

SUPPLEMENTI
S

L'eredità
di Massimo Montella



IL CAPITALE CULTURALE
Studies on the Value of Cultural Heritage

eum

Rivista fondata da Massimo Montella



IL CAPITALE CULTURALE
Studies on the Value of Cultural Heritage
Supplementi 12 / 2022

eum

Il capitale culturale

Studies on the Value of Cultural Heritage

Supplementi, n. 12, 2022

ISSN 2039-2362 (online)

ISBN (print) 978-88-6056-796-3; ISBN (pdf) 978-88-6056-797-0

© 2015 eum edizioni università di macerata

Registrazione al Roc n. 735551 del 14/12/2010

Direttore / Editor in chief Pietro Petrarola

Co-direttori / Co-editors Tommy D. Andersson, Elio Borghoni, Rosanna Cioffi, Stefano Della Torre, Michela di Macco, Daniele Manacorda, Serge Noiret, Tonino Pencarelli, Angelo R. Pupino, Girolamo Sciuolo

Coordinatore editoriale / Editorial coordinator Maria Teresa Gigliozzi

Coordinatore tecnico / Managing coordinator Pierluigi Feliciati

Comitato editoriale / Editorial board Giuseppe Capriotti, Mara Cerquetti, Francesca Coltrinari, Patrizia Dragoni, Pierluigi Feliciati, Costanza Geddes da Filicaia, Maria Teresa Gigliozzi, Chiara Mariotti, Enrico Nicosia, Francesco Pirani, Mauro Saracco, Emanuela Stortoni

Comitato scientifico - Sezione di beni culturali / Scientific Committee - Division of Cultural Heritage Giuseppe Capriotti, Mara Cerquetti, Francesca Coltrinari, Patrizia Dragoni, Pierluigi Feliciati, Maria Teresa Gigliozzi, Susanne Adina Meyer, Marta Maria Montella, Umberto Moscatelli, Sabina Pavone, Francesco Pirani, Mauro Saracco, Emanuela Stortoni, Carmen Vitale

Comitato scientifico / Scientific Committee Michela Addis, Mario Alberto Banti, Carla Barbati, Caterina Barilaro, Sergio Barile, Nadia Barrella, Gian Luigi Corinto, Lucia Corrain, Girolamo Cusimano, Maurizio De Vita, Fabio Donato, Maria Cristina Giambruno, Gaetano Golinelli, Rubén Lois Gonzalez, Susan Hazan, Joel Heuillon, Federico Marazzi, Raffaella Morselli, Paola Paniccia, Giuliano Pinto, Carlo Pongetti, Bernardino Quattrococchi, Margaret Rasulo, Orietta Rossi Pinelli, Massimiliano Rossi, Simonetta Stopponi, Cecilia Tasca, Andrea Ugolini, Frank Vermeulen, Alessandro Zuccari

Web <http://riviste.unimc.it/index.php/cap-cult>, email: icc@unimc.it

Editore / Publisher eum edizioni università di macerata, Corso della Repubblica 51 – 62100 Macerata, tel (39) 733 258 6081, fax (39) 733 258 6086, <http://eum.unimc.it>, info.ceum@unimc.it

Layout editor Oltrepagina srl

Progetto grafico / Graphics +crocevia / studio grafico



Rivista accreditata WOS
Rivista riconosciuta SCOPUS
Rivista riconosciuta DOAJ
Rivista indicizzata CUNSTA
Rivista indicizzata SIMED
Inclusa in ERIH-PLUS

L'eredità di Massimo Montella

Con il contributo di:



L'eredità di Massimo Montella

Atti della giornata di studio (Macerata, 25 novembre 2021)

a cura di
Mara Cerquetti, Patrizia Dragoni

La Sezione di Beni culturali “Massimo Montella” esprime un sentito ringraziamento alla Fondazione Gaetano e Simona Golinelli per il fattivo sostegno alla pubblicazione del fascicolo.

Il dialogo tra discipline, sistema universitario e gestione dei beni culturali

Patrimonio culturale e PSPP secondo il Codice dei contratti

Girolamo Sciullo*

Abstract

L'articolo discute le “forme speciali” di partenariato pubblico-privato nel settore dei beni culturali previste dall'art. 151, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

The article discusses “special forms” of public-private partnership on cultural heritage provided for by art. 151, paragraph 3 of the Code of public contracts.

1. *Premessa*

Salvo mio errore Massimo Montella non si è mai occupato di partenariato pubblico-privato nell'accezione specifica presente nel Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016 e succ. mod.). Se però depuriamo l'espressione dal suo peculiare significato tecnico giuridico e la intendiamo come collaborazione, concorso dei privati alla tutela, valorizzazione e gestione del patrimonio cultu-

* Girolamo Sciullo, già Professore ordinario di Diritto amministrativo, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, via Pigna, 5, 37121 Verona, e-mail: g. sciullo@studiogam.it.

rale pubblico in sinergia con le istituzioni, è possibile senz'altro affermare che il tema è presente come dato centrale nel pensiero e negli scritti di Massimo.

La premessa va ravvisata nell'idea – vero e proprio caposaldo – che il bene culturale (in particolare) pubblico sia un bene “di fruizione” e non bene “di appartenenza”¹, il che sposta immediatamente l'attenzione dal rapporto bene-ente pubblico che ne ha la disponibilità al rapporto bene-cittadino che ne fruisce, ponendo il tema del valore e delle forme del concorso dei cittadini alla cura (intesa nel suo significato più ampio) del bene culturale specie pubblico.

