

Carmen Vitale

La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali nel nuovo Codice degli appalti

(doi: 10.7390/22490)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 2, settembre 2006

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali nel nuovo Codice degli appalti

di [Carmen Vitale](#)

Sommario: [1. Premessa.](#) - [2. Profili generali.](#) - [3. Le novità contenute nel d.lg. 163 del 2006 in materia di appalti nel settore dei beni culturali.](#) - [4. Qualche conclusione.](#)

1. Premessa

L'approvazione del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" [1], offre l'occasione per un ripensamento [2] sullo stato e sul grado di applicabilità della disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali.

Il decreto in questione emanato, come si sa, in attuazione della delega contenuta nell'art. 25 della legge comunitaria 2004 [3], con la quale il governo viene autorizzato ad adottare uno o più decreti legislativi volti a recepire le [direttive 2004/17](#) e [2004/18](#) del 31 marzo 2004 [4], si propone di "codificare" in un unico testo normativo la disciplina degli appalti pubblici, con ciò, dunque, riprendendo in considerazione anche la disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali.

Più in particolare, obiettivi dichiarati cui l'esercizio della delega doveva mirare erano: a) la compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto; b) la semplificazione delle procedure di affidamento; c) il conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della suddetta disciplina; d) l'adeguamento della normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02 [5].

Si tratta, com'è evidente, di finalità analoghe a quelle cui si era ispirato il legislatore comunitario nelle due direttive appalti [6] delle quali si imponeva il recepimento. L'accorpamento delle diverse discipline in unico testo normativo, da un lato e la semplificazione delle procedure dell'affidamento, il contenimento dei tempi procedurali e la ricerca di una più ampia flessibilità degli strumenti giuridici, dall'altro, avrebbero dovuto rappresentare i motivi ricorrenti del decreto in esame.

In realtà, però, ad una prima lettura sembrerebbe che il recepimento delle direttive appalti abbia fornito anche l'occasione per ritoccare e precisare istituti non regolamentati dalle direttive [7] e realizzare una vera e propria codificazione generale della materia, con ciò esponendosi anche al rischio di illegittimità costituzionale di alcune norme del Codice per eccesso di delega [8].

2. Profili generali

Alcune note preliminari circa il contesto nel quale il [Codice](#) si inserisce sembrano utili ad introdurre le considerazioni che qui si svolgeranno a proposito della disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali.

L'occasione, si è detto, era offerta dalla necessità di adeguare la disciplina nazionale alla normativa comunitaria in materia di appalti attraverso il recepimento delle direttive 2004/17 e 2004/18. Il primo dato che è possibile evidenziare è, però, che la normativa nazionale preesistente e le direttive comunitarie si collocavano su due direttrici profondamente distinte.

La prima, nella quale si inseriva il complicato groviglio normativo della più volte modificata [legge Merloni](#) [9],

era prevalentemente improntata ad assicurare imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa e parità tra i concorrenti, anche nella prospettiva della corretta utilizzazione delle risorse pubbliche, in un settore qual è quello degli appalti, fortemente scosso negli anni scorsi da eventi destabilizzanti tanto per la finanza pubblica che per l'ordinamento nel suo complesso.

A questo stato di cose cercavano di rimediare, ad esempio, la preferenza accordata dal legislatore a criteri puramente economici per la valutazione delle offerte e la previsione di limiti stringenti per il ricorso a procedure selettive caratterizzate da un alto tasso di discrezionalità da parte della pubblica amministrazione.

Sul versante comunitario, d'altro canto e questa è la seconda delle due direttrici cui si faceva riferimento, la normativa in materia di appalti si mostra più sensibile ai principi della libertà di circolazione delle merci, della tutela della concorrenza, e della protezione delle imprese competitive sul mercato [10].

Due scenari distinti, dunque, non necessariamente incompatibili, ma senza dubbio diversi. Due modi alternativi di ricostruire il ruolo dell'amministrazione nel sistema degli appalti pubblici, un ruolo da protagonista dell'intera procedura di appalto, che, come tale, va tutelato in via prioritaria, secondo l'impostazione nazionale; un ruolo di co-protagonista insieme al privato, rispetto al quale godere di uguale e non superiore tutela, nel sistema comunitario [11].

Ciò, dunque, sul piano del contesto di riferimento nel quale le nuove norme si collocano. Più d'una, dunque, le esigenze cui la normativa di recepimento doveva cercare di rispondere; evitare la "dispersione" dell'interesse pubblico, pur ricercando condizioni ideali di concorrenza e mercato.

Sempre in termini generali, il d.lg. 163/2006 ripropone, poi, la questione della ripartizione di competenze tra Stato e regioni sui temi oggetto della nuova normativa [12]. Ciò, peraltro, sotto due diversi profili [13]. In primo luogo, l'indicazione delle materie rispetto alle quali le disposizioni del [Codice](#) costituirebbero un limite inderogabile per la potestà normativa regionale sembra avallare l'interpretazione secondo cui lo Stato sia l'unico soggetto titolato a disciplinare il settore dei lavori, dei servizi e delle forniture pubbliche [14]. Ciò, peraltro, in aperta contraddizione con l'interpretazione dell'[art. 117 Cost.](#) [15], che riconosce anche alle regioni potestà normativa nei settori in parola. Ancora. L'art. 5 del decreto 163/2006 affida allo Stato la competenza all'emanazione della disciplina regolamentare di attuazione del Codice, con ciò lasciando intendere che tutte le materie [16] sulle quali si dovrà intervenire con regolamento attuativo rientrino nella competenza esclusiva dello Stato [17].

