materia di sponsorizzazione pura v. delibera dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, 8 febbraio 2012, n. 9, come prevista dall'art. 120 del Codice dei beni culturali, in riferimento a contributi, beni e servizi, erogati per la progettazione o l'attuazione di iniziative circa la tutela o la valorizzazione del patrimonio culturale, al fine di promuovere il marchio, l'immagine, l'attività o il prodotto dello *sponsor*; nel contratto sono indicate le modalità di erogazione, le forme di controllo esercitabili dall'erogante circa la realizzazione dell'iniziativa.

[52] Si rinvia alla Circolare Mibact 9 giugno 2016, in *www.beniculturali.it*; per questi profili v. F. DI MAURO, *Le norme tecniche e linee guida applicative delle disposizioni in materia di sponsorizzazioni di beni culturali: i tratti essenziali*, in *Aedon*, 2012, n. 3; A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Napoli, 2017, 216 ss.

l'impresa, considerato il vantaggio economico; questa soluzione potrebbe essere equiparata a quella forma di "adozione di un monumento" di un bene culturale, già nota e richiamata dalle linee guida espresse nel d.m. sulle sponsorizzazioni del 2012 nel punto I.3.3, che si caratterizza per il contributo del privato con varie modalità (denaro, forniture, lavori, servizi) volto a soddisfare completamente le esigenze di tutela e di valorizzazione del bene culturale, sulla base di un rapporto diretto, per un certo periodo di tempo più o meno lungo, come sua gestione e per interventi di ordinaria e di straordinaria amministrazione, e, quindi, come "cura del monumento e di alcune esigenze inerenti allo stesso". Questa attività, come precisa il d.m. del 2012, può essere offerta dal privato con o senza la previsione di un corrispettivo. Si tratta dello schema descrittivo di una *prassi* a cui sono riconducibili diverse situazioni concrete e non tanto di un vero e proprio istituto giuridico autonomo. In questa particolare ipotesi di sponsorizzazione, lo *sponsor* ottiene un vantaggio molto specifico e consistente nel poter "associare" la propria immagine non solo ad un intervento su un bene culturale, ma al bene medesimo; sarà, quindi, opportuno definire adeguatamente il contenuto del contratto circa il limite temporale dei diritti dello *sponsor*, al fine evitare una forma di privatizzazione di fatto dell'immagine del bene culturale pubblico.

La sponsorizzazione pura sembra essere meno attraente, nel senso che i contatti tra impresa e amministrazione sono di carattere informale, ma circa la quantificazione del finanziamento può incidere un contributo più rilevante proposto da un'altra impresa. Vi sono, inoltre, procedure di scelta dello *sponsor* più snelle e semplificate che il Ministero dei Beni culturali può promuovere per attuare forme speciali di partenariato per la manutenzione, il recupero, la gestione e la fruizione pubblica di beni immobili.

Per l'ipotesi in cui lo *sponsor* decida di realizzare i lavori, erogare i servizi e le forniture in via diretta e con spese a suo carico, è necessaria la verifica del possesso dei requisiti degli esecutori alla luce dei principi e dei limiti previsti dal diritto dell'UE ed escludendo, invece, l'applicazione di disposizioni nazionali e regionali per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; mentre vi è un'eccezione per l'applicazione di norme sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. La competenza circa l'adozione di prescrizioni spetta alla stazione appaltante, riguardo alla progettazione, all'esecuzione delle opere, alle forniture e alla direzione dei lavori e al collaudo.

È importante evidenziare la distinzione rispetto alle erogazioni liberali, dato che il contratto di sponsorizzazione, pur con caratteristiche particolari soprattutto se riferito ai beni culturali[53], si caratterizza per l'onerosità e la corrispettività delle prestazioni, elementi distintivi a confronto con le elargizioni liberali e il mecenatismo, ad es., nella forma particolare dell'*Art Bonus* o del patrocinio. In questi ultimi casi particolari, il soggetto pubblico e privato, che consente un'attività di altri sotto il suo patrocinio, non consegue vantaggi dalla circolazione pubblica del suo ruolo di patrocinatore e il contratto non ricade certo nella categoria generale dei contratti a prestazioni corrispettive, ma nello schema della donazione modale oppure della "sponsorizzazione interna", come già affermato da tempo dalla determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici del 5 dicembre 2001, n. 24, in cui emerge un interesse patrimoniale giuridicamente rilevante, ma il vantaggio pubblicitario ha carattere indiretto e non dipende dalla controprestazione da parte del soggetto che riceve il beneficio e, in tal caso, il contratto non è oneroso, ma neppure ha natura liberale[54]. Peraltro, i casi di mecenatismo possono comportare accordi accessori circa la regolazione della collaborazione secondo un rapporto di durata tra mecenate e amministrazione in relazione all'intervento sul bene culturale; questo rapporto deriva dall'atto di disposizione del mecenate e attiene alle modalità di esecuzione, ai tempi, al controllo delle condizioni e alle manifestazioni di riconoscimento non economico e morale per il mecenate.