Da qui trova origine ideale la sottolineatura presente nei suoi scritti relativi alla Convenzione di Faro del ruolo che risulta affidato alle popolazioni in quanto entità direttamente chiamate tanto a individuare il *loro* patrimonio culturale, inteso come insieme delle risorse materiali e dei valori provenienti dal passato nei quali esse si riconoscono, quanto a partecipare come “comunità di eredità” ai processi di valorizzazione e di conservazione di questo patrimonio². Ruolo che segna il passaggio dal “diritto del patrimonio culturale” al “diritto al patrimonio culturale” (quale diritto «individuale e collettivo di trarre beneficio dal patrimonio»³) e che impegna degli Stati a favorire la partecipazione democratica e a incoraggiare iniziative della società civile a integrazione degli sforzi delle autorità pubbliche⁴.

Come corollario, su un piano generale, viene evidenziata l'esigenza che, per evitare la frammentazione degli interventi sul patrimonio culturale, si adotti come *modus operandi* sistemico la programmazione negoziata, in quanto meccanismo che consente a soggetti pubblici e privati di negoziare azioni e risorse congiunte⁵. Mentre, su un piano più specifico ma non di minore rilievo, si sottolinea che le fondazioni *ex* bancarie dovrebbero assumere, nella logica della *venture philanthropy*, l'impegno a stabilire rapporti di *partnership* di lungo periodo, senza limitarsi al semplice *grant-giving*⁶. D'altro canto, si manifesta l'esigenza che anche i privati per eccellenza *profit* (le imprese) assumano «atteggiamenti [...] decisamente proattivi»⁷ verso il settore dei beni culturali, nella consapevolezza ormai diffusa che «il loro *social commitment* include il patrimonio culturale storico quale parte del capitale comunitario»⁸, a sua volta da intendersi come «fattore produttivo vero e proprio e [...] vantaggio competitivo inimitabile per i prodotti *made in Italy*»⁹.

¹ Cfr. in particolare Montella 2016b, pp. 129-132.

² Cfr. specialmente Montella 2016c, p. 14.

³ Montella 2016b, p. 130.

⁴ Cfr. Montella 2016b, pp. 130-132.

⁵ Cfr. Montella 2016d, p. 176.

⁶ Cfr. Borgonovi, Montella 2016, p. 188.

⁷ Montella 2008, p. 96.

⁸ Ivi, pp. 95-96.

⁹ Montella 2014, p. 166.

2. *L'art. 151, comma 3, del Codice dei contratti*

Veniamo all'art. 151 che tratta del tema oggetto del mio intervento¹⁰. La disposizione chiude il Capo III ("Appalti nel settore culturale"), Titolo VI ("Regimi particolari di appalto"), Parte II del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, "Codice dei contratti pubblici" (d'ora in avanti Codice), in un contesto quindi di specialità ovvero di adattamento della disciplina generale alle esigenze di aree specificamente individuate.

Al comma 3, attualmente¹¹ recita:

Per assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela, lo Stato, le regioni e gli enti territoriali possono, con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente, attivare forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili, attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1. Resta fermo quanto previsto ai sensi dell'articolo 106, comma 2-bis, del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42¹².

Il fulcro della disposizione sta nel prevedere per taluni partenariati forme di individuazione del partner privato con procedure semplificate rispetto a quelle previste in via ordinaria¹³. Il suo contenuto reca una norma «aperta»¹⁴, fonte di non poche incertezze interpretative. In particolare, è dubbia la perimetrazione delle "forme speciali di partenariato" (non indicata dalla disposizione né rimessa ad un atto di normazione secondaria) che rappresenta il punto fondamentale nell'economia della norma, perché la sua individuazione segna lo spartiacque fra la disciplina ordinaria prevista per la scelta del contraente

¹⁰ Per riferimenti di ordine generale sulla cooperazione pubblico-privato cfr. Cammelli 2020, p. 295 e ss. e spec. 306 e ss.; Casini 2016, p. 210; Moliterni 2019a.

¹¹ L'art. 8, comma 5, lett. *c-ter*, nn. 1) e 2), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", conv. dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, ha modificato l'art. 151, comma 3, estendendo agli enti territoriali diversi dallo Stato la possibilità di attivare il partenariato, fermo restando quanto previsto dall'art. 106, comma 2-bis del Codice dei beni culturali e del paesaggio; sul punto cfr. Moliterni 2020.

¹² D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 151, comma 3.

¹³ Dopo la pubblicazione, per almeno trenta giorni, di un avviso sul sito internet dell'amministrazione della proposta di partenariato ricevuta o elaborata dalla stessa amministrazione, l'accordo «può essere liberamente negoziato, nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento» qualora pervengano più manifestazioni di interesse, e si darà luogo quindi ad «un minimo di confronto concorrenziale tra di esse, sia pure senza rigorose formalità», così MiBACT-Ufficio Legislativo, Circolare 9 giugno 2016, n. 17461, "Sponsorizzazione di beni culturali", par. 7, che peraltro aggiunge «ferma restando la necessaria riferibilità del negozio stipulato al contratto pur succintamente descritto nell'avviso [...] pubblicato», con esclusione pertanto della «piena e libera modificabilità del contratto ipotizzato a monte», par. 8.

¹⁴ Ivi, par. 11.

privato nei contratti pubblici e quella “speciale” dettata dal combinato disposto dell’art. 151, comma 3, e dell’art. 19.

Su tale questione si soffermerà il mio intervento, secondo la seguente articolazione. Anzitutto si esporranno le opzioni interpretative prospettabili. Si procederà poi alla verifica della disposizione alla luce delle esperienze intervenute. Da ultimo si trarranno alcune considerazioni di sintesi.

