

## CAPITOLO XVI

### LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI – APPALTI PUBBLICI NEL SETTORE DEI BENI CULTURALI

SOMMARIO: 1. Gli affidamenti *in house*, presupposti: il c.d. controllo analogo. - 2. La gestione dei servizi pubblici locali nella disciplina dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/08 e s.m.i. - 3. I contratti pubblici relativi ai beni culturali: disciplina, criteri di aggiudicazione e procedure.

#### 1. Gli affidamenti *in house*, presupposti: il c.d. controllo analogo

L'affidamento *in house* costituisce un modello organizzatorio per mezzo del quale la pubblica amministrazione, al fine di reperire beni o servizi, o per erogare prestazioni di pubblico servizio, si avvale di soggetti sottoposti al suo controllo, i quali possono considerarsi quale "*longa manus*" dell'amministrazione, posto che risultano essere soggetti distinti sul piano formale, ma non su quello sostanziale.

L'istituto nasce dalla giurisprudenza comunitaria quale figura da contrapporre alle forme contrattuali tipiche della c.d. esternalizzazione, ossia il contratto di appalto e il contratto di concessione.

In particolare, l'apposizione di limiti all'affidamento *in house* si fa coincidere con la nota sentenza Teckal del 18 novembre 1999, causa C-107/98, della Corte di Giustizia Europea, che ha delineato i contorni dell'istituto, specificando le condizioni che devono sussistere affinché un'amministrazione affidi in via diretta la realizzazione di beni e servizi a società all'uopo create e sottoposte al suo controllo, in deroga al generale onere di indire una gara ad evidenza pubblica.

Si, è cercato, quindi, di contemperare il principio della massima concorrenzialità con quello dell'autoproduzione (o autorganizzazione).

Ebbene, la Corte di Giustizia, con la citata sentenza Teckal, ha sostenuto la non necessarietà di una gara ad evidenza pubblica al ricorrere delle seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice deve esercitare sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato normalmente sui suoi uffici o servizi (c.d. elemento strutturale);

b) l'affidatario deve svolgere la parte più importante della propria attività in favore dell'ente affidante (c.d. elemento funzionale).

Tale figura è stata codificata, nel nostro ordinamento, dall'art. 113 del d.lgs. 267/00 (Testo Unico degli enti locali – TUEL), che ha recepito la gestione *in house* nell'ambito dei servizi pubblici locali, andando a prevedere, al comma 5, in aggiunta ai due citati requisiti che deve possedere la società affidataria (controllo analogo e svolgimento della parte più importante della propria attività in favore dell'ente affidante), l'ulteriore requisito (che sarà poi previsto dalla

**Le condizioni dell'*in house* fissate dalla sentenza Teckal**

**L'art. 113 del TUEL**

giurisprudenza comunitaria e nazionale) dell'intero possesso del capitale sociale da parte del soggetto pubblico.

Difatti, ai sensi di tale disposizione, l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione Europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche;

c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Il requisito più dibattuto, che è stato al centro delle successive pronunce comunitarie prima e nazionali poi, è quello del c.d. controllo analogo, ossia l'elemento strutturale dell'*in house*.

Difatti, prima delle recenti prese di posizione da parte della giurisprudenza, inizialmente si è ammesso l'affidamento diretto anche nel caso di società non interamente partecipate dall'ente pubblico, in quanto il controllo analogo si riteneva sussistente anche in presenza di un socio privato nella compagine societaria (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316).

Tuttavia, successivamente, si sono avuti orientamenti più restrittivi, tesi a limitare il ricorso all'istituto in parola, che hanno affermato la necessità che la partecipazione dell'ente affidante nella società dovesse essere totalitaria, posto che solo in tal modo poteva considerarsi certa affinità degli scopi perseguiti; scopi che non avrebbero potrebbero mai coincidere con gli interessi egoistici di un socio privato, seppur con una partecipazione minoritaria nella medesima società, tanto da non poter considerare la stessa quale parte integrante dell'ente affidante.

Ma l'evoluzione giurisprudenziale non si è arrestata neanche a seguito della previsione della citata partecipazione totalitaria e ha posto ulteriori limiti al ricorso a tale istituto.

In particolare, con la sentenza resa nel caso Parking Brixen, del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, dalla Corte di Giustizia UE, i giudici hanno sostenuto che, affinché sussista l'*in house*, non può considerarsi sufficiente una partecipazione nella società affidataria del 100% da parte dell'ente di riferimento.

E' stato, pertanto, stabilita la necessità che l'amministrazione pubblica, socio al 100% dunque, debba avere anche una influenza in concreto sulle decisioni più importanti della società, specie in quelle strategiche.

**La partecipazione pubblica deve essere totalitaria**

**La sentenza Parking Brixen**

Infatti, è stato dimostrato che, a fronte di una partecipazione totalitaria, potrebbe essere riconosciuta al consiglio di amministrazione della società, in virtù di clausole statutarie, una certa autonomia decisoria.

Pertanto:

- il consiglio di amministrazione non deve avere poteri gestionali rilevanti che, invece, devono rimanere in capo all'ente al quale deve sempre spettare l'ultima parola e che, quindi, esercita i poteri in maniera ancora più stringente di quelli consentiti di norma dal diritto societario.

- lo statuto non deve prevedere clausole che aprano al mercato la società, ossia clausole che consentano l'ammissione futura di capitali privati che inquinino il requisito strutturale del controllo, né una espansione territoriale dell'attività, in specie all'estero.

A tale indirizzo si è uniformata, peraltro, la giurisprudenza nazionale, in specie con l'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008, secondi cui il requisito del controllo analogo è escluso in radice dalla presenza di una quota di capitale azionario in mano a soggetti privati, posto che tale presenza rende non equiparabile la relazione tra il soggetto pubblico e società mista e quella che esiste tra l'amministrazione ed un proprio ufficio.

Così come, in ossequio a quanto già disposto dal giudice comunitario, ha ritenuto non sufficiente la partecipazione totalitaria, in quanto è, allo stesso tempo, necessario che lo statuto non preveda la possibilità che la società ceda quote a capitale privato, che il consiglio di amministrazione non possieda alcun potere gestionale di rilevanza, che l'impresa non abbia acquisito una vocazione commerciale che renda precario il controllo pubblico e che le decisioni più importanti debbano essere sempre sottoposte al vaglio del soggetto pubblico.

Ma v'è di più. Il Supremo Consesso amministrativo si esprime anche in ordine all'ulteriore questione, posta dalla sezione remittente, circa la legittimità dell'affidamento di un servizio, senza gara, ad una società non interamente posseduta dall'ente pubblico, il cui socio privato, però, sia stato scelto mediante procedura aperta ad evidenza pubblica.