A parte il rinvio alla disciplina generale con le conseguenze giuridiche che abbiamo visto, l'art. 151, comma 3, è *aperto* anche a *nuove forme* di partenariato e di coinvolgimento dei privati nella gestione dei beni culturali[55]; sono, quindi, consentite ulteriori procedure più snelle e

[53] In ogni caso, anche il contratto di sponsorizzazione disciplinato dall'art. 43 della l. n. 449/1997 (modificata dalla l. n. 10/2013) è atipico, così la fattispecie prevista dall'art. 26 del d.lgs. n. 163/2006 riconducibile alla categoria degli appalti esclusi per i quali sono applicabili in via esclusiva l'art. 27 e le norme richiamate nell'art. 26 e negli artt. 42-43 come criteri che impongono *requisiti speciali* provati con documenti, come affermato da Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 novembre 2013, n. 5378, in *www.giustizia.amministrativa.it*, interpretazione che può ritenersi valida anche per il Codice vigente. Per le distinzioni tra mecenatismo e sponsorizzazione v. S. ANTONIAZZI, *Conservazione dei beni culturali e mecenatismo*, cit., 895 ss.

[54] In *www.anticorruzione.it.*

[55] In tema di sponsorizzazione e di altre forme di partenariato pubblico-privato v. R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici*, cit., 1873 ss. e per una particolare ipotesi di sponsorizzazione in relazione al programma straordinario per l'area archeologica di

semplificate volte alla scelta dello *sponsor* che il Ministero dei Beni culturali può promuovere per attuare *forme speciali* di partenariato per la manutenzione, il recupero, la gestione e la fruizione pubblica di *beni culturali immobili* e, più in generale, per la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire la ricerca scientifica in questo settore. Questa finalità è l'elemento che distingue la disciplina sul partenariato pubblico-privato di cui agli artt. 180 ss. del Codice dei contratti pubblici in cui ricadono la concessione di costruzione e gestione, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la finanza di progetto, il contratto di disponibilità e la concessione di servizi. Inoltre, il fine espresso rappresenta un chiaro presupposto giuridico per le forme atipiche di partenariato non facilmente inquadrabili, pur già utilizzate per favorire un'ampia partecipazione di soggetti privati mediante enti *no profit* (fondazioni, associazioni) interessati ad interventi di valorizzazione e di gestione dei beni.

Sulla base dell'art. 151 del Codice dei beni culturali, che è *norma aperta* a nuove soluzioni, le attività di conservazione, di valorizzazione e di gestione del bene culturale possono essere destinatarie di finanziamenti mediante sponsorizzazioni, raccolte di fondi e di erogazioni liberali di diversa provenienza privata ed eventuali altre forme innovative di incentivazione che si aggiungono alla valorizzazione integrata e ai piani strategici, istituti disciplinati dal Codice dei beni culturali, per una politica variegata di soluzioni.

Per finalità di fruizione e ricerca scientifica applicata alla tutela, sono ammesse forme *speciali* di partenariato pubblico-privato (art. 151, comma 3), chiaramente diverse da quelle riconducibili agli artt. 180 ss. del Codice dei contratti pubblici, e finalizzate alla conservazione e alla valorizzazione di beni culturali immobili, mediante le forme semplificate esaminate, l'intreccio di cause negoziali (servizi di assistenza museale, consulenza organizzativa, aziendale, di pubblica fruizione) e di finalità economiche, rapporti di cooperazione dinamica anche di durata, al fine di garantire adattabilità ad esigenze concrete; si consideri, ad es., la collaborazione scientifica mediante accordi con musei stranieri (art. 67 del Codice dei beni culturali) per l'esposizione di opere, oppure per la ricerca specialistica di nuove tecnologie di restauro o ricerche di archeologia sulla base di concessioni di cui all'art. 89, gli accordi con le fondazioni bancarie (art. 121) per il finanziamento e l'organizzazione

Pompei v. 1875 ss.; C. MALINCONICO, *Appalti in altri settori*, cit., 1101 ss.

dell'esecuzione di progetti di restauro e di valorizzazione di beni culturali.

Infine, si ricollega al tema esaminato, la gestione dei beni culturali, che include interventi di restauro e di manutenzione, tramite una particolare *concessione in uso* di beni culturali del demanio dello Stato, di Regioni e degli enti locali, a soggetti privati per sollecitare l'iniziativa economica privata, verso il pagamento di un canone di entità modesta fissato dagli organi competenti, dato che il concessionario deve realizzare a proprie spese interventi di restauro e di conservazione[56]. L'ipotesi è prevista dal combinato disposto degli artt. 106 e 57-*bis* e secondo le condizioni stabilite dal d.m. 6 ottobre 2015; la fattispecie consiste in una concessione di uso/gestione e di restauro equiparabile ad una finanza di progetto applicabile ai beni culturali che risale ai commi 303-305 dell'art. 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005).