3. *Le opzioni interpretative prospettabili*

Detto in grande sintesi¹⁵, tre appaiono le opzioni prospettabili.

Secondo la prima, le forme speciali di partenariato pubblico-privato (d’ora in avanti PSPP) sarebbero quelle che si discostano dalle forme di partenariato previste specificamente dal Codice agli artt. 182-191, ma che risulterebbero pur sempre riconducibili quanto a caratteri di base al genus partenariato pubblico-privato (nel prosieguo PPP) come definito dall’art. 3, comma 1, lett. *eee*) dello stesso Codice.

Secondo, poi, un’opinione prospettata dal MiBACT e sostenuta da una significativa dottrina¹⁶, quella cui allude l’art. 151, comma 3, sarebbe una tipologia di partenariato «del tutto speciale e molto diversa»¹⁷ dai partenariati disciplinati dal Codice, perché connotata da peculiari finalità (miglioramento della fruizione e promozione della ricerca scientifica) e oggetto (recupero, restauro, manutenzione programmata, gestione, apertura alla pubblica fruizione, valorizzazione di beni culturali immobili). Sotto un profilo strutturale si tratterebbe di un «contenitore»¹⁸ all’interno del quale potrebbero combinarsi «diversi tipi e cause contrattuali»¹⁹.

Come esempi, tratti anche dalla prassi precedente il Codice, vengono indicati la collaborazione scientifica e di ricerca in tema di patrimonio culturale²⁰, la cooperazione in attività di valorizzazione²¹, il concorso in attività prodromiche alla tutela o integrative della stessa, l’instaurazione di rapporti con fondazioni bancarie e soggetti del volontariato e del terzo settore, e le forme collaborative che possono innestarsi nelle fasi ascendente e discendente degli accordi di valorizzazione di cui all’art. 112, D.Lgs. 42/2004.

¹⁵ Per indicazioni più estese sia consentito rinviare a Sciuillo 2021.

¹⁶ Cfr. Albisinni 2016, p. 514; Cammelli 2020, p. 308 e s.; Carpentieri 2016, p. 1026 e s.; Casini 2017, p. 2280; Croce, de Nitto 2019, p. 189.

¹⁷ MiBACT-Ufficio Legislativo, Circolare 9 giugno 2016, n. 17461, par. 11.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. art. 118, comma 1, D.Lgs. 42/2004.

²¹ Cfr. artt. 6, comma 3, e 11, comma 1, D.Lgs. 42/2004.

La tesi appena esposta può essere formulata anche nei termini che seguono. Sono da considerarsi “forme speciali di partenariato” le figure di collaborazione pubblico-privato non riconducibili né ai contratti tipici, ma neppure al genus del PPP considerato dal Codice. Tale genus o schema generale presenta tratti imprescindibili desumibili tanto dall’art. 3, comma 1, lett. *eee*), quanto dall’art. 180 (e dal richiamato art. 165, commi 3-5) e che vengono individuati:

- in un complesso di attività o “progetto” riguardante l’organizzazione, la realizzazione e la gestione di un’opera pubblica o di un servizio di interesse generale;
- in una connotazione imprenditoriale del progetto, che postula la sua fattibilità in termini di equilibrio economico-finanziario (compresenza di convenienza economica e sostenibilità finanziaria), la redditività dell’investimento privato nonché una durata del rapporto fra il pubblico e il privato funzionale all’ammortamento dell’investimento;
- nell’allocazione del rischio in capo al privato circa la riuscita del progetto (oltre al rischio “di costruzione”, quello “di disponibilità” o, a seconda dei casi, “di domanda”)²².

Pertanto, per “forme speciali di partenariato” devono intendersi forme di collaborazione che siano prive dei suddetti elementi, in sintesi potrebbe dirsi, che manchino di connotazione economico-finanziaria che funga da baricentro nel rapporto pubblico-privato.

Una considerazione a parte merita la collaborazione fra il pubblico e gli enti del terzo settore (ETS) in ambito culturale. Il Codice del terzo settore (D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117) contiene due norme specifiche. La prima (art. 71, comma 3), relativa a concessione di lavori (interventi di restauro su immobili culturali appartenenti a enti territoriali) e gestione (conservazione, apertura alla pubblica fruizione e migliore valorizzazione) degli stessi immobili. La seconda (art. 89, comma 17), per la quale «in attuazione dell’articolo 115 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42»²³, il Ministero e gli enti territoriali minori possono attivare forme speciali di partenariato con enti del terzo settore «dirette alla prestazione di attività di valorizzazione di beni culturali immobili di appartenenza pubblica»²⁴. In ambedue i casi l’individuazione degli ETS è previsto che avvenga «attraverso le procedure semplificate di cui all’art. 151, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»²⁵.

²² Sugli elementi caratterizzanti il PPP nel Codice cfr. Amorosino 2017, pp. 617 e 619; Botto, Castrovinci Zenna 2020, p. 205; Di Pace 2020, par. 1; Lattanzi 2017, p. 2604 e ss.; Lucattini 2017, p. 927 e ss. e spec. p. 930; Santi 2017, p. 153 e ss. Tali elementi richiamano ma non coincidono completamente con quelli individuati dal *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM 2004 327 def., par. 1.1, sui quali Di Pace 2020, par. 1 e Lucattini 2017, p. 925.