Al riguardo, infatti, la giurisprudenza si era divisa sul punto, da una parte un indirizzo di totale chiusura verso l'istituto (*cfr.* Cons. Giustizia Amministrativa Regione Sicilia n. 589/06) che si portava, di fatto, ad una disapplicazione del citato art. 113, comma 5, lett. b), d.lgs. 267/00, dall'altra, l'orientamento di più ampio respiro che riteneva, comunque, salvaguardato il supremo principio di concorrenza, a condizione che, a monte, fosse stata espletata una gara pubblica per la scelta del *partner* privato.

Ebbene, l'Adunanza Plenaria afferma che, in assenza di indicazioni sul punto da parte della Corte di Giustizia, non possa elaborarsi una soluzione unica senza incorrere nel rischio di addivenire ad interpretazioni *praeter legem* che potrebbero non essere confermate dal giudice comunitario.

**E' necessaria un'influenza in concreto dell'amministrazione pubblica sulle decisioni più importanti della società**

**L'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/08**

Tuttavia, Palazzo Spada, nella medesima pronuncia, sembra “strizzare l’occhio” ad un indirizzo “di compromesso”, in base al quale è ammesso l’affidamento di servizi a società a capitale misto pubblico-privato, purché il socio privato sia stato scelto con gara, nell’ambito della quale, sia stato anche già definito il servizio da affidare; sembra accogliersi, dunque, un indirizzo che cerca di contemperare le esigenze pubbliche con i richiamati principi comunitari.

Il quadro dianzi delineato è stato, però, successivamente modificato (per non dire stravolto!) dall’entrata in vigore dell’art. 23-bis del d.l. 112/08, convertito in legge n. 133/08 che ha introdotto una nuova disciplina dei servizi pubblici locali, in specie alla luce delle “dirompenti” modifiche apportate alla medesima normativa dalla l. n. 166/09.

Al fine di meglio comprendere le novità apportate dalla normativa richiamata, ma soprattutto al fine di comprendere se l’istituto dell’*in house providing* sia “sopravvissuto” a quest’ultimo intervento legislativo, è necessario soffermarsi, nel paragrafo che segue, sull’evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali.

## **2. La gestione dei servizi pubblici locali nella disciplina dell’art. 23-bis, d.l. n. 112/08 e s.m.i.**

Com’è noto, a partire dalla c.d. legge sulle municipalizzazioni, legge 29 marzo 1903, n. 103, il legislatore ha cercato di eliminare gli effetti negativi dei c.d. monopoli privati dei concessionari attraverso la gestione diretta dei servizi pubblici da parte degli enti locali, con l’introduzione, nell’apparato della pubblica amministrazione, di modelli imprenditoriali (la c.d. azienda-organo).

Tuttavia, la possibilità di municipalizzare i servizi era, all’epoca, una mera facoltà dei Comuni, condizionata all’osservanza di un procedimento piuttosto complesso; peraltro, le categorie di servizi municipalizzabili erano racchiuse in un elenco, seppur non tassativo, predisposto dall’organo legislativo e le aziende costituite, prive di personalità giuridica, erano sottoposte a rigidi controlli da parte degli enti locali e dall’autorità governativa, il che rendeva macchinoso il loro funzionamento.

Pertanto, nel 1925 venne emanato un Testo Unico con l’intento, tra l’altro, di semplificare il processo di municipalizzazione, mediante l’attribuzione agli enti locali di una maggiore autonomia gestionale.

La legge n. 103/1903 ed il T.U. del 1925, dunque, hanno sostanzialmente regolamentato la gestione dei servizi pubblici locali nel nostro Paese per circa un secolo.

Difatti, solo a partire dalla metà degli anni ‘70, è stato intrapreso un processo di “emancipazione” dell’azienda pubblica locale, necessitato dalla crescita dei costi, dai disavanzi di bilancio e dagli insufficienti risultati qualitativi, volto ad attribuire a tali soggetti una maggiore autonomia e responsabilità nell’ottica del conseguimento di una veste sempre più vicina alla forma dell’impresa.

Tale processo è culminato con l'emanazione della legge 8 giugno 1990 n. 142, successivamente trasfusa nel Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (T.U.E.L.), d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267, che ha fatto venir meno, innanzitutto, la tecnica dell'elencazione dei servizi pubblici locali, andando a definire detti servizi attraverso elementi oggettivi e soggettivi ("produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali"), e, soprattutto, ha previsto specifici modelli organizzativi (cfr. art. 113 n. 267/00 – T.U.E.L.).

Ed invero, accanto alle tradizionali forme della "gestione diretta", c.d. in economia (solo in ipotesi di servizi di modeste dimensioni), dell'azienda municipalizzata (definita con il nuovo nome di "azienda speciale", ente pubblico economico dotato di personalità giuridica), e dell'affidamento in "concessione a terzi", sono state introdotte, al citato art. 113, la cd. "istituzione" (per le attività di carattere non economico) e le "società per azioni" (poi anche società a responsabilità limitata) a prevalente capitale pubblico locale.

In tale quadro, dunque, si è andato definendo sempre di più il processo di trasformazione delle "vecchie" aziende municipalizzate in imprese a tutti gli effetti, processo che è successivamente approdato alla nota fase di privatizzazione "formale", con la trasformazione delle aziende speciali in S.p.A. attraverso una procedura semplificata, seguita dalla privatizzazione "sostanziale" (o materiale), con la quale si è concretato il passaggio della titolarità, e del correlato potere di controllo, dalla mano pubblica a quella privata, soprattutto nel settore del trasporto pubblico, dell'energia elettrica e del gas.

Successivamente, l'art. 35, comma 15, della legge 28 dicembre 2001 n. 448 (Legge finanziaria per il 2002) ha integralmente modificato l'art 113 del T.U.E.L. ed ha introdotto il nuovo art. 113-bis, disponendo:

1) limitatamente ai servizi pubblici di rilevanza industriale, che la proprietà delle reti e degli impianti è attribuita all'ente locale titolare del servizio, mentre la gestione e/o l'erogazione del servizio medesimo spetta a società di capitali, il cui socio privato di minoranza deve essere individuato attraverso una gara ad evidenza pubblica. Tale nuovo assetto doveva, infatti, essere attuato attraverso il trasferimento della proprietà di reti ed impianti alle società di capitali, nelle quali gli enti locali devono possedere la maggioranza del capitale azionario, incedibile.

2) i servizi di rilevanza industriale possono essere erogati solo da società di capitali, mentre gli altri (di rilevanza imprenditoriale, non industriale, o totalmente privi di qualsivoglia rilevanza economica) possono essere erogati anche da istituzioni, da aziende speciali, in economia o mediante affidamento a terzi, oltre che da società di capitali;

3) il rapporto tra ente locale e società a capitale prevalentemente pubblico viene concepito in termini privatistici e regolato dalla disciplina negoziale.