Anche sul piano del metodo, poi, le regioni non hanno mancato di esprimere perplessità, in ragione dell'assenza di un percorso condiviso e concertato per l'emanazione della nuova disciplina in materia di appalti, proprio in ragione della valenza e della portata del provvedimento in esame [18].

Ciò premesso, è possibile passare ad analizzare più da vicino i contenuti del decreto in esame, per valutare se ed in che misura le sue disposizioni si discostino dalla precedente disciplina in materia di appalti nel settore dei beni culturali.

3. Le novità contenute nel d.lg. 163 del 2006 in materia di appalti nel settore dei beni culturali

Il secondo intervento normativo generale sul tema degli appalti nel settore dei beni culturali giunge a breve distanza dal precedente, contenuto nel [decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 30](#) [19], segnalatosi al tempo della sua emanazione essenzialmente per due ragioni. Intanto, il decreto citato rispondeva all'esigenza, opportunamente manifestata dalla dottrina [20] della predisposizione di un autonomo testo normativo [21], che disciplinasse unicamente gli appalti nel settore dei beni culturali. In secondo luogo, (ma i due aspetti evidentemente sono strettamente correlati), il decreto richiamato si proponeva di soddisfare la domanda di specialità che caratterizza il settore dei beni culturali in ragione dei caratteri di originalità e unicità che ne sono propri.

Passando, però, alla disciplina degli appalti relativi a beni culturali contenute nel [Codice](#) un primo dato che è possibile evidenziare è che le disposizioni contenute nel capo II del Codice "Contratti relativi ai beni culturali", riproducono in sostanza e con i dovuti adattamenti [22] la normativa dettata dal [d.lg. 30/2004](#). Si tratta di soli 9 articoli, contenenti una disciplina derogatoria rispetto a quella prevista in via generale per gli appalti pubblici, rispetto ad alcuni profili particolari tra cui gli appalti misti (art. 199); l'affidamento congiunto (art. 200); la qualificazione degli esecutori (art. 201); le attività di progettazione e direzione dei lavori (artt. 202 e 203); le procedure di scelta dei contraenti e i sistemi di aggiudicazione (art. 204) e le varianti (art. 205).

Vi sono, dunque, alcune disposizioni in meno rispetto al precedente intervento normativo e ciò poiché alcuni principi introdotti per la prima volta dal decreto legislativo n. 30 del 2004 sono poi stati recepiti in termini generali dal nuovo [Codice appalti](#) [23].

Ma procediamo con ordine. La prima delle disposizioni che si incontrano scorrendo i contenuti del Codice è l'art. 197 "*Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici relativi ai beni culturali*", che definisce la relazione tra la disciplina generale e quella speciale prevista per gli appalti nel settore dei beni culturali. Il principio di fondo è che le disposizioni generali richiamate dall'art. 197 saranno applicabili anche i contratti pubblici relativi ai beni culturali *in quanto non derogate e ove compatibili*. La scelta compiuta dal legislatore rappresenta evidentemente il risultato dell'affannosa ricerca di un equilibrio tra tensioni contrastanti del sistema; quella alla valorizzazione delle insopprimibili ragioni di specialità del settore, (peraltro soddisfatte con la precisazione che il rinvio alla disciplina comune è valido, solo ove il legislatore non abbia diversamente disposto e tale disciplina si riveli compatibile con le specifiche esigenze del settore culturale) e quella verso la ricerca di unitarietà della disciplina degli appalti pubblici più rigida e dunque almeno in apparenza più garantista. Ancora. La tecnica utilizzata dal legislatore lascia in qualche modo presumere una preferenza per la specialità della disciplina dei contratti relativi a beni culturali, perché il rinvio non viene operato alla disciplina generale in quanto tale, ma alle parti (ed in alcuni casi agli articoli) [24] di essa di cui si intende estendere l'applicazione al settore dei beni culturali.

Rispetto poi all'ambito di applicazione delle "nuove" norme relative ai contratti nel settore dei beni culturali, l'art. 198, con formulazione che ricalca quella dell'[art. 1 del d.lg. 30/2004](#), dispone che le disposizioni del capo II dettano la disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni mobili e immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale e all'esecuzione di scavi archeologici, anche subacquei.

A parte il riferimento agli scavi subacquei che nell'art. 1 del d.lg. 30/2004 non compariva, viene, dunque, confermata la scelta di sottoporre ad un unico regime i lavori relativi a beni mobili e immobili e gli interventi su elementi architettonici e superfici decorate. Viene altresì ribadita la qualificazione degli appalti pubblici nel settore dei beni culturali come lavori pubblici; circostanza questa che in passato aveva sollevato qualche perplessità [25].

Altra conferma dell'impostazione seguita con la riforma del 2004, quella in materia di appalti misti; conferma relativa tanto alla struttura della norma che all'opzione che in essa viene seguita [26].

La norma in questione si era segnalata, al momento della sua approvazione nel d.lg. 30/2004, perché ignorava il criterio della prevalenza economica (caratteristico della legislazione in materia di lavori pubblici allora vigente), sostituendolo con quello dell'accessorietà. Ciò, peraltro, sempre nell'ottica di coniugare le esigenze di specialità del settore dei beni culturali con quelle di trasparenza e imparzialità, che ne avevano probabilmente ispirato la qualificazione come lavori pubblici.