La soluzione di concessione pubblica di beni culturali può riguardare non solo le proprietà del demanio statale con riferimento al Ministero dei Beni culturali, ma i beni di ogni amministrazione con alcune particolarità; le fattispecie consistono nella fruizione individuale prevista dagli artt. 106-107 del d.lgs. n. 42/2004, nella concessione d'uso di beni culturali realizzata sulla base del combinato disposto degli artt. 55-56 e 57-*bis* del d.lgs. n. 42/2004 e nelle concessioni degli immobili del demanio culturale dello Stato per i quali non è previsto un canone e che necessitano di interventi di restauro, in base all'art. 1, commi 303-305, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 e del d.m. 6 ottobre 2015. La fruizione individuale dei beni culturali consiste nell'uso individuale prolungato nel tempo per esigenze non temporanee di cui all'art. 106 del Codice dei beni culturali, che richiede un'autorizzazione del Ministero per le concessioni in uso di beni culturali non ministeriali e in consegna a Regioni e ad altri enti pubblici territoriali; mentre per la concessione di breve durata, le modalità sono decise con autonomia dal singolo ente territoriale. L'art. 107 disciplina la riproduzione, a fronte di un corrispettivo, e l'uso strumentale e precario dei beni culturali per finalità

[56] Circa gli aspetti giuridici ed economici delle concessioni d'uso dei beni culturali pubblici si rinvia a A. L. TARASCO, *Il patrimonio culturale, Modelli di gestione e finanza pubblica*, cit., 183 ss. Per un caso di concessione in uso di un bene culturale demaniale ad un ente ecclesiastico v. S. ANTONIAZZI, *op. ult. cit.*, 909 ss.

transitorie, quali, ad es., mostre, singoli concerti, spettacoli di vario genere, ambienti cinematografici, ed è previsto un canone di concessione.

8. *Considerazioni conclusive ed interpretazione della disciplina speciale nella prospettiva di necessaria collaborazione con i privati per la tutela e la valorizzazione "economica" dei beni culturali*

Dall'esame della disciplina speciale emerge con evidenza che gli interventi sul patrimonio culturale si distinguono per la stretta connessione tra puntuale conoscenza del bene e attività esecutiva ed è proprio durante la realizzazione dell'intervento che si perfeziona l'approfondimento della conoscenza del bene circa l'intrinseco valore culturale, la qualità della conservazione, la struttura, la materia e le eventuali valutazioni di rischio. Peraltro, le ricerche specifiche mediante archivi, approfondimenti bibliografici, indagini di superficie e innovative tecniche consentono di individuare con una significativa sicurezza le aree di interesse archeologico, tuttavia l'assenza di informazioni specifiche non esclude con altrettanta certezza che le aree siano prive di reperti archeologici, considerata la frequenza di scoperte in assenza di chiari riferimenti. Del resto, nella prassi le indagini preliminari non consentono di formulare una valutazione certa che escluda a priori rischi di carattere archeologico e, di conseguenza, il soprintendente richiede approfondimenti di indagine, dato che bastano elementi sufficienti a fondare un'iniziale probabilità, da intendersi come *fumus*, circa la sussistenza di un interesse archeologico dell'area e di eventuale rinvenimento di reperti[57], con conseguenze inevitabili circa il protrarsi del procedimento che non può per sua natura essere oggetto di un'effettiva semplificazione.

La specialità delle norme è chiaramente giustificata dalla "specialità" del bene oggetto dell'intervento e da ciò derivano le esigenze di un approfondito studio preliminare delle caratteristiche, che si estende alla fase di esecuzione dei lavori con forme specifiche di controllo, e di professionalità specialistiche con requisiti previsti da norme di legge e di regolamento, al fine di un'adeguata tutela, conservazione e valorizzazio-

[57] Circa le valutazioni che sono presupposto di vincoli archeologici, la giurisprudenza non ritiene necessario che in tutte le aree interessate vi siano ritrovamenti, ma è sufficiente che i dati rilevati possano fondare la ragionevole conclusione che il sottosuolo contenga ulteriori reperti da scoprire, così Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2015, n. 999, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

ne, obiettivi definiti dal Codice dei beni culturali; tuttavia, alcune questioni interpretative esaminate meriterebbero un intervento chiaro del legislatore nell'intento di favorire il più possibile la realizzazione degli obiettivi di conservazione e di valorizzazione con regole integrative delle norme essenziali previste dagli artt. 145-151 del Codice dei contratti pubblici (pur considerata la disciplina di dettaglio *ex* d.m. 22 agosto 2017, n. 154), al fine di meglio precisare la disciplina complessiva che include norme generali sugli appalti e disposizioni del Codice dei beni culturali.