²³ D.Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, art. 89, comma 17.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

Da ultimo, una diversa “specialità” sembra emergere dalla circolare della DG Musei del MiBACT 8 novembre 2019, n. 45²⁶. In essa, si rileva che l’istituto del PPP di cui all’art. 151, comma 3 – come sottolineato nella circolare dell’Ufficio legislativo 17641/2016 – risulta applicabile «nella sua formulazione ampia e generica [...] a molteplici tipi e cause contrattuali»²⁷, e si suggerisce un modello operativo al fine di agevolare forme di collaborazione fra Istituti dotati di autonomia speciale/Poli museali e soggetti privati, enti o organismi pubblici, per «la gestione di immobili o siti museali/archeologici ad oggi non aperti al pubblico»²⁸. Tale modello (contenuto nell’All. 1), rivolto all’attivazione di una «forma speciale di partenariato ai sensi dell’art. 151, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016»²⁹, prevede la pubblicazione per la durata di almeno trenta giorni sul sito web dell’Istituto/Polo nonché del Ministero di un avviso recante la comunicazione che l’Istituto/Polo è alla ricerca di un partner cui affidare la gestione, del sito culturale, «con finalità di pubblica fruizione, valorizzazione e conservazione»³⁰, secondo un capitolato tecnico allegato (punto 1). L’avviso deve recare la descrizione della situazione attuale del sito: «gestione/non gestione/apertura/non apertura al pubblico»³¹. Gli interessati possono presentare una proposta recante un progetto di gestione, apertura alla fruizione e valorizzazione entro il termine di trenta giorni (o superiore) dalla pubblicazione (punto 2). Decorso il termine l’Istituto/Polo può avviare la fase di negoziazione del contratto con il(i) proponente(i), applicando, nel rispetto dei principi di imparzialità e parità di trattamento, i criteri di valutazione descritti nello stesso avviso (punto 4). Sembra opportuno rilevare che si prevede il pagamento di un canone annuo in favore dell’amministrazione dalla stessa determinato, corrispondente di base al valore del bene/sito determinato dall’Agenzia del demanio (punto 5)³².

In sintesi, dal tenore della circolare e dall’avviso allegato emerge il suggerimento di utilizzare una forma semplificata di individuazione del partner privato, modellata, sia pure con talune specificazioni aggiuntive, su quella prevista dall’art. 19 del Codice, richiamata dall’art. 151, comma 3.

Importante è rilevare che il tipo di collaborazione contemplata è fondamentalmente riconducibile alla concessione di servizi, ad una forma cioè “ordinaria” di partenariato prevista dal Codice. Il che pone l’interrogativo del dove

²⁶ La circolare reca come oggetto “Note esplicative e modelli operativi per la realizzazione di forme speciali di partenariato pubblico-privato nei beni culturali ex art. 151, comma 3 del Codice dei contratti pubblici”.

²⁷ MiBACT-DG Musei, Circolare 8 novembre 2019, n. 45, par. 1.

²⁸ Ivi, par. 2.

²⁹ Ivi, All. 1.

³⁰ *Ibidem*, Premessa.

³¹ *Ibidem*.

³² Il canone è ridotto nel caso in cui l’operatore «abbia natura non lucrativa» (Ivi, All. 1, par. 5.1).

possa ravvisarsi la “specialità” richiesta dall’art. 151, comma 3, per consentire una modalità semplificata di individuazione del partner privato.

La risposta pare doversi rintracciare unicamente nel fatto che il partenariato previsto ha finalità (gestione, pubblica fruizione, valorizzazione e conservazione) e oggetto (beni culturali immobili) corrispondenti alle indicazioni contenute nell’art. 151, comma 3. Insomma, si tratterebbe di una specialità in *re ipsa*, che sussiste per il solo fatto che il partenariato si modella su quanto indicato (in termini di soggetti, finalità e oggetto) da tale disposizione. E questo sarebbe motivo sufficiente per giustificare un regime derogatorio (ossia semplificato) per la scelta del partner privato. Per dirla con altre parole, “l’eccezione culturale” consentirebbe uno snellimento procedurale ignoto ad altri ambiti.

Siffatta specialità, di per sé rientrando nella discrezionalità del legislatore nazionale, per risultare giuridicamente corretta non potrebbe però non misurarsi con il quadro delle regole europee poste a tutela della concorrenza. Pertanto dovrebbe riferirsi o a partenariati estranei alle figure dell’appalto e della concessione come configurate dal diritto dell’Unione (ad es. i PSPP delineati secondo la precedente opzione) oppure a partenariati astrattamente riconducibili a tali figure, ma che non rientrano nell’ambito di applicazione del diritto derivato dell’Unione in tema di concessioni e appalti pubblici (perché hanno ad oggetto, in termini di concessione, servizi culturali strutturati come servizi non economici di interesse generale³³, oppure perché, in termini di appalto o di concessione, si riferiscono a prestazioni di lavori, servizi o forniture di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea)³⁴.

Delle tre opzioni interpretative appena illustrate la prima è sicuramente da escludere perché non tiene conto della intera disciplina codicistica. Il comma 8 dell’art. 180, infatti, dopo aver menzionato talune figure di partenariato, prosegue affermando che «nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 [di PPP]»³⁵ rientra anche «qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere e servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti»³⁶. Il che comporta inequivocabilmente che figure atipiche (o se si preferisce forme speciali) di PPP, in quanto riconducibili al genus PPP, sono pur sempre soggette alla disciplina generale comune³⁷.

³³ Cfr. art. 4, par. 2, e considerando 6 della Direttiva 2014/23/UE, 26 febbraio 2014, “Aggiudicazione dei contratti di concessione”.

³⁴ Cfr. art. 1, par. 1, della Direttiva 2014/23 e della Direttiva 2014/24, 26 febbraio 2014, “Appalti pubblici”.