In proposito, va però precisato che l'[art. 14 del Codice](#) nel disciplinare in generale i contratti misti, continua a richiamare il criterio della prevalenza economica, "salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto".

Anche l'art. 200, in materia di affidamenti congiunti e affidamenti unitari delle lavorazioni relative ai beni culturali, riprende senza modificarlo il contenuto dell'[art. 4 del d.lg. 30/2004](#), che già richiedeva che i lavori concernenti beni mobili e superfici decorate di beni architettonici non fossero affidati 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, non rendessero necessario l'affidamento congiunto. Si tratta di disposizione il cui senso era, comprensibilmente, quello di valorizzare la specialità delle lavorazioni relative a beni culturali rispetto ad altre tipologie di opere, pur prevedendo allo stesso tempo un meccanismo di flessibilità (un provvedimento motivato del responsabile del procedimento che autorizza l'affidamento congiunto), che escludesse il ricorso a procedimenti più macchinosi di quelli ordinari quando ciò si rivelasse non necessario.

In maniera quasi speculare il comma 2 dell'art. 200 legittima, poi, l'affidamento separato di beni che, ancorché inseriti in una collezione o in un compendio immobiliare unitario, siano distinti in base alla tipologia, ai materiali impiegati, alla tecnica e all'epoca di realizzazione, ovvero alle tecnologie specifiche da utilizzare per gli interventi. Ancora una volta, il carattere di unicità dei beni culturali impone un aggiustamento della disciplina generale degli appalti, legittimando la previsione di limiti all'affidamento unitario delle lavorazioni.

Uno dei profili della disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali, ma in generale in materia di appalti pubblici sui quali si è, però, maggiormente concentrata l'attenzione del legislatore [27] e della dottrina [28] è senza dubbio, però, quello della qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori.

In proposito l'[art. 201 del Codice](#) affida allo Stato il compito di dettare con regolamento la disciplina "degli specifici requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori... ad integrazione di quelli generali definiti dal medesimo regolamento".

La norma presenta almeno due profili di interesse. Il primo, riguarda l'individuazione del soggetto competente alla definizione dei requisiti necessari per l'esecuzione dei lavori in materia di beni culturali. L'art. 201 attribuisce come si è detto ad un regolamento statale: a) la verifica, in sede di rilascio delle attestazioni di qualificazione, del possesso dei requisiti dei soggetti esecutori; b) la definizione di nuove categorie di qualificazione che tengano conto delle specificità dei settori; c) i contenuti e la rilevanza delle attestazioni di regolare esecuzione dei predetti lavori; d) le forme di verifica semplificata del possesso dei requisiti.

La problematica, come si sa, è piuttosto complessa. Da un lato, occorre salvaguardare l'esigenza di individuare i requisiti per l'esecuzione dei lavori in maniera omogenea ed uniforme sul territorio nazionale e ciò spiega l'attribuzione della materia alla competenza statale [29]. Dall'altro, però, rimaneva l'opportunità di assecondare la richiesta di specificità delle competenze; specificità necessariamente collegate anche alle diversità territoriali e che avrebbe forse richiesto un più diretto apporto regionale sul punto.

Non è trascurabile, poi, la questione della ripartizione delle competenze tra Stato e regioni in tema di formazione dei restauratori [30], che peraltro il Codice dei beni culturali e del paesaggio aveva cercato di inquadrare in un sistema attento tanto ai vincoli imposti dalla distinzione delle competenze legislative tra i diversi livelli di governo e contemporaneamente alle esigenze di specialità del settore [31].

La prima parte dell'[art. 201 del Codice](#) riflette, dunque, la volontà del legislatore di attribuire maggior peso alla necessità di una disciplina della qualificazione degli esecutori uniforme in tutto il territorio nazionale, con ciò contraddicendo, almeno in apparenza, la precedente impostazione seguita dall'[art. 5 del d.lg. 30/2004](#) [32].

A rendere di difficile comprensione il senso complessivo della norma richiamata è, però, il comma 3, nel quale si recupera quasi *in extremis* una partecipazione sia pure mediata delle regioni alla definizione di "ulteriori specifici requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori di cui all'articolo 198, *ad integrazione* di quelli definiti dal regolamento statale".

A quali ulteriori requisiti il legislatore intendesse riferirsi, (posto che già quelli richiamati al comma 1 sono emanati ad integrazione di quelli previsti dal regolamento statale *ex* all'art. 5 del Codice in via generale), è difficile immaginare. Il comma 3 dell'art. 201 esprime, dunque, piuttosto la volontà del legislatore di salvaguardare le competenze regionali in materia, sia pur senza precisare su quali aspetti esattamente tali competenze debbano concentrarsi.

L'altro motivo di interesse dell'[art. 201](#) è la conferma del principio, espresso dal d.lg. 30/2004, secondo cui la disciplina dei requisiti dei soggetti esecutori dei lavori nel settore dei beni culturali debba rappresentare un'integrazione di quella dettata in generale per l'esecuzione dei lavori pubblici.