Il tema della sponsorizzazione, regolata dalla disciplina del Codice dei contratti pubblici e del Codice dei beni culturali, si ricollega al mecenatismo in senso ampio ed impone una riflessione sul *maggiore coinvolgimento* dei privati in un contesto di limitate risorse pubbliche, anche favorendo ulteriormente l'applicazione degli istituti esaminati. Assai rilevante la fase precontrattuale della negoziazione tra ente pubblico ed eventuale *sponsor*, al fine di definire i contenuti del contratto e l'entità della somma che dev'essere proporzionale agli obiettivi, prima dell'avvio della procedura semplificata che precede la scelta dello *sponsor*. Tra l'altro, si prospetta il problema del contenuto della *motivazione* espressa dall'amministrazione in caso di rigetto della proposta del privato, a meno che si tratti di somme di denaro esigue oppure se l'effettivo contributo agli interventi non sia rilevante o se sia incompatibile con la destinazione storico-artistica del bene; di certo l'amministrazione dovrà effettuare una ponderazione di interessi pubblici e privati, in modo da evidenziare che essa potrà comunque soddisfare adeguatamente le necessità di tutela e di valorizzazione del bene *senza* l'utilizzo di finanziamenti privati.

Questi aspetti si inseriscono in una nuova visione di valorizzazione "integrata[58]" che comporta una prospettiva complessiva degli interventi programmati sulla base di accordi strategici di valorizzazione dei beni culturali volti a definire le politiche strategiche coinvolgendo soggetti privati qualificati singoli o associati, sul presupposto degli artt. 111-112 del Codice dei beni culturali, alla luce del principio di partecipazione dei privati (art. 6, comma 3) e dei principi di coordinamento, armoniz-

[58] Per approfondimenti v. S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 403 ss.; per esperienze precedenti di accordi di valorizzazione e conseguenti programmi strategici si rinvia a G. SCIULLO (a cura di), *Beni e attività culturali: federalismo e valorizzazione*, Roma, 2012.

zazione ed integrazione (art. 7, comma 2); queste possibilità sono riconducibili a forme particolari partenariato pubblico-privato[59], come strumento di collaborazione di attività e di esperienze rilevanti per l'apporto finanziario e tecnico-professionale, di individuazione di obiettivi, di idee e di forme di gestione, al fine della valorizzazione dei beni culturali con concrete possibilità di integrazione tra sistema economico del territorio e patrimonio culturale e di possibile affermazione dell'*impresa culturale*[60].

Il contesto è chiaramente in fase di evoluzione nel senso di un *sistema misto* che coinvolge di necessità i privati: più precisamente, i soggetti pubblici collaborano con gli operatori economici privati e il settore del *no-profit* per l'offerta di servizi nel settore dei beni culturali; i privati non assumono una posizione di contrasto a fronte dell'esercizio del pubblico potere, ma, al contrario, cooperano con i pubblici poteri mediante azioni più efficienti superando le carenze di risorse e di ruoli efficaci per l'esercizio di compiti istituzionali degli enti pubblici. A parte i benefici concreti conseguenti ad una maggiore diffusione di posizioni private nell'esercizio di funzioni pubbliche, mediante diversi schemi giuridici e forme di finanziamento, si prospetta, tuttavia, il rischio di

[59] In tema di partenariato pubblico-privato v. S. GARDINI, *op. cit.*, 416 ss.

[60] Per questo nuovo schema in cui vi sono i soggetti pubblici titolari di competenze per il patrimonio culturale e le imprese, con possibilità di raccordo tra essi mediante forme di collaborazione, v. M. CAROLI, *Gestione del patrimonio culturale e competitività del territorio*, Milano, 2016, 114 ss., spec. 115. Per il collegamento tra patrimonio e sviluppo economico, politico e sociale, si rinvia a G. VOLPE, *Un patrimonio italiano*, Novara, 2016, 40 ss.; in generale, nella prospettiva economica v. M. MANTOVANI, *Lezioni di economia pubblica dei beni culturali*, Torino, 2008; M. RISPOLI-G. BRUNETTI, (a cura di) *Economia e management delle aziende di produzione culturale*, Bologna, 2009; G. MAGNANI, *Le aziende culturali, Modelli manageriali*, Torino, 2014; G. BOSI, *Lo statuto giuridico dell'impresa culturale italiana*, in *Aedon*, 2014, n. 3.; F. BIFULCO-T. RUSSO SPENA, (eds.), *Managing cultural heritage*, Milano, 2016; G. BOSI, *L'impresa culturale. Diritto ed economia delle attività creative*, Bologna, 2017; M. CAMMELLI, *Qualche appunto in tema di imprese culturali*, in *Aedon*, 2017, n. 2. Circa la riconducibilità dell'impresa culturale all'impresa pubblica in presenza di interessi pubblici, del modello privatistico e di mercato che crea "un valore aggiunto" e non profitto economico immediato. v. G. LEMME, *Il "mercato" della cultura*, in G. LEMME, (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Milano, 2018, 452 ss.; per una posizione assai critica circa la riconducibilità dei beni culturali a concetti aziendalistici e di mercato e all'impresa dei beni culturali, v. S. SETTIS, *Italia s.p.a.*, cit., 94 ss. Per l'anno europeo 2018 del patrimonio culturale e il settore della cultura come "motore di sviluppo economico" v. A. O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon*, 2018, n. 2.

un'effettiva sostituzione delle risorse pubbliche con quelle private come regola generale per un settore che per tradizione ha natura pubblicistica, come emerge chiaramente dall'art. 9 Cost.