**L'art. 113 del TUEL  
nella sua originaria  
formulazione**

**L'art. 113 del TUEL  
alla luce delle modifiche  
apportate dalla legge n.  
448/01.  
L'art. 113-bis**

**Gli artt. 113 e 113-bis  
modificati dal d.l.  
269/03**

Non ritenuta compiuta l'opera di riforma del sistema di gestione del servizio pubblico locale, il legislatore è nuovamente intervenuto, con il decreto legge 30 settembre 2003 n. 269, a modificare gli artt. 113 e 113-bis citati, prevedendo, innanzitutto, la distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi che non hanno tale rilevanza (sostituendo la previgente distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale carattere) ed affidando all'interprete (*rectius*: alla giurisprudenza), e non più a regolamenti attuativi mai emanati, il compito di individuare, in concreto, l'ambito applicativo della disciplina in commento.

In particolare, si rileva che il citato intervento normativo ha affievolito il principio dell'obbligo del ricorso al mercato tramite gara, prevedendo, come evidenziato nel precedente paragrafo, la possibilità di affidare direttamente i servizi pubblici locali a società partecipate dagli enti locali medesimi.

Difatti, vengono introdotti due ulteriori modelli organizzativi dei servizi in parola: le società c.d. miste, dove il socio privato viene scelto con pubblica gara, e le società a capitale interamente pubblico, a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano (è l'ipotesi dell'affidamento *in house*).

Successivamente, come anticipato, l'art. 23 bis del d.l. 25 giugno 2008 n. 112, convertito con modificazioni in legge 6 agosto 2008 n. 133, ha introdotto l'ennesima disciplina sui servizi pubblici locali, con carattere prevalente sulle discipline di settore ad essa incompatibili, lasciando, dunque, all'interprete il compito di valutare quali disposizioni dell'art. 113 debbano considerarsi abrogate.

Ai sensi del citato art. 23-bis l'attribuzione della gestione del servizio avviene, normalmente, in favore di imprenditori, o di società in qualunque forma costituite, con il ricorso a procedure ad evidenza pubblica, secondo i principi del Trattato della Comunità Europea e della normativa comunitaria in tema di contratti pubblici.

Solo in presenza di particolari situazioni economiche, sociali, ambientali del contesto territoriale di riferimento, tali da non consentire un utile ricorso al mercato, l'affidamento può svolgersi, in deroga a detti principi, garantendo, comunque, specifiche forme di controllo (adeguata pubblicità della scelta, parere delle Autorità di settore).

Viene disposta, inoltre, la cessazione automatica delle concessioni relative al servizio idrico integrato, rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica (sono previste, però, limitate deroghe) alla data del 31 dicembre 2010.

I soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali (sia società controllanti, sia società da questi controllate o partecipate) non affidate mediante procedure competitive, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, impianti, etc., non possono acquisire la

L'art. 23-bis del d.l. n.  
112/08

gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività, né partecipare a gare per altri enti pubblici o privati, ad eccezione delle società quotate in borsa.

I soggetti affidatari diretti possono, comunque, concorrere alla prima gara ad evidenza pubblica esperita per l'affidamento del servizio già loro affidato.

Tale assetto normativo è stato, poi, ulteriormente modificato dall'art. 15, l. n. 166/09, che ha riscritto i commi 2, 3 e 4 del richiamato art. 23-bis.

Detto intervento normativo sembra aver ridisegnato in modo significativo il regime della gestione e dell'affidamento dei servizi di rilevanza economica, non industriali e non commerciali, rivedendo l'intera materia, con la conseguenza che si ritiene d'obbligo soffermarsi in maniera attenta, nonché critica, su tali modifiche legislative.

La legge si occupa in generale della gestione dei pubblici servizi che dovranno essere affidati nel rispetto dei principi di libera concorrenza e di stabilimento a far data dal 1° gennaio 2011 (sono escluse dalla norma le sole attività afferenti alla distribuzione del gas, dell'energia elettrica ed alle ferrovie regionali).

La norma, una volta a regime, prevede due sole forme di affidamento, entrambe con gara.

La prima modalità di affidamento, che potremmo definire con gara diretta, mira a scegliere il gestore privato con procedure competitive.

L'utilizzo della locuzione "procedure competitive" porta ad escludere, pertanto, che, per la scelta del gestore privato, debbano applicarsi le modalità di scelta del contraente individuate dal d.lgs. n. 163/06.

Tale soluzione, peraltro, trova conferma nell'art. 30, comma 1, del citato decreto legislativo, ai sensi del quale le disposizioni del Codice dei contratti pubblici non si applicano alle concessione di servizi, fermo restando il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità nell'affidamento del servizio, che deve essere preceduto dall'invito ad almeno cinque concorrenti, sempre che l'espletamento di tale gara informale sia compatibile con l'oggetto del contratto.

Pertanto, la scelta del concessionario privato dovrà avvenire, in poche parole, nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato CE.

La seconda forma di affidamento, che potremmo definire con gara indiretta, prevede un affidamento senza gara a Società miste (pubbliche private) a condizione che:

1) il socio sia scelto con gara a doppio oggetto e cioè che questa abbia ad oggetto sia la scelta del socio sia l'attribuzione di compiti operativi (la gara quindi mirerà a selezionare un soggetto che abbia i requisiti di idoneità morale ed economica tali da acquisire la qualità di socio, nonché requisiti di idoneità tecnico-economica tali da acquisire in tutto o in parte la gestione del servizio);

2) che al socio sia riservata una quota del capitale sociale non inferiore al 40%.

**L'art. 23-bis  
modificato dalla legge  
n. 166/09**

**Sono previste due  
sole forme di  
affidamento,  
entrambe con gara,  
diretta ed indiretta**

Questo, *in nuce*, il nuovo regime dalla gestione dei servizi pubblici locali. Non sono, infatti, previste altre forme di esternalizzazione.

Il nuovo impianto normativo decreta, dunque, la definitiva scomparsa, dal nostro ordinamento, degli affidamenti *in house providing* dei servizi pubblici locali, caratterizzati, come è noto, dal cosiddetto controllo analogo, dalla totalità del capitale pubblico e dall'essenziale riferimento all'Ente di provenienza anche sotto il profilo economico.

Tuttavia, gli affidamenti *in house* sono ammessi, ai sensi del comma 3, dell'art. 23-bis, cit., in via del tutto eccezionale ed in deroga alla disciplina generale sopra richiamata, quando a causa di particolari caratteristiche economiche sociali, ambientali e geomorfologiche non risulta conveniente il ricorso al mercato.

In tali ipotesi, dispone espressamente il richiamato comma 4, *“l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta in house e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”*.