La scelta del legislatore rimane ferma, dunque, nel disegnare un sistema generale di qualificazione degli esecutori nell'ambito del quale dovranno collocarsi previsioni dettate *ad hoc*, sia pure dagli stessi soggetti e con le stesse modalità, per i lavori relativi al settore dei beni culturali.

Rimane, pertanto irrisolta la questione della complessità delle fonti in materia di qualificazione degli esecutori, sottolineata dalla dottrina [33] già prima dell'emanazione del [d.lg. 30/2004](#). Anche al momento dell'emanazione del decreto da ultimo citato erano infatti tre le discipline che si sovrapponevano l'una con l'altra: quella generale in materia di esecuzione di lavori pubblici, quella speciale per il settore dei beni culturali e infine quella residuale [34], con conseguenti e difficilmente risolvibili conflitti tra norme. La prospettiva non sembra mutare significativamente alla luce delle osservazioni svolte, con buona pace dei principi di certezza del diritto e applicabilità della normativa da parte degli operatori del settore.

Nessuna innovazione contengono invece gli artt. 202, 203 e 205 in tema rispettivamente di attività di progettazione, direzione dei lavori e accessorie e progettazione e varianti che si limitano a riprendere quanto disposto dagli artt. 6 e 8 e 10 del d.lg. 30/2004, con gli opportuni adattamenti dovuti alla necessità di inserire il contenuto delle nuove disposizioni nel più ampio contesto normativo del Codice.

Infine, l'[art. 204](#) nel disciplinare sistemi di scelta degli offerenti e criteri di aggiudicazione rinvia agli articoli 56 e 57, e dall'articolo 122, comma 7 del Codice per la disciplina delle ipotesi generali nelle quali si ammette il ricorso alla trattativa privata, ampliandole, però, autorizzando il ricorso alla procedura negoziata nei casi di lavori di importo complessivo non superiore a cinquecentomila euro, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, e trasparenza, previa gara informale cui sono invitati almeno quindici concorrenti.

Solo alcune considerazioni rispetto alla disciplina previgente. Intanto, proprio il generale innalzamento delle soglie previste per il ricorso alla trattativa privata aveva rappresentato una delle espressioni più evidenti della specialità del settore, attraverso la previsione di ipotesi di trattativa privata più articolate e dunque di più diffusa applicazione [35]. Circostanza, questa, che non stupisce, dal momento che quello della trattativa privata è uno strumento essenziale in un settore, qual è quello dei beni culturali, nel quale la peculiarità degli interventi giustifica la necessità da parte delle stazioni appaltanti di avvalersi di imprese di fiducia [36]. Per

quanto concerne, invece, le ulteriori modalità di affidamento dell'appalto vengono ancora richiamati l'affidamento in economia e la procedura ristretta semplificata, con la precisazione che, come già per la trattativa privata, anche per tali ulteriori sistemi di affidamento [37], le ipotesi previste per gli appalti su beni culturali, si aggiungono, senza sostituirle, a quelle previste per le altre tipologie di contratti pubblici.

Rispetto, infine, al tema dei criteri di aggiudicazione delle offerte il comma 3 dell'art. 204 affida (con formulazione corrispondente a quella adottata dall'art. 9 del d.lg. 30/2004) ad un decreto del ministro per i Beni e le Attività culturali, (adottato di concerto con il ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'[articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281](#)), l'individuazione delle metodologie di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi [38] nelle ipotesi di affidamento di lavori su beni mobili o superfici decorate di beni architettonici secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa [39].

E' certamente condivisibile la preoccupazione del legislatore a che vengano individuati strumenti certi di valutazione della vantaggiosità dell'offerta, come lo è il metodo concertativo attraverso cui tale individuazione dovrebbe avvenire ad opera di autorità diverse appartenenti allo stesso livello di governo e di livelli di governo diversi. In accordo con quanto previsto già dall'art. 9 del d.lg. 30/2004, l'[art. 204 del Codice](#) non indica, infine, un criterio di aggiudicazione preferibile tra quelli possibili. In proposito, è solo il caso di aggiungere che tale scelta è stata confermata in via generale per gli appalti pubblici, poiché come si anticipava uno degli obiettivi che il governo doveva perseguire con il decreto in esame era l'adeguamento della normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02, nella quale si affermava appunto il principio dell'equiparazione tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa [40].

4. Qualche conclusione

A soli due anni di distanza dal precedente, il recente intervento normativo sulla disciplina degli appalti relativi a beni appartenenti al patrimonio culturale non si segnala, in conclusione, per il suo contenuto innovativo. Si tratta in definitiva, si diceva, dell'adattamento delle disposizioni preesistenti al mutato contesto normativo generale, adattamento reso necessario dall'inserimento della disciplina dei contratti relativi ai beni culturali nel nuovo [Codice appalti](#). Qualche rapida considerazione su questo può però essere svolta. Pare di assistere in qualche modo ad un ritorno al passato; a quando cioè la disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali, seppur speciale, era inserita nel contesto della normativa generale in tema di lavori pubblici [41]. In quel caso, però, si trattava della tappa di un processo che avrebbe condotto, anche se solo temporaneamente, all'"affrancamento" del sistema degli appalti su beni culturali, da quello generale dei lavori pubblici. Oggi, invece, l'inserimento di tale disciplina nel contesto generale di quella dei contratti pubblici delineato dal Codice, può spiegarsi solo con la volontà di fornire agli operatori un unico testo normativo di riferimento [42]. L'intento è condivisibile; nei fatti, però, ciò potrebbe comportare difficoltà applicative di non scarso rilievo [43]. Le norme del Codice si presentano, infatti, assai articolate e di non agevole lettura e ciò probabilmente anche perché si riferiscono ad ipotesi e situazioni variegate. Il capo II, dedicato ai contratti relativi ai beni culturali, e in particolare la parte dedicata alle procedure di affidamento degli appalti ne rappresenta un esempio efficace. La lettura delle disposizioni speciali in coordinamento con quelle di parte generale, alle quali di volta in volta viene operato rinvio, non pare possa semplificare il lavoro di interpretazione degli operatori, anzi. Ciò, peraltro, in netto contrasto con l'obiettivo di semplificazione delle procedure di affidamento, espressamente richiamato dalla legge delega e al quale la codificazione del diritto degli appalti pubblici doveva tendere.