La più recente legislazione tende, quindi, a potenziare la sponsorizzazione e a coinvolgere maggiormente i privati, dato che l'art. 151, comma 3, del Codice dei contratti pubblici consente forme speciali di partenariato pubblico-privato e l'art. 115 del Codice dei beni culturali definisce la gestione diretta e indiretta con varie soluzioni; ciò è in linea con le esigenze concrete emerse nella prassi per i rapporti di partenariato di durata con varie cause e diverso oggetto. Questo orientamento era già evidente nell'art. 12, comma 2, del d.l. n. 91/2013 (convertito nella l. n. 112/2013), secondo cui al Ministro spettava la definizione di nuove forme di coinvolgimento dei privati nella valorizzazione e gestione dei beni culturali, norma in seguito abrogata dal d.l. n. 83/2014. Nella pratica sono state elaborate figure particolari di non facile qualificazione giuridica per la diversità di tipologie, di cause del negozio e di finalità economico-sociali, non riconducibili al partenariato contrattuale (artt. 180 ss. del Codice dei contratti pubblici), e che attualmente, invece, avrebbero un riconoscimento nell'art. 151, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

È possibile, inoltre, richiamare gli accordi di valorizzazione previsti dall'art. 112 del Codice dei beni culturali, dato che le nuove forme di partenariato potrebbero inserirsi in essi in relazione agli organismi di programmazione culturale, come contributo di proposte e di soluzioni nella fase di definizione della strategia e della programmazione della valorizzazione di competenza degli enti pubblici coinvolti; di certo, questa forma di partenariato dev'essere considerata distinta da quella di applicazione generale prevista dagli artt. 180 ss. del Codice dei contratti pubblici[61], proprio perché si caratterizza per la gestione di un bene o di un'area culturale. Ciò emerge dalla circolare ministeriale Mibact del 9 giugno 2016 che *distingue* tra il partenariato come *figura generale*, in quanto fattispecie complessa in cui il finanziatore realizza e gestisce

[61] Per approfondimenti v. M. P. CHITI, *La nuova direttiva concessioni e il partenariato pubblico privato*, in C. FRANCHINI-F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015, 147 ss.; S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali*, *Esperienze nazionali e modello europeo,* Napoli, 2017, 1-39 e per riferimenti di comparazione 41 ss.; ID., *Società di economia mista: caratteri generali, la diretta influenza del modello delineato dall'Unione Europea e alcune esperienze nazionali*, in *Anuario del Gobierno Local 2018*, 2019, 207 ss.

un'opera pubblica con finalità di remunerazione, a cui si applicano le norme sulle procedure ad evidenza pubblica, e la *figura speciale* di cui all'art. 151, comma 3, con la finalità particolare di *assicurare la fruizione* del patrimonio culturale e *favorire* la ricerca scientifica applicata alla tutela, mediante l'individuazione del partner con procedure semplificate, simili a quelle previste per la sponsorizzazione o in forma diversa e ulteriore. Inoltre, le forme speciali di partenariato evidenziano un carattere *quasi associativo*, dato che comportano una *collaborazione comune* per la gestione di un determinato sito culturale, per varie attività di ricerca, studio, di restauro, di valorizzazione e di pubblica fruizione, e dal rapporto emerge una struttura organizzativa con forme di incontro tecnico e di comitati con una composizione mista che include il soggetto privato a cui spettano compiti di indirizzo e di controllo della fase esecutiva.

Per la gestione dei beni culturali occorre riferirsi all'art. 115 del Codice dei beni culturali che prevede la possibilità per l'amministrazione di adottare una forma di gestione diretta oppure indiretta mediante concessione a terzi selezionati con una procedura ad evidenza pubblica e una valutazione comparativa dei progetti presentati; peraltro, se ai soggetti di programmazione culturale (elaborazione e sviluppo di piani strategici, v. art. 112, comma 5) sono conferiti beni dalle amministrazioni competenti per la valorizzazione, essi possono assumere anche il ruolo di concedenti con compiti di controllo e di vigilanza.

L'art. 112 regola la concertazione nella forma di accordo (comma 9) tra enti pubblici e parti private per la predisposizione di *servizi strumentali comuni* aggiuntivi[62] (editoria, didattica, materiale informativo, riproduzione di beni culturali e commercializzazione, audiovisivi, biglietteria e informatica, ristorazione, servizi relativi a beni librari e archivistici, servizi di accoglienza, organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, iniziative promozionali, ecc.) che l'art. 117 definisce *servizi di assistenza culturale* e *di ospitalità per il pubblico* come attività *ausiliarie* che contribuiscono alla qualità del settore e all'offerta di servizi[63] per una

[62] V. L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, cit., 224 ss.