Il relativo procedimento prevede, comunque, in capo all'ente affidante, l'onere di dare adeguata pubblicità alla scelta in parola, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente di trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione, con la previsione che, decorso detto termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole.

La norma sul punto è suscettibile di molteplici interpretazioni.

In via di primo approccio può ritenersi che il presupposto di tali eccezionali affidamenti ricorra ogni qualvolta il servizio pubblico, per le ragioni dianzi indicate, non sia appetibile per il mercato.

Potrebbe, pertanto, ritenersi che uno dei presupposti legittimanti l'affidamento *in house* sia l'espletamento di una gara andata deserta.

Al di là di tale posizione interpretativa si rappresenta che, in ogni caso, per procedere all'affidamento *in house* occorre che l'Ente:

- 1) motivi la propria scelta;
- 2) ne dia adeguata pubblicità;
- 3) rediga una relazione da trasmettere all'Antitrust;
- 4) acquisisca il parere preventivo di tale Organismo (trascorsi 60 giorni dalla richiesta di parere scatta il silenzio-assenso).

La norma sul punto chiarisce la natura obbligatoria di tale parere, ma non se sia vincolante.

Sulla circostanza che il parere sia obbligatorio non potevano sussistere dubbi, atteso che, anche prima del chiarimento legislativo di cui all'art. 15 cit., sul punto si era già pronunciata la recente giurisprudenza amministrativa (TAR Toscana, sentenza n. 1430/09).

**Gli affidamenti *in house* diventano un istituto eccezionale e sono ammessi solo in presenza di particolari condizioni**

**Natura del parere dell'Antitrust**

Si ritiene, inoltre, seppure in sede di prima interpretazione, che il nuovo impianto legislativo non attribuisca natura vincolante al parere dell'Autorità.

Tuttavia, risulterebbe davvero arduo ipotizzare e giustificare un affidamento diretto dinanzi al giudice contabile a fronte di un parere negativo dell'Autorità.

La norma prevede, inoltre, ulteriori ipotesi residuali di affidamento *in house*, delegando il Governo ad emanare entro il 31 dicembre 2009 un regolamento nel quale siano stabiliti gli importi al di sotto dei quali gli affidamenti *in house*, pur rimanendo eccezionali, non abbisognano del parere in quanto, per la loro entità, non condizionanti il mercato.

A quanto risulta, l'emanando regolamento fissa tale importo nella somma esigua di Euro 200.000,00, in ragione degli interessi coinvolti, in verosimile analogia con quanto previsto dall'art. 125 del d.lgs. n. 163/06.

In conclusione, può sinteticamente affermarsi che, per il futuro, l'affidamento *in house* è stato sostanzialmente eliso dal nostro ordinamento e che la sua sopravvivenza è limitata a casi marginali (non più di € 200.000,00 e/o, comunque, a discrezionale apprezzamento dell'Autorità Garante).

Si segnala che l'Authority per la concorrenza ha, fino ad oggi, assunto un atteggiamento di grande sfavore circa gli affidamenti *in house*, considerandoli una forte deviazione del mercato.

Basta considerare, infatti, che, su oltre 100 richieste di parere pervenute all'Autorità, a tutt'oggi, a quanto risulta, è stato emesso un solo parere positivo.

La norma si occupa, inoltre, anche della sorte degli attuali affidamenti *in house*.

Essa, infatti, dispone che le gestioni in essere al 22 agosto 2008 affidati conformemente ai principi comunitari debbano cessare al 31 dicembre 2011, *ex lege* e senza necessità di alcun provvedimento, salvo che, entro tale data, le Amministrazioni cedano almeno il 40% del capitale ad un socio privato scelto con gara a doppio oggetto (qualità di socio e attribuzione di compiti operativi), di cui alla lett. b), del comma 2, dell'art. 23-bis.

La norma si applica anche a quelle gestioni dirette non riconducibili all'*in house*, in quanto operate a favore di società miste, il cui socio sia stato scelto con gara, ma non a doppio oggetto.

La norma, invece, non si applica all'ipotesi in cui il socio privato sia stato scelto comunque con gara a doppio oggetto, con la conseguenza che, alle condizioni predette, gli affidamenti *in house* "trasformati" avranno la durata stabilita nel contratto di servizio e il soggetto affidatario potrà concorrere alla prima gara che l'Ente bandirà per l'affidamento del servizio medesimo.

Riassumendo il regime transitorio degli affidamenti *in house* può essere così sintetizzato:

- 1) tutte le gestioni dirette cessano al 31 dicembre 2010;

**La disciplina transitoria  
degli attuali affidamenti  
*in house***

2) la cessazione potrà differirsi fino alla data stabilita nel contratto di servizio, previa cessione del 40% del capitale sociale ad un socio privato scelto con gara a doppio oggetto;

3) la cessazione interesserà anche le società pubbliche-private in cui il socio non sia stato scelto con gara a doppio oggetto;

4) la cessazione non riguarderà le società pubbliche-private titolari di affidamenti antecedenti al 22 agosto 2008, in cui comunque il socio sia già stato scelto con gara a doppio oggetto.

Ovviamente non si possono sottacere le complesse tematiche che saranno correlate alla carenza, soprattutto in alcuni settori, di soci interessati ad acquisire *ex gestioni in house* e di come tale circostanza potrà incidere sul potere discrezionale attribuito in materia all'Autorità.

Ciò posto, il legislatore, prima di prevedere un particolare regime transitorio per determinate fattispecie, consente l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa.

In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

Da ultimo, la norma, come anticipato, si occupa del regime transitorio di fattispecie peculiari quali quelle afferenti al recente fenomeno delle società quotate in borsa che gestiscono pubblici servizi (e quelle da esse controllate ex art. 2359 c.c.) e degli affidamenti in essere operati a suo tempo fuori da ogni schema pubblicistico.

Quanto al primo di tali fenomeni, la norma prevede la cessazione degli affidamenti diretti alla scadenza della convenzione o del contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca a non più del 40% entro il 2013 e a non più del 30% entro il 2015.

Ove tali condizioni non si verificassero, entro tali date viene prevista la cessazione dell'affidamento senza la necessità di alcun provvedimento.

Circa la seconda di tali fattispecie, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso riferirsi a quelle concessioni (diverse da quelle contemplate dalle lett. da a) a d) del comma 8, art. 23-bis cit.) che, sulla scorta della risalente e obsoleta distinzione tra concessione ed appalto, siano state affidate a soggetti privati-parapubblici senza l'esperimento di alcuna procedura ad evidenza pubblica (es. affidamento diretto al concessionario scelto senza gara ovvero società miste il cui socio sia stato scelto senza gara ecc.).

Tali gestioni e tutte quelle diverse da quelle esaminate, cessano *ex lege* alla data del 31 dicembre 2010.