In una prospettiva più "alta", anche se rimane ferma la previsione di disposizioni parzialmente derogatorie per il settore dei beni culturali, il loro inserimento nel [Codice](#) ne attenua in qualche modo il grado di specialità. Non solo. Se in passato l'inserimento di una disciplina speciale degli appalti relativi a beni culturali tra le disposizioni contenute nella normativa in materia di lavori pubblici poteva risultare comprensibile per l'esigenza di arginare e regolamentare le eccezioni alla disciplina generale più rigida e garantista, oggi tale giustificazione non appare rispettosa dello spirito del Codice.

La realizzazione di un complesso normativo unitario in materia di appalti pubblici, imposta dall'adeguamento della normativa all'ordinamento comunitario, implica, infatti, anche il recepimento di una rinnovata concezione dell'interesse pubblico, secondo la quale la materia degli appalti diventa strumento funzionale al mercato inteso quale valore da promuovere e tutelare [44].

I ripetuti richiami al valore della concorrenza *effettiva*, quale principio fondamentale cui dovrebbe ispirarsi il diritto europeo degli appalti pubblici, sembra dunque lasciare in ombra l'affannosa ricerca della trasparenza e dell'imparzialità, che aveva giustificato la sottoposizione degli appalti relativi a beni culturali al complesso normativo della Merloni.

D'altra parte, il [Codice](#), con la contestuale rivisitazione della disciplina in materia di contratti relativi a beni culturali, avrebbe potuto forse rappresentare l'occasione per la soluzione di alcune delle questioni più problematiche legate all'applicazione della normativa in questione.

La qualificazione degli esecutori dei lavori, ad esempio. Qui il Codice non innova, non risolve e forse anzi complica un quadro di per sé già confuso, nel quale più che mai i binomi imparzialità-uniformità e concorrenza-differenziazione si scontrano in maniera evidente e rispetto al quale si sconta su un piano pratico, la carenza di un mercato di professionalità qualificate [45], con competenze anche territorialmente differenziate, la cui definizione pare non poter essere efficacemente assicurata da un sistema di qualificazione monocentrico e generalizzante.

Un'occasione perduta, dunque, quella di ridefinire ruoli ed ambiti di competenza nel sistema della qualificazione; finalità, questa, probabilmente eccedente gli obiettivi della delega, ma che senza dubbio lascia ancora senza risposta alcune delle domande fondamentali sulle quali si gioca l'applicabilità e la coerenza della disciplina dei contratti relativi a beni culturali.

Note

[1] Il decreto, pubblicato sul Supplemento ordinario n. 107/L alla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio 2006, n. 100, entrerà in vigore, salvo ulteriori modifiche, il 1° luglio 2006.

[2] Com'è noto il precedente intervento di codificazione degli appalti nel settore dei beni culturali è piuttosto recente. Ci si riferisce evidentemente al [decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 30](#), sul quale si vedano: [S. De Felice, Relazione al corso su "La nuova disciplina in tema di gestione e appalti di lavori relativi a beni culturali"](#), Roma, Ambasciatori Palace Hotel, 20 e 21 maggio 2004, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it; G. Failla, P. Urciuoli, *Gli appalti di lavori in materia di beni del patrimonio culturale. Il d.lg. 22 gennaio 2004, n. 30*, *Riv. trim. app.*, 2005, 1059 e segg.; [G. Santi, Verso la istituzione di un sistema autonomo degli affidamenti dei "lavori" nel settore dei beni culturali \(Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 30\)](#), in *Aedon*, n. 2/2004; L. Tarantino, *La nuova disciplina degli appalti dei beni culturali*, *Urb. app.*, 2004, p. 533 e, da ultimo, C. Vitale, *La realizzazione dei lavori di restauro dei beni culturali nel decreto legislativo n. 30 del 22 gennaio 2004: qualche novità, molte conferme*, *Giorn. dir. amm.*, 2005, 219 e segg.

[3] [Legge 18 aprile 2005, n. 62](#), "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004", pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 96 del 27 aprile 2005 - Supplemento ordinario n. 76. In questo caso, dunque, l'intervento normativo in tema di appalti nel settore dei beni culturali si giustifica in ragione della volontà del legislatore di codificare l'intero settore degli appalti pubblici. Diversamente, come si sa, il precedente intervento normativo sul tema ([decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 30](#)) si collocava nel quadro di una complessiva codificazione del settore dei beni culturali, che aveva prodotto come esito principale il [decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, Codice dei beni culturali e del paesaggio](#). Per un'analisi delle disposizioni contenute nel Codice, M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004.