[63] Per la fruizione dei beni culturali secondo una prospettiva di *servizio* e di aspirazione ad una qualità elevata v. S. BARILE, *Verso una novata ipotesi di rappresentazione del concetto di bene culturale*, in G. M. GOLINELLI (a cura di), *Patrimonio culturale e creazione di valore*, Padova, 2012, 75 ss. Si consideri il d.l. 20 settembre 2015, n. 146, "Musei e luoghi della cultura servizi pubblici essenziali", convertito nella l. 12 novembre 2015, n. 182; la circolare 23 marzo 2009, n. 49, circa le linee guida in materia di af-

migliore fruizione dei beni culturali e maggiori entrate da destinare ad interventi di tutela e di valorizzazione. Questi servizi *aggiuntivi* sono stati inizialmente previsti dal d.l. n. 433/1992 (conv. nella l. n. 4/1993) e possono essere attivati presso i luoghi o gli istituti della cultura, per le finalità precisate, ma dal 2008 sono stati ridefiniti "servizi per il pubblico", analogamente alla definizione del Testo Unico del 29 ottobre 1999, n. 490, sui beni culturali e ambientali, come "servizi di assistenza culturale e di ospitalità". Nel contesto attuale del Codice vigente in cui le attività di valorizzazione sono definite dall'art. 111 e le attività per la fruizione sono precisamente classificate come servizio pubblico o servizio privato di utilità sociale, in relazione al carattere della cultura, sarebbe forse più appropriata l'espressione *servizio aggiuntivo*. Probabilmente sarebbe opportuno intervenire sul contenuto dei servizi di cui all'art. 117 del Codice dei beni culturali da cui emergono varie attività riconducibili alla *valorizzazione* in senso proprio, ad es., mostre e altre iniziative culturali, e, tra l'altro, i casi richiamati non si caratterizzano per una medesima natura giuridica, in considerazione delle attività gestite mediante un'impresa con i relativi rischi. Alcuni profili critici riguardano le modalità di affidamento dei servizi aggiuntivi, per alcuni aspetti inerenti all'appalto ed altri relativi alla concessione e, in tal caso, assume rilievo il criterio della prevalenza delle attività che sono oggetto dell'affidamento, anche secondo la giurisprudenza amministrativa[64]. Quindi, la

fidamento in concessione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico negli istituti della cultura statali.

[64] Si rinvia a Cass. Civ., Sez. Un., 9 dicembre 2015, n. 24824, in *Foro amm. CdS*, 2016, 11; le considerazioni che emergono attengono alla vicinanza di caratteri tra appalto e concessioni, dato che i servizi, ad es., di ristorazione o di caffetteria avrebbero natura concessoria, mentre l'affidamento di altri servizi ad es., biglietteria o di vigilanza, non ricadono di necessità nella concessione, ma sono meglio riconducibili all'appalto di servizi pubblici nel senso che l'amministrazione acquisisce utilità da soggetti privati e a favore di terzi, in cambio di un corrispettivo. Così il Cons. Stato, Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), che ha chiarito come gli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali si riferiscano ad una gestione integrata come modalità di erogazione dei servizi sulla base di un rapporto unitario; ciò emerge dalle norme: l'art. 117, comma 5, secondo cui i canoni di concessione dei servizi sono incassati e ripartiti *ex* art. 110, che regola unitariamente il versamento di proventi che derivano dalla vendita di biglietti di ingresso, di canoni di concessione e di corrispettivi per la riproduzione di beni culturali. Peraltro, l'art. 110, comma 3, prevede espressamente la destinazione dei proventi che derivano dai biglietti ad interventi di conservazione, per la sicurezza dei luoghi (art. 29), all'espropriazione e all'acquisto di beni culturali anche mediante l'esercizio della prelazione. Inoltre, in essa è precisato che la scelta di gestione indiretta

natura giuridica del servizio aggiuntivo non dipende certo dalla procedura di gara adottata, ma dal rapporto concreto tra amministrazione e privato, senza che vi siano obblighi di adozione di sistemi particolari di affidamento congiunto, ad es. il *global service*, come in effetti è confermato dall'abrogazione di norme di imposizione in tal senso[65].