³⁵ D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, art. 180, comma 8.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Parla esplicitamente di “figure tipizzate” e di “figure atipiche”, entrambe sottoposte a una “disciplina quadro”, Consiglio di Stato, Commissione speciale, 21 marzo 2016, n. 855, sub art. 180. Cfr. anche, ad es., Santi 2017, p. 158. Sottolinea la mancata tipizzazione delle figure di PPP come tratto più innovativo della disciplina del Codice Di Cristina 2016, p. 488.

Tale disciplina annovera anche la previsione contenuta nell'art. 181, comma 1, per la quale «la scelta dell'operatore economico [leggasi del partner privato] avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo»³⁸, il che rimanda alle norme dettate dagli artt. 59 ss. e 66 ss. del Codice.

Ed allora se si intendessero le “forme speciali di partenariato” di cui all'art. 151, comma 3, come figure non riconducibili ai contratti di PPP normati specificamente dal Codice, ma presentanti i caratteri di genere del PPP considerato dallo stesso Codice, la previsione della procedura semplificata contenuta in tale disposizione si porrebbe in aperto contrasto con la disciplina comune dettata dal Codice per l'individuazione del partner privato nei contratti di PPP, come tale valida anche per quelli atipici.

Viceversa, le altre due opzioni interpretative appaiono entrambe sostenibili non prestando il fianco ad obiezioni di tipo sistematico. Di qui l'interesse a considerare come si sia orientata la applicazione dell'art. 151, comma 3, del Codice.

4. *Esperienze applicative*

In questa sede l'esame delle esperienze di forme speciali di partenariato pubblico-privato (PSPP) intervenute dopo l'entrata in vigore del Codice non presenta peraltro carattere esaustivo: solo di recente è stato costituito l'Osservatorio nazionale sui partenariati speciali pubblico-privato³⁹, e perciò si affida ai non numerosi casi reperiti sulla rete⁴⁰. Di conseguenza ha il valore di una “campionatura” solo indicativa. È da aggiungere che sovente i materiali reperiti concernono proposte di partenariato, i cui contenuti possono non riflettersi completamente negli accordi di partenariato che intervengono ad esito della negoziazione compiuta dalle parti una volta spirato il termine fissato dall'avviso (ex art. 19 del Codice) per la presentazione di manifestazioni di interesse.

Caso 1. Anzitutto può segnalarsi il PSPP (che parrebbe il primo in ordine temporale) intercorso nell'ottobre del 2020 fra il Comune di Bergamo e il Teatro Tascabile di Bergamo (società cooperativa che svolge attività sul modello del teatro di gruppo e del teatro laboratorio) su iniziativa del privato assunta in

³⁸ D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50, art. 181, comma 1. Su tale disposizione cfr., ad es., Di Cristina 2016, p. 485.

³⁹ Costituito da Anci, Alleanza Cooperative Italiane, Forum Terzo Settore, cfr. <<https://www.forumterzosettore.it/2021/05/25/nasce-losservatorio-nazionale-sui-partenariati-speciali-pubblico-privato>>, 3.01.2022.

⁴⁰ Anche nel recente e accurato scritto di Croce, de Nitto 2019 sono menzionati solo due casi (pp. 193 e 195). L'impressione complessiva è che il PSPP attenda ancora di essere sperimentato su larga scala.

base all'art. 151, comma 3. Il partenariato, di durata ventennale (art. 10), si riferisce all'ex Monastero del Carmine appartenente al Comune e ha per oggetto il restauro, il recupero, la rifunzionalizzazione e la valorizzazione (svolgimento di attività teatrale e culturale) dell'immobile (art. 3). Come ulteriori dati possono ricordarsi la previsione di un Tavolo tecnico (composto da un referente di ciascuna delle parti contraenti e da rappresentanti del MiBACT variabili in ragione delle tematiche affrontate) come organo di confronto e collaborazione fra le parti per la gestione operativa dell'accordo (art. 5)⁴¹ e la verifica del suo stato di attuazione al termine del primo quinquennio (art. 10)⁴².

Caso 2. Primo ateneo a utilizzare lo strumento, l'Università di Catania ha siglato nel 2020 un PSPP con l'Associazione Officine Culturali (impresa sociale ETS). L'accordo, proposto dal partner privato, si inserisce nel quadro delle azioni della Terza missione degli atenei e ha per oggetto la fruizione pubblica di servizi culturali, la valorizzazione e la produzione di attività di formazione continua. Concerne alcuni edifici/siti culturali dell'Ateneo, individuati in sede di accordo o nel corso della sua vigenza, stabilita fino al 2030. Anche in questo caso è prevista la costituzione di un Tavolo tecnico, a composizione mista, per la definizione degli obiettivi e dei contenuti attuativi dell'accordo di partenariato⁴³.

Caso 3. Sulla base di una proposta avanzata dalla Cooperativa Sociale Nuovi Orizzonti il Comune di Lucca nel marzo del 2021 decide di attivare la procedura di cui all'art. 151, comma 3. L'avviso pubblicato è rivolto ai soggetti del terzo settore e alle cooperative sociali di tipo B. La proposta di partenariato, di durata biennale, comprende la gestione dell'Archivio storico comunale (servizi di accoglienza, riproduzione dei documenti archivistici, consulenza e ricerca), il riordino dell'Archivio di deposito e la valorizzazione del complessivo patrimonio archivistico comunale con l'inserimento di nuove proposte culturali. Si prevede l'istituzione di un Tavolo di co-programmazione e co-progettazione delle attività oggetto del partenariato, coordinato da un dirigente del Comune. Per la gestione dell'Archivio storico è possibile un concorso finanziario da parte dell'amministrazione per un importo fissato dall'accordo, peraltro elevabile in relazione a specifici obiettivi⁴⁴.