[4] Le due direttive sono quelle relative rispettivamente al coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

[5] In tale pronuncia la Corte di Giustizia si esprime a favore della possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di scegliere liberamente tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, perché ciò costituirebbe conseguenza dell'applicazione di un principio di concorrenza effettiva. Di contro, precisa la Corte, "la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta". Per tali ragioni, conclude la Corte, la disposizione dell'[art. 21, della legge 11 febbraio 1994, n. 109](#), nella parte in cui prevede che: a) l'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara e che b) l'aggiudicazione degli appalti mediante appalto-concorso nonché l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata avvengono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sarebbe in contrasto con l'art. 30, n. 1 della direttiva n. 93/37 CEE in materia di lavori pubblici che recita: "I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono: a) o unicamente il prezzo più basso; b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico". Con ciò, di fatto, lasciando l'amministrazione libera di optare di volta in volta per uno dei due criteri. La sentenza della Corte è consultabile sul sito www.curia.europa.eu.

[6] Per un esame del contenuto delle direttive si rinvia a: AA.VV., *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, (a cura di), L. Fiorentino, C. Lacava, *Giorn. dir. amm.*, *Quaderni*, 9, Milano, 2004; G. Marchianò, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18 del 31 marzo 2004*, *Riv. trim. app.*, 2004, 854 e segg.; G. Messina, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, *Dir. comm. int.*, 2005, 100 e segg.; M. Protto, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, *Urb. e App.*, 2004, 755 e segg.; D. Spinelli, F. Petullà, M.A. Portaluri, F. Colagiacomì, *Guida alle nuove direttive appalti*, *Il sole 24 ore*, 2004; C. Vitale, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti*, *Riv. trim. app.*, 2004, 1128 e segg.

[7] E' il caso proprio della disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali che non viene regolamentata dalle direttive 2004/17 e 2004/18.

[8] L. Giampaolino, *Il nuovo codice appalti: rischi e opportunità*, consultabile su www.giustamm.it.

[9] Legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. i., "Legge quadro sui lavori pubblici", c.d. Merloni.

[10] In questi termini, L. Fiorentino, *Verso un Codice unico degli appalti*, www.astridonline.it, 19.

[11] Così, L. Giampaolino, *Il nuovo codice degli appalti: rischi e opportunità*, cit.

[12] La questione andrebbe declinata diversamente rispetto al tema che qui specificamente interessa, vale a dire quello degli appalti nel settore dei beni culturali. Si veda in proposito il parere della sezione consultiva per gli atti normativi espresso dal Consiglio di Stato nell'adunanza del 6 febbraio 2006, consultabile sul sito www.giustamm.it, nel quale viene richiamato l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui dal momento che "la materia dei beni culturali... concerne il restauro dei medesimi, ossia una delle attività fondamentali in cui la tutela si esplica fa parte di un ambito riservato alla legislazione esclusiva dello Stato". La [sentenza della Corte è la n. 9 del 13 gennaio 2004](#), consultabile in *Aedon*, n. 2/2004, con [commento di C. Tubertini](#). Sul tema del rapporto tra tutela e valorizzazione dei beni culturali si vedano tra le altre pronunce della Corte la sentenza 28 marzo 2003, n. 94, *Le regioni*, 2003, p. 1226 e la 20 gennaio 2004, n. 26, consultabili sul sito www.giurcost.org. Sul tema, poi, [G. Pastori, Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze](#), in *Aedon*, n. 3/2004.

[13] Si veda in tal senso il parere reso dalla Conferenza Unificata sullo schema di decreto legislativo il 9 febbraio 2006, consultabile sul sito www.giustamm.it.

[14] Cfr., il testo dell'art. 4 del decreto citato che espressamente dispone: "le regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso. Resta ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare i contratti relativi alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture". Sul punto, A. Celotto, *Gli appalti pubblici tra competenze statali e competenze regionali. Primi spunti*, consultabile su www.giustamm.it.

[15] In particolare, si veda la sentenza n. 303 del 1° ottobre 2003, su www.giurcost.org, nella quale la Corte costituzionale, ricostruisce i termini della questione, precisando che i lavori pubblici rappresentano "ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti", ma aggiunge che pur ammettendo "in ipotesi che sussistano profili di disciplina inerenti a competenze residuali, è infatti indubitabile la potenziale interferenza con esse di funzioni e compiti statali riconducibili alla potestà legislativa esclusiva o concorrente, quali la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, la tutela della concorrenza, il governo del territorio". Sul tema, anche la sentenza della Corte n. 65 del 13 gennaio 2005, in www.giurcost.org.