Per l'organizzazione e la gestione di servizi aggiuntivi possono essere adottate *soluzioni pattizie* mediante accordi e piani strategici, che si caratterizzano per l'autonomia in quanto attivabili con modalità indipendenti; di certo, essi consentono una fruizione in senso più ampio e entrate più rilevanti per le amministrazioni coinvolte, favorendo la conservazione e le forme ulteriori di valorizzazione, ma sul presupposto di una presenza significativa di visitatori anche in relazione alle dimensioni dei luoghi culturali, non sempre attraenti per un numero considerevole di persone. Quindi, vi sono alcune questioni critiche: l'attivazione di servizi aggiuntivi non è sempre garanzia di introiti maggiori per l'amministrazione; inoltre, le concessioni attribuite per la gestione sono spesso prorogate senza particolari limiti ed emergono dubbi sull'opportunità di esternalizzare i servizi come regola generale, dato che si tratta di funzioni pubbliche che potrebbero essere esercitate in forma diretta. Si prospetta anche un'esigenza di qualità e di livelli minimi uniformi delle prestazioni, materia disciplinata di recente da un atto del Ministero per il settore dei musei e dei luoghi della cultura di appartenenza pubblica e l'attuazione del Sistema museale nazionale[66].

In questa direzione di gestione diretta, si è orientato il d.l. n. 83/2014 (conv. nella l. n. 106/2014), con l'art. 14, comma 2, che ha attribuito la prevalenza alla gestione diretta dei servizi di cui all'art. 117, comma 2, del Codice dei beni culturali, dato che in concreto il sistema delle concessioni previa gara, per la puntuale valutazione della sostenibilità economica e di una necessaria programmazione di valorizzazione,

con atto di concessione ai sensi dell'art. 115, comma 3, è volta all'interesse pubblico sulla base di un'operazione in cui prevale l'aspetto finanziario, nel senso che devono essere garantiti quegli incassi che potrebbero conseguire da una gestione diretta. Circa la necessità di una gara pubblica per l'affidamento di servizi museali aggiuntivi (artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali), già TAR Lazio, Sez. II, 28 settembre 2005, n. 7590, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[65] Così l'art. 14 del d.l. n. 159/2007 (conv. nella l. 222/2007) è stato abrogato dall'art. 8 del d.l. n. 64/2010 (conv. nella l. 100/2010), che imponeva l'affidamento in forma integrata dei servizi di cui all'art. 117.

[66] Si rinvia allo specifico d.m. 21 febbraio 2018, n. 113.

non appare particolarmente attraente per le imprese, considerando l'assenza di spazi adeguati indicati dall'ente pubblico, ad es. per l'organizzazione di mostre[67].

In conclusione, le figure contrattuali che possono coinvolgere i beni culturali sono varie e non limitate a quanto previsto dagli artt. 145-151 del Codice dei contratti pubblici, ed è necessario considerare alcune categorie già introdotte dal Codice dei beni culturali; è evidente l'assenza di una certa unitarietà e di coordinamento nel sistema che si caratterizza per distinte denominazioni e discipline di istituti che, in alcuni casi, appaiono simili per i contenuti. Neppure è ravvisabile un'impostazione unitaria per la programmazione della valorizzazione, considerati i frequenti richiami ad accordi, provvedimenti e a protocolli con l'inevitabile aggravamento del procedimento che, invece, potrebbe seguire la linea più sintetica degli accordi definiti nell'art. 112 del Codice dei beni culturali.

Peraltro, prevale una sostanziale distanza tra la disciplina del Codice dei beni culturali e le concrete manifestazioni di valorizzazione[68] che si basano sulla stipulazione di contratti pubblici, nel senso che emerge

[67] L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, cit., 227. Per l'organizzazione di mostre l'Autore precisa l'esigenza di distinguere i profili "creativo", di verifica della scientificità e della programmazione, che devono spettare all'ente pubblico, dall'organizzazione che può essere oggetto di convenzioni con soggetti privati concessionari per le iniziative concrete, mediante condizioni chiare per il sostegno finanziario e le modalità di gestione. Quanto alle gare, si consideri *Ales* (società pubblica *in house* del Ministero dei beni culturali) nelle cui competenze rientrano i servizi museali, e *Consip* s.p.a. come unica centrale di committenza, pur con recenti problematiche di gestione.

[68] Peraltro, la valorizzazione può essere riferita ai beni culturali e al patrimonio pubblico di cui essi fanno parte, nel senso della maggiore fruizione dei beni, come tutela dei beni e promozione della cultura (art. 9 Cost.), e di carattere economico-finanziario per il secondo riferimento; per questi aspetti v. G. SEVERINI, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2013, 238 ss. L'Autore, tra l'altro, evidenzia che, nonostante la competenza concorrente delle Regioni per la *valorizzazione dei beni culturali* e ambientali e la *promozione e organizzazione di attività culturali* (art. 117, comma 3, Cost.), non vi sono leggi regionali significative e diffuse, con dubbi riguardo alla necessità di questa materia. In effetti, in base al Codice, la valorizzazione è necessaria, ma libera nei fini e nell'adozione di strumenti consensuali, senza che sia essenziale l'iniziativa pubblica o privata; tuttavia, nel primo caso si tratterebbe di *servizi pubblici* e nel secondo di iniziativa libera volta a finalità culturali e sociali. Con riferimento all'art. 9 Cost., circa l'inesistenza di un monopolio dello Stato sulla cultura v. F. MERUSI, *Principi fondamentali, Art. 9*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975, 441 ss.

l'assenza di criteri unitari per definire le fasi e le azioni strategiche, considerati anche i diversi settori coinvolti; inoltre, è evidente la necessità di personale qualificato per applicare istituti complessi, come il partenariato pubblico-privato che garantirebbe il coinvolgimento di operatori privati con possibilità di partecipazione e di controllo.