Pertanto, alla "fine della fiera", nel nuovo impianto normativo possiamo distinguere, dunque, due tipi di affidamenti di servizi pubblici locali.

L'affidamento in esito a pubblica gara (a privato con procedura competitiva) e gli affidamenti diretti (quelli operati a favore di società

**Il regime transitorio di particolari affidamenti**

mista il cui socio stato scelto con gara a doppio oggetto, ovvero gli affidamenti *in house* ove consentiti).

In tale contesto, la norma dispone che per gli affidamenti diretti (compresi quelli *in house*) sussista il divieto di extra territorialità del soggetto affidatario, nonché per le società da questi controllate o partecipate.

Tali soggetti, pertanto, non potranno acquisire la gestione di servizi, direttamente o indirettamente, in ambiti territoriali diversi da quelli di appartenenza.

Il divieto, tuttavia, vale solo per il soggetto titolare di affidamenti *in house*, ovvero per la società pubblica privata, ma non vale per il socio scelto con gara a doppio oggetto, né vale per le società quotate in borsa.

Come anticipato, viene sempre fatta salva la possibilità per la società mista di concorrere alla prima gara per l'affidamento del servizio, successiva alla scadenza, e viene demandata al Governo la potestà regolamentare di dettare disposizioni in materia che dovranno prevedere, tra l'altro, il rispetto del patto di stabilità sia per le società titolari di affidamenti *in house* sia per le società titolari di affidamenti diretti con scelta del socio con gara a doppio oggetto.

### **3. I contratti pubblici relativi ai beni culturali: disciplina, criteri di aggiudicazione e procedure**

I contratti di appalto relativi a beni culturali, prima di essere regolati dalle norme di cui al capo II, titolo IV, parte II, del Codice dei contratti pubblici, erano stati già recentemente disciplinati dal d.lgs. n. 42/04 (c.d. Codice dei beni culturali) e dal d.lgs. n. 30/04.

Quest'ultimo rappresentava, di fatto, la disciplina integrativa dello stesso d.lgs. n. 42, cit., che era stato emanato in luogo della disciplina sul punto prevista dalla l. n. 109/94.

Tuttavia, l'art. 256, d.lgs. n. 163/06 ha abrogato sia la legge. n. 30/04 che la l. n.109/94.

La scelta del nostro legislatore di introdurre la disciplina speciale degli appalti concernenti beni culturali all'interno della disciplina generale sui contratti pubblici mira a contemperare l'interesse teso alla valorizzazione dei beni che attribuiscono carattere di specialità al settore in questione con l'interesse volto alla ricerca dell'unitarietà del sistema degli appalti pubblici.

La normativa di cui agli artt. 197-205 del Codice dei contratti ricalca, senza grandi profili di novità, il citato d.lgs. n. 30/04, e rappresenta una disciplina fondamentale in materia di appalti relativi a beni culturali, di carattere speciale, che deve essere integrata con le disposizioni, di carattere generale, del Codice, richiamate espressamente dall'art. 197.

In particolare, ai sensi della disposizione dianzi richiamata, trovano applicazione, in quanto non derogate o compatibili, le norme:

**La normativa applicabile**

- della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice);
- della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori);
- della parte II, titolo III, capo II (concessione dei lavori pubblici);
- della parte IV (contenzioso);
- della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).
- del Titolo I (contratti di rilevanza comunitaria ), del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria), della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia comunitaria, ovvero inferiore;
- della parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto) – le disposizioni ivi contenute si applicano, in particolare, all'affidamento di lavori e servizi relativi ai beni culturali, nonché alle concessioni di cui agli artt. 115 e 117, d.lgs. n. 42/04, secondo le modalità stabilite dal regolamento di cui all'art. 5 del Codice dei contratti; pertanto, nelle more dell'entrata in vigore del citato regolamento di attuazione, continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui al titolo XIII e XVI, d.P.R. n. 554/99.

Posta la disciplina di coordinamento con il resto del Codice, le disposizioni successive all'art. 197 fissano le norme applicabili in materia.

Innanzitutto, l'art. 198 dispone che le disposizioni di cui al richiamato capo II dettano la disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti beni mobili ed immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela di cui al citato d.lgs. n. 42/04, al fine di assicurare l'interesse pubblico alla conservazione e protezione di detti beni e in considerazione delle loro caratteristiche oggettive.

Le medesime disposizioni si applicano con riferimento all'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei, se relativi alle attività suindicate.

Pertanto, il legislatore prende in considerazione solo i lavori pubblici concernenti beni culturali, posto che i servizi e le forniture vengono in considerazione unicamente nelle ipotesi di contratti misti di cui al successivo art. 199 del Codice.

Viene previsto, infatti, qualora per gli appalti aventi ad oggetto gli allestimenti dei musei, degli archivi e delle biblioteche o di altri luoghi di interesse culturale o la manutenzione e il restauro dei giardini storici, i servizi di installazione e montaggio di attrezzature e impianti e le forniture di materiali ed elementi, nonché le forniture degli arredi da collocare nei locali e nelle aree, assumano rilevanza prevalente ai fini dell'oggetto dell'appalto e della qualità dell'intervento, la stazione appaltante, previo provvedimento motivato del responsabile del procedimento, applica la disciplina, rispettivamente, dei servizi o delle

**Disciplina degli appalti misti in alcune tipologie di interventi**

forniture, anche se il valore economico dei lavori di installazione e di adeguamento dell'immobile risulti superiore.

Pertanto, risulta evidente che il giudizio sulla prevalenza dei servizi, o delle forniture, debba prescindere da qualsivoglia valutazione di carattere economico e deve, invece, essere ancorato ad un giudizio di carattere qualitativo (principio di accessorietà), posto che i lavori possono rilevarsi secondari anche nelle ipotesi in cui la componente economica risulti superiore a quella dei servizi o delle forniture.

L'unica requisito che deve essere rispettato da parte della stazione appaltante è l'adozione di un provvedimento motivato da parte del RUP, che deve evidenziare le ragioni che, dal punto di vista qualitativo, comportano che i servizi o le forniture assumano maggiore rilevanza rispetto ai lavori.

Viene previsto, inoltre, che, in ipotesi di contratti misti dove i servizi e le forniture sono considerati prevalenti ai fini dell'oggetto dell'appalto, i soggetti esecutori devono, comunque, essere in possesso dei requisiti di qualificazione.

A tal fine la stazione appaltante è tenuta a specificare, nel bando di gara, i requisiti di qualificazione che i candidati devono possedere con riferimento all'oggetto complessivo della gara; trovano, inoltre, applicazione gli artt. 14 e 15 in materia di appalti misti per quanto non diversamente disciplinato dal citato art. 199.