Casi 4-6. Ripetuto è stato il ricorso a PSPP da parte del Parco Archeologico dei Campi Flegrei (istituto del MiC ad autonomia speciale). Con due

⁴¹ Compiti precipi sono l'approvazione dei progetti di intervento edilizio (art. 5) e del piano economico-finanziario annuale delle attività (art. 8), nonché la valutazione del piano annuale delle attività culturali e teatrali (art. 4).

⁴² Per ulteriori indicazioni su tale partenariato <<https://www.labsus.org/2020/01/innovativo-istituto-del-partenariato-speciale-con-il-teatro-tascabile-di-bergamo/>>, 3.01.2022.

⁴³ Altre informazioni sono reperibili all'indirizzo <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xSf95uowtigJ:https://www.unict.it/it/ateneo/news/unict-e-officine-culturali-insieme-la-valorizzazione-patrimonio-dateneo+%&ccd=1&hl=it&ct=clnk&gl=it>>, 3.01.2022.

⁴⁴ Cfr. <<http://www.comune.lucca.it/flex/cm/pages/ServeBLOB.php/L/IT/IDPagina/22286>>, 3.01.2022.

avvisi “gemelli” quanto a contenuto, pubblicati nell’ottobre del 2019, l’Istituto promuove l’acquisizione di manifestazioni di interesse da parte di operatori economici ed enti senza scopo di lucro per la valorizzazione rispettivamente del sito Tempio di Serapide e del sito Piscina Mirabile (ambedue afferenti al Parco). In dettaglio l’attività prospettata nell’arco di un biennio consiste nell’apertura alla pubblica fruizione (con accompagnamento dei visitatori ed effettuazione di visite guidate) e nella valorizzazione e promozione dei due siti (tramite manifestazioni culturali e coinvolgimento della cittadinanza). Il partner privato acquisisce i proventi per l’attività di accompagnamento e di visita guidata, dedotto un importo da corrispondere al Parco, che non introita altri corrispettivi per la gestione. Si prevede l’istituzione di un Tavolo tecnico per la definizione dei progetti di valorizzazione e promozione. Il Parco a sua volta attiverà un laboratorio permanente come sede di confronto e di definizione delle strategie volte alla piena integrazione delle complessive azioni di valorizzazione sviluppate nel Parco.

Di recente (maggio 2021) l’Istituto ha pubblicato un avviso, ai sensi dell’art. 89, comma 17, del D.Lgs. 117/2017, finalizzato all’acquisizione di manifestazioni di interesse da parte di soggetti del terzo settore per sviluppare la conoscenza e la fruizione dei siti che esso cura e promuovere la consapevolezza dell’eredità culturale del territorio. Lo strumento individuato consiste nella progettazione e nella realizzazione di programmi di attività didattiche rivolte alla comunità scolastica e di attività ludico-educativa indirizzate ai diversi segmenti del pubblico. I relativi proventi spetteranno al partner privato, mentre il Parco riscuoterà gli introiti per l’ingresso ai siti interessati. Ancora una volta è prevista l’istituzione di un Tavolo tecnico che definisca i progetti di valorizzazione coerentemente con il programma presentato dal partner privato e con gli obiettivi strategici fissati dal Parco⁴⁵.

Caso 7. Nel dicembre 2019 il Comune di Manfredonia attiva la procedura di cui all’art. 151, comma 3, dopo aver ritenuto di interesse la proposta volta alla “valorizzazione del Teatro comunale Lucio Dalla” avanzata dalla Compagnia Teatrale Società cooperativa Bottega degli Apocrifi a r.l. per la durata di almeno 15 anni. La Compagnia dal 2018 detiene l’immobile in uso gratuito e in precedenza lo ha gestito ad esito di una gara a evidenza pubblica. La proposta impegna il privato, in particolare, a destinare i ricavi conseguenti alla gestione del teatro “prioritariamente” allo sviluppo delle attività di valorizzazione, «pur compatibilmente alla sostenibilità ordinaria e al consolidamento delle attività caratteristiche di Bottega degli Apocrifi»⁴⁶. Come impegni del

⁴⁵ Ulteriori informazioni all’indirizzo <http://pafleg.authorityonline.eu/index.php?option=com_content&view=category&id=93&Itemid=260>, 3.01.2022.

⁴⁶ Determinazione n. 1634 del 21.12.2020, 2° settore – servizi culturali, Allegato B, *Linee guida per accordo di partenariato Teatro comunale Lucio Dalla*, Obblighi del partner privato, lettera h).

Comune si indicano l'affidamento in comodato d'uso dell'immobile, l'accoglienza delle riparazioni straordinarie, la non richiesta di oneri di costruzione/urbanizzazione per lavori effettuati dalla Compagnia e la esenzione o riduzione dei tributi comunali relativi allo stesso immobile nei limiti legislativamente consentiti. Si prevede la costituzione di un Tavolo tecnico come «organismo di confronto e collaborazione tra le parti, per la gestione operativa dei contenuti del partenariato»⁴⁷. Non essendo pervenute manifestazioni di interesse dopo la pubblicazione dell'avviso ex art. 19, nel luglio 2020 viene convocato un tavolo di negoziazione fra il Comune e la Compagnia per la stesura dell'accordo di partenariato da definirsi sulla base di linee guida concordate nello stesso tavolo⁴⁸.