[16] Il regolamento, a norma dell'art. 5 del d.lg. 163/2006, oltre alle materie per le quali è di volta in volta richiamato, detta le disposizioni di attuazione ed esecuzione del presente codice, quanto a:

- a) programmazione dei lavori pubblici;
- b) rapporti funzionali tra i soggetti che concorrono alla realizzazione dei lavori, dei servizi e delle forniture, e relative competenze;
- c) competenze del responsabile del procedimento e sanzioni previste a suo carico;
- d) progettazione dei lavori, servizi e forniture, con le annesse normative tecniche;
- e) forme di pubblicità e di conoscibilità degli atti procedurali, nonché procedure di accesso a tali atti;
- f) modalità di istituzione e gestione del sito informatico presso l'Osservatorio;
- g) requisiti soggettivi, certificazioni di qualità, nonché qualificazione degli operatori economici, secondo i criteri stabiliti dal presente codice;
- h) procedure di affidamento dei contratti, ivi compresi gli incarichi di progettazione, i concorsi di progettazione e di idee, gli affidamenti in economia, i requisiti e le modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici;
- i) direzione dei lavori, servizi e forniture e attività di supporto tecnico-amministrativo;
- l) procedure di esame delle proposte di variante;
- m) ammontare delle penali, secondo l'importo dei contratti e cause che le determinano, nonché modalità applicative;
- n) quota subappaltabile dei lavori appartenenti alla categoria prevalente ai sensi dell'articolo 118;
- o) norme riguardanti le attività necessarie per l'avvio dell'esecuzione dei contratti, e le sospensioni disposte dal direttore dell'esecuzione o dal responsabile del procedimento,
- p) modalità di corresponsione ai soggetti che eseguono il contratto di acconti in relazione allo stato di avanzamento della esecuzione;

q) tenuta dei documenti contabili.

r) modalità e procedure accelerate per la deliberazione, prima del collaudo, sulle riserve dell'appaltatore;

s) collaudo e attività di supporto tecnico-amministrativo, ivi comprese le ipotesi di collaudo semplificato sulla base di apposite certificazioni di qualità, le ipotesi di collaudo in corso d'opera, i termini per il collaudo, le condizioni di incompatibilità dei collaudatori, i criteri di rotazione negli incarichi, i relativi compensi, i requisiti professionali secondo le caratteristiche dei lavori.

[17] Com'è noto, infatti, l'art. 117 6 comma della Costituzione circoscrive la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza esclusiva.

[18] In questi termini ancora il parere della Conferenza Unificata citato.

[19] Il decreto, richiamato, adottato in attuazione della delega contenuta nell'[art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137](#) nel quadro di una complessiva codificazione del settore dei beni culturali, si proponeva, come si sa, l'obiettivo di adeguare la disciplina degli appalti di lavori alle specificità del settore dei beni culturali

[20] [G. Santi, Attività di restauro dei beni culturali e legge Merloni-quater: il recupero della specialità nella disciplina dell'evidenza pubblica](#), in *Aedon*, n. 2/2002.

[21] Prima delle modifiche introdotte nel 2004, la disciplina degli appalti relativi a beni culturali confluiva, com'è noto, in base a quanto disposto dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (Merloni-ter), in quella generale in materia di lavori pubblici. A tale irrazionale omogeneità si era, peraltro, cercato di ovviare prima con la previsione di un autonomo titolo (XIII) dedicato al settore dei beni culturali nel d.p.r. n. 554 del 21 dicembre 1999, (regolamento generale di attuazione della Merloni), poi con la previsione (ad opera della legge 1° agosto 2002, n. 166, Merloni-quater) di una disciplina derogatoria rispetto a quella generale in materia di lavori pubblici ma relativa ai soli interventi di restauro di beni mobili e superfici decorate.

[22] Si veda ancora il già richiamato parere della sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato.

[23] Il riferimento è alla generalizzazione del criterio della prevalenza qualitativa negli appalti misti e all'ampliamento delle soglie entro le quali ammettere la trattativa privata. Su entrambi i profili si rinvia alle considerazioni che verranno svolte in seguito. Quello che era, invece, l'art. 2 del d.lg. 30/2004 in materia di sponsorizzazioni è stato ommesso, dal momento che l'istituto in questione è stato previsto in via generale dal Codice all'art. 26. Sulle sponsorizzazioni nel settore dei beni culturali, [G. Piperata, Sponsorizzazione e interventi di restauro sui beni culturali](#), in *Aedon*, n. 1/2005.

[24] Vengono in particolare richiamate le disposizioni:

- 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 di lavori pubblici);

- della parte IV (contenzioso);

- della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero 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 di cui all'articolo 28, ovvero inferiore.

[25] Sul punto, [M. Cammelli, Restauro dei beni culturali mobili e lavori pubblici: principi comuni e necessaria diversità \(a proposito del d.m. 3 agosto 2000, n. 294\)](#), in *Aedon*, n. 2/2001. Negli stessi termini il Consiglio superiore dei lavori pubblici nel parere rilasciato in data 26 ottobre 2001 sugli schemi di regolamento recanti il "Capitolato speciale per il lavoro di restauro dei dipinti su tela e per il lavoro di restauro dei dipinti su tavola".

[26] Come nell'art. 3 del d.lg. 30/2004, anche qui vengono indicate alcune ipotesi di appalti misti (allestimenti dei musei, archivi e biblioteche o di altri luoghi di interesse culturale manutenzione e restauro dei giardini storici,) e si prevede che qualora i servizi di installazione e montaggio e le forniture di materiali assumano rilevanza prevalente ai fini dell'oggetto dell'appalto e della qualità dell'intervento si applicherà la disciplina, rispettivamente, dei servizi o delle forniture anche se il valore economico dei lavori di installazione e di adeguamento dell'immobile risulti superiore.

[27] La disciplina, relativamente all'esecuzione di lavori su beni del patrimonio culturale era quella contenuta nel d.m. 3 agosto 2000, n. 294 (modificato dal d.m. 24 ottobre 2001, n. 420) emanato in attuazione dell'art. 8 comma 11-sexies della Merloni come sostituito dall'art. 7 della legge n. 166 del 2002.