Con particolare riferimento ai requisiti di qualificazione, considerata la particolarità dei lavori oggetto di affidamento, gli stessi non possono che assumere un'importanza preminente.

I soggetti esecutori di lavori di cui al richiamato art. 198, pertanto, dovranno, ai sensi dell'art. 201, essere sempre in possesso dei requisiti di qualificazione disposti dal regolamento di cui all'art. 5 del Codice, oltre a quelli generali previsti dal medesimo regolamento di attuazione.

In particolare, il regolamento dovrà disciplinare:

- a) la puntuale verifica, in sede di rilascio delle attestazioni di qualificazione, del possesso dei requisiti specifici da parte dei soggetti esecutori dei lavori indicati all'articolo 198;
- b) la definizione di nuove categorie di qualificazione che tengano conto delle specificità dei settori nei quali si suddividono gli interventi dei predetti lavori;
- c) i contenuti e la rilevanza delle attestazioni di regolare esecuzione dei predetti lavori, ai fini della qualificazione degli esecutori, anche in relazione alle professionalità utilizzate;
- d) forme di verifica semplificata del possesso dei requisiti, volte ad agevolare l'accesso alla qualificazione delle imprese artigiane.

E' fatta salva, comunque, la possibilità di definire ulteriori specifici requisiti di qualificazione ad integrazione di quelli definiti nel regolamento, anche al fine di consentire la partecipazione delle imprese artigiane; facoltà rimessa, però, con decreto, al Ministro dei beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, previa intesa in sede di conferenza unificata.

**I soggetti esecutori devono comunque essere in possesso dei requisiti di qualificazione**

**I requisiti di qualificazione**

Poiché, come più volte evidenziato, il citato regolamento di cui all'art. 5 del Codice non è ancora entrato in vigore, risulta fondamentale ricostruire la normativa ad oggi vigente in materia di qualificazione nell'ambito degli appalti inerenti ai beni culturali.

Al riguardo, poiché l'art. 253, comma 30, del Codice dei contratti dispone che, fino all'entrata in vigore del citato regolamento, devono trovare applicazione, oltre alle norme di cui al d.P.R. 34/00, anche le disposizioni di cui al d.m. n. 294/00, come modificato dal d.m. n. 420/00, contenute nel regolamento relativo alla qualificazione delle imprese che eseguono appalti relativi a beni culturali, ad eccezione dell'art. 5, annullato dal giudice amministrativo (*cf.* TAR. Lazio, Roma, Sez. II, 1° marzo 2004, n. 1844), relativo alle modalità di qualificazione nella categoria OS2 (superfici decorate e beni mobili di interesse storico ed artistico).

**La categoria OS2**

Infatti, le disposizioni di cui al citato art. 5 del d.m. 294/00 sono state ritenute eccessivamente restrittive della concorrenza, posto che prescrivevano la presenza, nell'organico dell'operatore economico, del 20% di restauratori e del 40% di collaboratori di restauratori nelle imprese con più di quattro addetti.

Tuttavia, gli effetti della richiamata sentenza sono stati sospesi dal Consiglio di Stato (Sez. IV, 25 giugno 2004, n. 3005), che pertanto, di fatto, ne ha decretato la permanenza in vigore nelle more del regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici.

Nell'attesa che venga emanato il citato regolamento, inoltre, il medesimo comma 30, art. 253 del Codice, facoltizza le stazioni appaltanti ad individuare, quale ulteriore requisito di partecipazione al procedimento di appalto, l'avvenuta esecuzione, nell'ultimo decennio, di lavori nello specifico settore cui si riferisce l'intervento, individuato in base alla tipologia dell'opera oggetto di appalto.

Ai fini della valutazione della sussistenza di detto requisito, possono essere utilizzati unicamente i lavori effettivamente realizzati dal soggetto esecutore, anche in esecuzione di cottimi e subaffidamenti.

Sempre in via transitoria, l'art. 253, comma 29, del Codice, dispone che le attestazioni di qualificazione relative alla categoria OS2 (superfici decorate e beni mobili di interesse storico ed artistico), di cui al d.P.R. 34/00, ottenute prima dell'entrata in vigore del d.m. n. 294/00, ovvero nelle more dell'efficacia dello stesso, conservano efficacia per un triennio dal rilascio delle stesse, fermo restando la possibilità per la stazione appaltante di verificare l'effettivo possesso dei requisiti individuati dal medesimo regolamento.

Posta, dunque, la disciplina in tema qualificazione, deve evidenziarsi un'altra particolarità degli appalti in materia di beni culturali, ossia i limiti all'affidamento congiunto e all'affidamento unitario posti dall'art. 200 del Codice.

**Limiti  
all'affidamento  
congiunto e  
all'affidamento  
unitario nelle ipotesi  
di affidamenti  
particolari**

Difatti, i lavori su beni nobili e superfici decorate di beni architettonici, sottoposto alla tutela dei beni culturali, non sono affidabili congiuntamente ad altri lavori afferenti categorie di opere generali e speciali.

Ciò in quanto si è voluto salvaguardare sia la specificità dell'oggetto su cui si intende intervenire, sia la specializzazione delle imprese che operano sui beni culturali.

Tale previsione, risulta, però, attenuata dalla possibilità di un affidamento congiunto in presenza di motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, fermo restando che, l'impresa che esegue tutti i lavori deve essere in possesso della qualificazione per le opere riguardanti i beni culturali (onere ribadito anche al comma 3, in generale, che stabilisce, inoltre, a tal fine, che stazione appaltante è tenuta ad indicare detti requisiti in maniera espressa nella *lex specialis* di gara, anche nelle ipotesi di procedura negoziata senza previo bando, di cui all'art. 57 del Codice, dove l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a stabilire preventivamente i requisiti di qualificazione che devono essere garantiti).

Dette esigenze eccezionali dovranno essere accertate dal responsabile del procedimento, che dovrà adottare il relativo provvedimento, dunque, con particolare cautela, stante il carattere derogatorio della previsione in parola che ammette, dunque, nel rispetto delle citate condizioni, l'affidamento congiunto.

Diversamente, è sempre consentito affidare separatamente, sempre previo provvedimento del responsabile del procedimento che indichi le caratteristiche distintive, i lavori che incidono su beni che, seppur inseriti in una collezione o in un compendio immobiliare unitario, siano distinguibili in base alla tipologia, ai materiali impiegati, alla tecnica e all'epoca di realizzazione, ovvero alle tecnologie specifiche da utilizzare per gli interventi.

Una disciplina particolare, poi, viene dettata in tema di progettazione, direzione dei lavori ed altre attività accessorie, dall'art. 202 del Codice dei contratti, in deroga alla generale disciplina per gli appalti di lavori in generale, che, tuttavia, non pone particolari problematiche applicative.