L'adozione di modelli contrattuali per interventi di conservazione e di valorizzazione presuppone un'adeguata conoscenza tecnica del bene culturale anche in relazione al territorio in cui ha sede; ciò favorisce l'individuazione della migliore strategia per gli aspetti culturali ed economici, come punto di partenza per l'attuazione delle iniziative. In questo contesto opererebbe meglio un'amministrazione dei beni culturali intesa non in senso tradizionale, come potere amministrativo centrale insediato territorialmente in tutte le Regioni, ma secondo una visione realmente *innovativa* e *aperta* per il coinvolgimento di soggetti pubblici e privati del territorio, al fine di obiettivi di sviluppo economico e di fruizione dei beni culturali presenti. Le soluzioni di realizzazione possono essere varie: forme di accordo e di intese disciplinate dal Codice dei beni culturali, la *cooperazione*[69] *strutturale* tramite società miste, fondazioni e consorzi (artt. 112, comma 5, e 115), modalità complesse per una programmazione negoziata, che può essere di applicazione generale oppure tramite singoli accordi (ad es., con le fondazioni bancarie), e la *cooperazione funzionale* che si caratterizza per diversi soggetti con attività in comune e progetti di valorizzazione, definiti mediante protocolli di intesa e obblighi previsti da accordi, pur con rilevanti incertezze interpretative e di instabilità degli istituti previsti in assenza di una politica di base chiara e continuativa.

Questa recente impostazione si avvicina al concetto privatistico ed economico di *impresa culturale*[70] che esercita attività creative in un certo territorio, soluzione che potrebbe caratterizzarsi per una significativa diffusione anche nella forma di società a partecipazione pubblica, sulla base di una politica di evoluzione delle modalità organizzative, di alleanza tra pubblico e privato, tra beni culturali ed economia[71], di ampia

[69] Si rinvia a M. CAMMELLI, *Cooperazione*, in C. BARBATI - C. CAMMELLI - L. CASINI- G. PIPERATA - G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, cit., 285 ss.

[70] V. nota 60.

[71] Per alcuni interessanti riferimenti v. P. ASPRONI, *Privati, imprese, enti e cultura*, in T. S. MASUMECI (a cura di), *La cultura ai privati*, *Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Padova, 2012, 177 ss.; si considerino anche le piattaforme di *crowd funding* attivate dai cittadini, esperienza simile

considerazione del valore immateriale economico[72] e di risorsa per lo sviluppo economico[73].

all'azionariato diffuso della *Société des Amis du Louvre* con molti soci aderenti e possibilità ampie di detrazioni di tasse, soprattutto per le imprese, a seguito di donazioni al museo. Infine, per le conseguenze del d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85, in tema di federalismo demaniale, che ha consentito l'attribuzione di beni statali culturali alle autonomie locali e il passaggio al patrimonio disponibile con la possibilità di gestirli in forma diretta o indiretta coinvolgendo privati, ma sul presupposto di accordi di valorizzazione e di tutela, v. A. L. TARASCO, *Diritto ed economia nella gestione del patrimonio culturale*, ivi, 168 ss.; ID., *Ai confini del patrimonio culturale tra luoghi comuni e processi di produzione della cultura*, in *Aedon*, 2018, n. 1. Circa l'affidabilità della gestione di beni culturali pubblici a privati che dipenderebbe dalla categoria di bene, v. F. MERUSI, *Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali*, in *Dir. amm.*, 2007, 3 ss.; per l'evoluzione nel coinvolgimento dei privati v. A. IACOPINO, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali*, Napoli, 2017, 216 ss. Per profili di politica generale, v. F. BENHAMOU, *L'economia della cultura*, Bologna, III edizione, 2012, 144 ss.

[72] Per la nozione di bene culturale come bene pubblico immateriale v. M. S. GIANNINI, *I beni culturali*, cit., 1028; per studi recenti sul concetto di immateriale economico in relazione a questo settore, si rinvia a A. BARTOLINI, *L'immaterialità dei beni culturali*, in *Aedon,* 2014, n. 1; M. DUGATO, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, ivi; G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, ivi; G. SEVERINI, *L'immateriale economico nei beni culturali*, in *Aedon,* 2015, n. 3; per interessanti contributi v. G. MORBIDELLI-A. BARTOLINI (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, cit.; A. O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon*, 2018, n. 2.

[73] Per questa nuova e necessaria prospettiva v. G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare – una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 2017, n. 3; G. PIPERATA, *Cultura, sviluppo economico e … di come addomesticare gli scoiattoli*, in *Aedon*, 2018, n. 3.