[28] Sul tema, M. Cammelli, *Restauro dei beni culturali mobili*, cit. e [C. Tubertini, I limiti della potestà legislativa regionale in materia di formazione professionale nella tutela dei beni culturali](#), in *Aedon*, n. 2/2004.

[29] La disciplina dei requisiti per la partecipazione ad appalti pubblici presenta, infatti, un evidente relazione con la questione della tutela della concorrenza che, com'è noto, viene inserita nell'elenco delle materie oggetto di potestà esclusiva dello Stato. Sul tema Corte costituzionale, sentenza n. 65 del 2005, citata.

[30] Sul punto, com'è noto, la Corte costituzionale era intervenuta con la già richiamata [sentenza n. 9 del 2004](#) per decidere in merito al conflitto di attribuzione sorto a seguito dell'emanazione dell'art. 3 del [d.m. 24 ottobre 2001, n. 420](#) (Regolamento recante modificazioni ed integrazioni al d.m. 3 agosto 2000, n. 294 del ministro per i Beni e le Attività

culturali, concernente l'individuazione dei requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori di restauro e manutenzione dei beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici) promosso dalla regione Toscana, per concludere che la norma impugnata non "disciplinando corsi di istruzione, requisiti di ammissione, reclutamento e *status* dei docenti non può rientrare nella materia della formazione professionale" rientrando invece nella materia della tutela dei beni culturali, perché concernente il restauro dei medesimi. Sul tema, C. Tubertini, *I limiti della potestà legislativa regionale*, cit.

[31] Si veda in tal senso l'art. 29 del Codice dei beni culturali dedicato alla conservazione del patrimonio culturale, con commento di M. Guccione, in M. Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturali*, cit., 179-186. In proposito, va peraltro richiamata la recente approvazione del decreto legislativo 24 marzo 2006, n. 156, "*Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali*", pubblicato in G.U. n. 97 del 27 aprile 2006 - Suppl. Ord. n. 102. L'art. 4 del d.lg. 156/2006 modifica, infatti, l'[art. 182 del Codice dei beni culturali e del paesaggio](#) che si occupava proprio dell'applicazione in via transitoria della disciplina dei requisiti degli esecutori dei lavori nel settore dei beni culturali.

[32] L'[art. 5 del d.lg. 30/2004](#) disponeva, infatti, che "con decreto del ministro per i Beni e le Attività culturali, di concerto con il ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono definiti specifici requisiti di qualificazione dei soggetti esecutori dei lavori indicati all'articolo 1".

[33] Ancora, M. Cammelli, *Restauro dei beni mobili*, cit.

[34] Si trattava, evidentemente, del d.p.r. del 25 gennaio 2000, n. 34, del citato d.m. 294 del 2000 e infine del d.p.r. 554 del 21 dicembre 1999.

[35] G. Santi, *Verso la istituzione di un sistema autonomo*, cit.

[36] G. Failla, P. Urciuoli, *Gli appalti di lavori*, cit., 1085.

[37] In proposito, l'art. 204 precisa che l'affidamento in economia oltre che nei casi previsti dall'art. 125, è consentito... per particolari tipologie individuate con decreto del ministro per i Beni e le Attività culturali, di concerto con il ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, sentita la Conferenza Unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, ovvero nei casi di somma urgenza nelle quali ogni ritardo sia pregiudizievole alla pubblica incolumità e alla tutela del bene e possono essere eseguiti: a) in amministrazione diretta, fino all'importo di trecentomila euro; b) per cottimo fiduciario fino all'importo di trecentomila euro. Per la procedura ristretta semplificata l'art. 204 conferma, invece, il limite di un milione e cinquecentomila euro.

[38] In proposito è stato solo eliminato il riferimento alle modalità di redazione e presentazione dei *curricula* da parte degli offerenti.

[39] La dizione della norma, parzialmente diversa da quella dell'art. 9 del d.lg. 30/2004, ne condivide tuttavia il significato che pare quello di collegare l'utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa alla realizzazione di interventi relativi a beni mobili o superfici decorate di beni architettonici.

[40] Sul punto, L. Fiorentino, *Verso un Codice unico degli appalti*, cit., 17.

[41] E' stato, come si sa, con la [legge 18 novembre 1998, n. 415](#) (Merloni-ter) che la disciplina degli appalti nel settore dei beni culturali era confluita in quella generale in materia di lavori pubblici.

[42] P. De Lise, *Presentazione del nuovo codice degli appalti*, in www.giustamm.it.

[43] Non va trascurato, tra l'altro, che la fase transitoria che si concluderà solo con l'emanazione del regolamento di attuazione (prevista dallo stesso Codice entro luglio 2007) si annuncia complessa. Saranno infatti le amministrazioni a dover verificare volta per volta se la vecchia normativa (sia il d.p.r. n. 554 del 1999 che il d.p.r. n. 34 del 2000) sia in linea con la nuova e possa ancora trovare applicazione. Così, V. Uva, *In Gazzetta il nuovo codice appalti, Il Sole 24 ore*, 3 maggio 2006, 25.

[44] Ancora L. Fiorentino, *Verso un Codice unico*, cit., 19.

[45] C. Tubertini, *I limiti della potestà legislativa regionale*, cit.