Innanzitutto, viene previsto che, per interventi di particolare complessità o specificità, sempre in materia relativi ai beni culturali, la stazione appaltante può prevedere, in sede di progettazione preliminare, la redazione di una o più schede tecniche, finalizzate alla puntuale individuazione delle caratteristiche del bene oggetto dell'intervento da realizzare.

La scheda tecnica è obbligatoria qualora si tratti di interventi relativi ai beni mobili e alle superfici decorate di beni architettonici e, comunque, in generale, deve essere redatta e sottoscritta da professionisti o restauratori con specifica competenza sull'intervento oggetto della scheda; in ogni caso da restauratori di beni culturali se si tratta di interventi relativi a beni mobili e alle superfici decorate dei beni architettonici.

Le schede in parola, dunque, sono prodromiche al progetto preliminare, costituendo un momento orientativo dell'intervento che deve essere realizzato.

**L'attività di  
progettazione e  
direzione lavori**

**In ipotesi di  
interventi di  
particolare  
complessità la  
S.A. può  
prevedere la  
redazione di una  
o più schede  
tecniche che  
individuino le  
caratteristiche  
dell'intervento**

Viene previsto, inoltre, che per le attività inerenti ai lavori, alle forniture o ai servizi sui beni culturali, nei casi in cui non sia necessaria idonea abilitazione professionale, le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva, alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale, possono essere espletate anche da un soggetto con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa.

Le attività suindicate, ivi compresa la redazione della scheda tecnica, possono essere espletate da funzionari tecnici delle stazioni appaltanti, in possesso di adeguata professionalità in relazione all'intervento da attuare, con la precisazione che, per i lavori concernenti beni mobili e superfici decorate di beni architettonici sottoposti alle disposizioni di tutela dei beni culturali, l'ufficio di direzione del direttore dei lavori deve comprendere, tra gli assistenti con funzioni di direttore operativo, un soggetto con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa, in possesso di specifiche competenze coerenti con l'intervento.

Viene in rilievo, dunque, una certa proporzione tra le attività esercitabili ed il possesso dei requisiti di capacità professionale, in considerazione delle peculiarità che contraddistinguono l'oggetto degli appalti relativi a beni culturali.

Conseguentemente, anche le garanzie in materia devono risultare adeguate alle attività da svolgere; per cui le stazioni appaltanti, anche mediante il ricorso a convenzioni quadro stipulate con le compagnie assicurative interessate, provvedono alle coperture assicurative richieste dalla legge per l'espletamento degli incarichi in parola svolti da parte dei propri dipendenti.

A tal fine, il responsabile del procedimento valuta, alla luce delle complessità e difficoltà progettuali e realizzative dell'intervento, l'entità dei rischi connessi alla progettazione e all'esecuzione e, tenuto conto anche dei dati storici relativi ad interventi analoghi, può determinare in quota parte l'ammontare della copertura assicurativa dei progettisti e degli esecutori previsto dalla normativa vigente in materia di garanzie per le attività di esecuzione e progettazione di lavori, forniture e servizi.

Posta l'attività di progettazione, direzione dei lavori e attività accessorie, deve esaminarsi, in materia, la progettazione vera e propria.

Il legislatore fissa, innanzitutto, all'art. 203 del Codice, una regola generale (seppur derogatoria della disciplina generale in tema di appalti pubblici) ai sensi della quale l'affidamento dei lavori relativi a beni culturali, di cui all'art. 198 del Codice, deve essere disposto, di regola, sulla base del progetto definitivo, integrato dal capitolato speciale e dallo schema di contratto.

Detto principio deve essere, comunque, integrato con le successive disposizioni di cui al richiamato art. 202 del Codice.

**La progettazione vera e propria**

**L'affidamento deve essere disposto di regola sulla base di un progetto definitivo**

Viene stabilito, infatti, che l'esecuzione dei lavori può prescindere dall'avvenuta redazione del progetto esecutivo, che, ove sia stata ritenuta necessaria in relazione alle caratteristiche dell'intervento e non venga effettuata dalla stazione appaltante, è effettuata dall'appaltatore ed è approvata entro i termini stabiliti con il bando di gara o con lettera di invito.

Non può comunque prescindersi dalla redazione del piano di manutenzione.

Inoltre, per i lavori concernenti beni mobili e superfici decorate di beni architettonici e scavi archeologici sottoposti alle disposizioni di tutela di beni culturali, il contratto di appalto che prevede l'affidamento sulla base di un progetto preliminare o definitivo può comprendere oltre all'attività di esecuzione, quella di progettazione successiva al livello previsto a base dell'affidamento laddove ciò venga richiesto da particolari complessità, avendo riguardo alle risultanze delle indagini svolte.

A seguito dell'intervento legislativo di cui la terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 152/08), le disposizioni sopra richiamate devono essere integrate come segue.

Viene previsto che, per ogni intervento, il responsabile del procedimento, nella fase di progettazione preliminare, deve stabilire il successivo livello progettuale da porre a base di gara e valutare motivatamente, esclusivamente sulla base della natura e delle caratteristiche del bene e dell'intervento conservativo, la possibilità di ridurre i livelli di definizione progettuale ed i relativi contenuti dei vari livelli progettuali, salvaguardandone la qualità.

Inoltre, il legislatore, a seguito di tale novella legislativa, ha escluso la progettazione esecutiva nelle seguenti ipotesi:

a) per i lavori su beni mobili e superfici architettoniche decorate che non presentino complessità realizzative;

b) negli altri casi, qualora il responsabile del procedimento accerti che la natura e le caratteristiche del bene, ovvero il suo stato di conservazione, siano tali da non consentire l'esecuzione di analisi e rilievi esaustivi; in tali casi, il responsabile del procedimento dispone che la progettazione esecutiva sia redatta in corso d'opera, per stralci successivi, sulla base dell'esperienza delle precedenti fasi di progettazione e di cantiere.

Resta, invece, ferma la previsione di cui all'ultimo comma della disposizione in parola, in base alla quale il responsabile del procedimento verifica il raggiungimento dei livelli di progettazione richiesti e valida il progetto da porre a base di gara e in ogni caso il progetto esecutivo.

Esaminato l'ambito di applicazione delle norme di cui al capo II, titolo IV, parte II, del Codice dei contratti pubblici, la disciplina in tema di qualificazione, di appalti c.d. misti e la progettazione, occorre evidenziare quali siano i sistemi di scelta del contraente in tale particolare ambito, nonché i criteri di aggiudicazione.

**Non può comunque prescindersi dalla redazione del piano di manutenzione**

**Ipotesi in cui la progettazione esecutiva deve essere esclusa**

Al riguardo, il legislatore ha previsto procedure ispirate alla massima flessibilità, da contemperarsi, comunque, con la particolarità e complessità della materia dei beni culturali.