Caso 8. Un'ulteriore ipotesi di PSPP emerge dalla sentenza del Tar Campania, IV, 19 agosto 2019, n. 4366, riformata dalla sentenza del Consiglio di Stato, V, 28 dicembre 2020, n. 8403. Le due pronunce, che risultano le uniche reperibili in tema di PSPP, non si occupano peraltro dei presupposti che consentono l'utilizzo dello strumento. Vertono invece sui profili di legittimità della scelta operata dall'amministrazione fra le offerte pervenute. La fattispecie considerata consiste in un partenariato proposto da un privato (Urban Vision s.p.a.) ai sensi dell'art. 151, comma 3, nel febbraio del 2017 volto a incrementare l'offerta culturale dei siti afferenti al Parco Archeologico di Pompei. L'offerta risultata vincitrice consiste nella riproduzione digitale (da realizzarsi a cura e spese del partner privato) di affreschi asportati nei secoli dai luoghi del Parco e ora custoditi in vari musei esterni, nonché in una campagna pubblicitaria volta alla promozione del progetto. Alla riproduzione possono accedere i visitatori del Parco scaricando una app. Si prevede che all'Amministrazione vada corrisposto il 15% del margine operativo lordo conseguito dal privato a seguito dell'utilizzo dell'applicazione⁴⁹.

⁴⁷ Ivi, Tavolo tecnico.

⁴⁸ Altri particolari all'indirizzo <http://www.cittaconnessa.it/albo/scheda_atto.php?Rif=37940>, 3.01.2022.

⁴⁹ Nell'aprile del 2019 viene pubblicato dal Comune di Bari un avviso concernente la proposta di un partenariato ex art. 151, comma 3, "per la valorizzazione del patrimonio culturale relativo al Museo civico e alla sua biblioteca", proveniente dal Consorzio Idra srl, che all'epoca ne curava la gestione a seguito di gara ad evidenza pubblica. Non è stato possibile reperire in rete i contenuti della proposta di cui è data notizia all'indirizzo <https://www.comune.bari.it/rubrica?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=28313359&_101_type=content&_101_urlTitle=il-consiglio-comunale-prende-atto-dell'accordo-di-partenariato-speciale-pubblico-privato-per-la-valorizzazione-del-museo-civico&inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.comune.bari.it%2Frubrica%3Fp_p_id%3D101%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_101_struts_action%3D%252Fasset_publisher%252Fview> (*il Consiglio comunale prende atto dell'accordo di partenariato speciale pubblico-privato per la valorizzazione del Museo civico*), 3.01.2022.

5. Considerazioni conclusive

Pur nella loro esiguità numerica i casi richiamati consentono di formulare talune osservazioni sull'impiego finora ricevuto dalla disposizione dell'art. 151, comma 3. Anzitutto l'oggetto dei PSPP in prevalenza⁵⁰ consiste in interventi di valorizzazione, solo in una ipotesi⁵¹ questi sono congiunti a interventi di conservazione. L'estensione temporale è varia, spesso biennale⁵², in tre ipotesi è rispettivamente di 20, 15 e 10 anni⁵³. Con riferimento a questi due aspetti il PSPP parrebbe non sempre utilizzato nelle potenzialità che secondo una lettura lo caratterizzerebbero rispetto alla concessione (ossia integrazione degli interventi e maggiore durata)⁵⁴. Quanto ai soggetti legittimati a presentare manifestazioni di interesse, solo in due ipotesi si riscontra una "riserva" a favore di enti del terzo settore⁵⁵, il che spinge a ritenere che dalle amministrazioni l'istituto è inteso di utilizzo generale, o non "riservato". Si segnala in un caso⁵⁶ l'estensione dell'area di impiego del PSPP dal "bene culturale" al "bene a finalità culturale". Il dato più significativo è peraltro costituito dalla ricorrente previsione di un Tavolo tecnico a composizione mista⁵⁷ (talora allargato a rappresentanti del Ministero⁵⁸), strumento questo interpretato come indice della flessibilità che connoterebbe ulteriormente il PSPP⁵⁹.

Nella prospettiva seguita nel presente intervento occorre interrogarsi se la previsione di una sede di confronto e di coordinamento fra partner, per la definizione compiuta del programma di partenariato e/o dei suoi progetti attuativi come pure per la loro verifica, rappresenti un indice decisivo del carattere associativo/cooperativo del partenariato posto in essere e quindi della sua riconducibilità al genus del PSPP invece che a quello del partenariato "ordinario" previsto dal Codice. La risposta deve essere negativa.

Il Tavolo tecnico può rivelarsi strumento per programmare e controllare (sia pure su base paritaria) l'attività del partner privato oppure per programmare e verificare gli impegni comuni che i due partner hanno assunto in sede di accordo. Solo nel secondo caso il Tavolo tecnico è indice della struttura cooperativa del partenariato e quindi della sua appartenenza al tipo PSPP. Nel primo caso, invece, resta meccanismo inserito nella logica di scambio che connota i partenariati "ordinari". I materiali disponibili relativi alle fat-

⁵⁰ Casi 2-8.

⁵¹ Caso 1.

⁵² Casi 3-6.

⁵³ Rispettivamente casi 1, 7 e 2.

⁵⁴ Cfr. Moliterni 2019b, pp. 48 ss.

⁵⁵ Casi 3 e 6.

⁵⁶ Caso 7.

⁵⁷ Casi 2-6.

⁵⁸ Caso 1.

⁵⁹ Cfr. Croce, de Nitto 2019, p. 191, e Moliterni 2019b, p. 48.

tispecie sopra menzionate non consentono di formulare una risposta attendibile. È plausibile però ritenere che, quando lo strumento non sia previsto, si sia verificato l'«effetto perverso»⁶⁰ di un «assorbimento»⁶¹ da parte del PSPP di modelli del partenariato ordinario o, detto in altre parole, si siano venuti a «creare sistemi paralleli nell'impostazione di partenariato»⁶² in materia di beni culturali.