Difatti, all'art. 204, d.lgs. 163/06, viene, innanzitutto, previsto che l'affidamento con procedura negoziata dei lavori, oltre che nei casi previsti dagli artt. 56 e 57 (rispettivamente procedura negoziata con e senza previa pubblicazione di un bando di gara), e dall'art. 122, comma 7, del Codice (che consente la procedura negoziata anche per lavori di importo non superiore a 100.000,00 Euro), è ammesso per lavori di importo complessivo non superiore a 500.000,00 Euro, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, e trasparenza, previa gara informale cui sono invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati.

In tali ipotesi, al fine di garantire il rispetto dei principi suindicati, la lettera di invito deve essere trasmessa all'Osservatorio che ne dà pubblicità sul proprio sito informatico; dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, l'elenco degli operatori invitati deve essere trasmesso all'Osservatorio.

L'affidamento con procedura negoziata è altresì ammesso per i lavori di importo complessivo non superiore a 500.000,00 Euro, relativi a lotti successivi di progetti generali approvati, consistenti nella ripetizione di opere similari affidate all'impresa titolare del primo appalto, a condizione che:

- tali lavori siano conformi al progetto generale;
- il lotto precedente sia stato aggiudicato con procedure aperte o ristrette;
- negli atti di gara del primo appalto sia stato esplicitamente previsto l'eventuale ricorso a tale procedura e sia stato considerato anche l'importo successivo al fine dell'applicazione della normativa comunitaria;
- la stipulazione del contratto iniziale sia avvenuta nel triennio successivo a tale stipulazione.

Sempre nell'ottica di prevedere procedure che rispondano all'esigenza di essere adeguate alla particolarità degli interventi disciplinati nel citato capo II, viene previsto, al comma 2, dell'art. 203 cit., che, in deroga a quanto previsto in generale per gli appalti di lavori pubblici (*cfr.* il capitolo "*La fase contrattuale, par. 3, relativo al corrispettivo negli appalti*"), i contratti aventi ad oggetto i lavori afferenti ai beni culturali di cui al richiamato art. 198, possono essere stipulati a misura, in relazione alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, ossia mediante fissazione del prezzo per unità di misura dell'opera completata.

Con riguardo, invece, ai criteri di aggiudicazione, il compito di individuare le metodologie di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi nelle ipotesi di affidamento di lavori su beni mobili o superfici decorate di beni architettonici secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è rimesso ad un decreto

**I sistemi di scelta del contraente**

**Ampliamento del ricorso alla procedura negoziata**

**Criteri di aggiudicazione: prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa**

del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, previa intesa in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni.

Da tale previsione si deduce la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere sia al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia al criterio del prezzo più basso, innovando rispetto alla disciplina previdente che imponeva di aggiudicare gli appalti in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche la possibilità di ricorrere agli affidamenti in economia viene ampliato dal legislatore.

Difatti, oltre che nei casi previsti dall'art. 125 del Codice, l'affidamento in economia è consentito:

per particolari tipologie individuate con decreto del Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro delle infrastrutture, sentita la richiamata Conferenza unificata, ovvero nei casi di somma urgenza nei quali ogni ritardo sia pregiudizievole alla pubblica incolumità e alla tutela del bene; tali lavori possono essere eseguiti:

- a) in amministrazione diretta, fino all'importo di 300.000,00 Euro;
- b) per cottimo fiduciario fino all'importo di 300.000,00 Euro.

La procedura ristretta semplificata, invece, è ammessa per i lavori di importo inferiore a 1.500.000,00 Euro.

Ciò posto, con riferimento alla fase relativa alla procedura di aggiudicazione il legislatore prevede, altresì, alcune norme speciali, e quindi derogatorie della disciplina generale degli appalti di lavori pubblici, in tema di varianti in corso d'opera, ricalcando quanto già previsto dall'abrogato d.lgs. n. 30/04.

Ai sensi dell'art. 205, infatti, le varianti in corso d'opera possono essere ammesse, oltre che nei casi previsti dall'art. 132, anche su proposta del direttore dei lavori e sentito il progettista, in quanto giustificate dalla evoluzione dei criteri della disciplina del restauro.

La *ratio* sottesa a tale ampliamento del ricorso alle varianti risiede nella consapevolezza della peculiarità degli interventi e delle tecniche utilizzate e nella necessità di superare eventuali imprevisti che potrebbero verificarsi durante l'esecuzione dei lavori in parola, che non potevano essere considerati in anticipo.

Il riferimento alla disciplina del restauro, sebbene possa apparire una limitazione, in verità, di fatto, non lo è, stante la preponderanza, nel settore in parola, degli interventi che possono definirsi di restauro, tanto da essere spesso quasi assorbenti.

Non sono considerati varianti in corso d'opera gli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, finalizzati a prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati, che non modificano qualitativamente l'opera nel suo insieme e che non comportino una variazione in aumento o in diminuzione superiore al 20% del valore di ogni singola categoria di lavorazione, senza modificare l'importo complessivo contrattuale.

Sempre al fine di prevenire e ridurre i pericoli di danneggiamento o deterioramento dei beni tutelati, il responsabile del procedimento, può,

**Ampliato anche il ricorso agli affidamenti in economia**

**Particolare disciplina in tema di varianti in corso d'opera**

altresì, disporre varianti in aumento rispetto all'importo originario del contratto entro il limite del 10%, qualora vi sia disponibilità finanziaria nel quadro economico tra le somme a disposizione della stazione appaltante.

Sono ammesse, inoltre, nel limite del 20% in più dell'importo contrattuale, le varianti in corso d'opera rese necessarie, posta la natura e la specificità dei beni sui quali si interviene, per fatti verificatisi in corso d'opera, per rinvenimenti imprevisi o imprevedibili nella fase progettuale, nonché per adeguare l'impostazione progettuale qualora ciò sia reso necessario per la salvaguardia del bene e per il perseguimento degli obiettivi dell'intervento.

Pertanto, risulta di gran lunga ampliata la possibilità di sottoscrivere varianti in corso d'opera, ammessa con riferimento ad una serie indeterminata di ipotesi.

Infine, viene previsto che, in caso di proposta di varianti in corso d'opera, il responsabile unico del procedimento può chiedere apposita relazione al collaudatore in corso d'opera, finalizzata a palesare le ragioni che impediscono l'esecuzione dei lavori secondo il progetto iniziale.

Anche con riferimento alle varianti in corso d'opera, dunque, viene in rilievo la necessità di contemperare la disciplina generale in materia di appalti di lavori pubblici con la specialità dei contratti relativi ai beni culturali che, come sopra evidenziato, deriva dalla particolarità dell'oggetto – bene culturale, ossia dalla sua specificità materiale e dal suo peculiare regime giuridico.