Questo a meno che non si assuma un paradigma di lettura diverso, interpretando la “specialità” secondo la terza opzione sopra illustrata, ossia come specialità sussistente per il solo fatto che il partenariato concerne il patrimonio culturale secondo le indicazioni dell'art. 151, comma 3 (recupero ecc. di beni culturali immobili). Paradigma di lettura, giova ribadirlo, da reputarsi ammissibile solo con le cautele precisate⁶³.

Riferimenti bibliografici / References

- Albisinni F.G. (2016), *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, «Giornale di diritto amministrativo», n. 4, pp. 510-515.
- Amorosino S. (2017), *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, «Urbanistica e appalti», n. 5, pp. 616-620.
- Borgonovi E., Montella M. (2016), *Fondazioni bancarie/Venture philanthropy*, in Montella 2016a, pp. 185-189.
- Botto A., Castrovinci Zenna S. (2020), *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino: Giappichelli.
- Cammelli M. (2020), *Cooperazione*, in *Diritto del patrimonio culturale*, a cura di C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Scialoja, Bologna: Il Mulino, pp. 295-312.
- Carpentieri P. (2016), *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, «Urbanistica e appalti», n. 8-9, pp. 1014-1027.
- Casini L. (2016), *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna: Il Mulino.
- Casini L. (2017), *Art. 151*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Molifetta: Nel Diritto Editore, pp. 2079-2081.

⁶⁰ Croce, di Nitto 2019, p. 196.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² L'espressione è utilizzata da Moliterni 2019b, p. 51, con riferimento al rapporto fra Codice dei contratti e Codice dei beni culturali e del paesaggio, ma sembra impiegabile anche con riferimento al rapporto fra i diversi partenariati pubblico-privato (ordinari e speciali) previsti dal primo Codice.

⁶³ Cfr. *supra* par. 3.

- Croce M., de Nitto S. (2019), *I partenariati per la valorizzazione del patrimonio dismesso, in disuso o scarsamente fruito*, in Moliterni 2019a, pp. 169-215.
- Di Cristina F. (2016), *Il partenariato pubblico privato quale “archetipo generale”*, «Giornale di diritto amministrativo», n. 4, pp. 482-488.
- Di Pace R. (2020), *Partenariato pubblico privato*, «lamministrativista.it», 1° maggio, par. 1, <<https://lamministrativista.it>>, 31.10.2021.
- Lattanzi F. (2017), *Art. 180*, in R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Tomo II, Molfetta: Nel Diritto Editore, pp. 2597-2610.
- Lucattini S. (2017), *Art. 180*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari, G. Morbidelli, Piacenza: La Tribuna, pp. 924-930.
- Moliterni A., a cura di (2019a), *Patrimonio culturale e soggetti privati*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Moliterni A. (2019b), *Pubblico e privato nella disciplina del patrimonio culturale: l'assetto del sistema, i problemi, le sfide*, in Moliterni 2019a, pp. 19-67.
- Moliterni A. (2020), *Intervista*, «AgCult», 11 settembre, <<http://agcult.it>>, 31.10.2021.
- Montella M. (2008), *Conoscenza e informazione del cultural heritage come spazio di impresa*, «Sinergie», n. 76, pp. 91-11.
- Montella M. (2014), *La costruzione del patrimonio culturale nazionale*, «Il capitale culturale. *Studies on the Value of Cultural Heritage*», n. 9, pp. 157-167.
- Montella M., a cura di (2016a), *Economia e gestione dell'eredità culturale. Dizionario metodico essenziale*, Padova: Wolters Kluwer-Cedam.
- Montella M. (2016b), *Beni culturali come beni di fruizione vs di appartenenza*, in Montella 2016a, pp. 129-132.
- Montella M. (2016c), *La Convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, «Il capitale culturale. *Studies on the Value of Cultural Heritage*», Supplementi, n. 5, Atti del convegno “La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia”, a cura di P.L. Feliciati, pp. 13-17.
- Montella M. (2016d), *Programmazione negoziata*, in Montella 2016a, pp. 176-178.
- Santi G. (2017), *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in *Diritto dei contratti pubblici*, a cura di F. Mastragostino, Torino: Giappichelli, pp. 137-208.
- Sciullo G. (2021), *Il partenariato pubblico-privato in tema di patrimonio culturale dopo il Codice dei contratti*, «Aedon», n. 3, <<http://www.aedon.mulino.it>>, 29.03.2022.

JOURNAL OF THE DIVISION OF CULTURAL HERITAGE
Department of Education, Cultural Heritage and Tourism
University of Macerata

Direttore / Editor
Pietro Petroroia

Texts by

Sergio Barile, Mara Cerquetti, Alessandra Cozzolino,
Stefano Della Torre, Patrizia Dragoni, Lorella Giannandrea,
Marcella Giorgio, Gaetano Golinelli, Francesca Iandolo,
Daniele Manacorda, Adele Maresca Compagna, Umberto Moscatelli,
Alessandro Mucciante, Valentino Nizzo, Marina Maria Serena Nuovo,
Enrico Parlato, Pietro Petroroia, Domenica Primerano, Marialuisa Saviano,
Girolamo Sciullo, Giuliano Volpe.

<http://riviste.unimc.it/index.php/cap-cult/index>

eum edizioni università di macerata



ISSN 2039-2362
ISBN 978-88-6056-797-0