

***I Sacri Monti: patrimonio comune di valori,
laboratorio per la conservazione sostenibile ed una
migliore fruibilità turistica dei beni culturali***
MAIN10ANCE

**Modello per la certificazione delle
competenze**

Partner responsabile: Confartigianato Imprese Piemonte Orientale
Partner coinvolti: UPO, Ente di Gestione dei Sacri Monti, POLITO, SUPSI, UBC

Introduzione

I Sacri Monti, come noto, sono complessi architettonici di grande pregio, edificati sulla sommità di colli e articolati in una sequenza di cappelle al cui interno sono rappresentate, con pitture e sculture, la storia di Cristo, la vita di Maria o dei Santi, o i misteri del Rosario.

Trattasi pertanto di un importante patrimonio culturale da tutelare e garantire, anche per il tramite di oculate e specifiche scelte degli operatori economici (quali imprese, artigiani, operatori specializzati sulle tecniche tradizionali e materiali presenti nei Sacri Monti) chiamati ad intervenire sui complessi architettonici di cui trattasi e precisamente sugli involucri edilizi degli stessi.

Ad oggi la normativa sui beni culturali non indica la specifica professionalità che tali operatori economici sono chiamati a possedere per poter operare sui Sacri Monti; pertanto nonostante l'alta professionalità necessaria per intervenire sui complessi architettonici in argomento, tali figure fondamentali e strategiche non sono regolamentate, esponendo dunque l'Ente gestore dei Sacri Monti al rischio di difficilmente reperire nel mercato artigiani od operatori concretamente esperti e professionalizzati nell'ambito dell'attività richiesta.

La normativa

Sul punto, né la normativa in materia di beni culturali (tra cui il D.Lgs. 42/2004) né quella in materia di contratti pubblici di appalto e concessione (tra cui il D.Lgs. 50/2016 ed il D.P.R. 207/2010) prevedono una specifica individuazione di competenze degli operatori chiamati ad intervenire sugli involucri edilizi dei Sacri Monti. Né può essere ritenuta di per sé sufficiente la qualificazione SOA OG2 "Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela" prevista indiscriminatamente per ogni tipologia di bene vincolato.

Più precisamente, riguardo all'attuale assetto normativo, l'art. 146, rubricato "Qualificazione" del D.Lgs. 50/2016 precisa che: "1. *In conformità a quanto disposto dagli articoli 9-bis e 29 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per i lavori di cui al presente capo è richiesto il possesso di requisiti di qualificazione specifici e adeguati ad assicurare la tutela del bene oggetto di intervento.*

2. *I lavori di cui al presente capo sono utilizzati, per la qualificazione, unicamente dall'operatore che li ha effettivamente eseguiti. Il loro utilizzo, quale requisito tecnico, non è condizionato da criteri di validità temporale.*

3. *Per i contratti di cui al presente capo, considerata la specificità del settore ai sensi dell'articolo 36 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, di cui all'articolo 89 del presente codice.*

4. *Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono stabiliti i requisiti di qualificazione dei direttori tecnici e degli esecutori dei lavori e le modalità di verifica ai fini dell'attestazione. Il direttore tecnico dell'operatore economico incaricato degli interventi di cui all'articolo 147, comma 2, secondo periodo, deve comunque possedere la qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della normativa vigente. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista."*

Con Decreto Ministero dei Beni dei beni e delle attività culturali e del turismo di lavori n. 374/2017 (G.U. 27/10/2017, n. 252) "Regolamento sugli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 di cui al decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50" sono stati indicati requisiti di qualificazione degli esecutori dei lavori riguardanti i beni culturali che però – come è evidente – sono da considerarsi generali poiché riferiti a lavori su beni culturali in genere e non su specifici complessi architettonici come quello in esame.

Tali normative non sono di per sé idonee a colmare la lacuna riferita all'esigenza di individuazione di "nuove figure non regolamentate" e precisamente di imprese artigiane in grado di intervenire nei piani di manutenzione programmata dei Sacri Monti mediante l'utilizzo di tecniche tradizionali.

In generale, con riferimento agli affidamenti di lavori nell'ambito pubblicistico, ad oggi si riscontrano due principali normative, la prima (D.Lgs. 50/2016 "Codice dei contratti pubblici") che però – in special modo per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie – è ad oggi sospesa dalla L. 120/2020 rubricato "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali»" (*Decreto Semplificazioni*).

Il Decreto Semplificazioni ha come finalità quella di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19 e si applica in via transitoria per gli affidamenti sino al 30.06.2023, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In particolare l'art. 1 comma 2 della L. 120/2020 precisa che: "*Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:*

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione.

(lettera così sostituita dall'art. 51, comma 1, lettera a), sub. 2.1), legge n. 108 del 2021)

b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione

degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.”

Per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture – anche con riferimento ai beni culturali - posti in essere sino al 30.06.2023 sono dunque previste importanti semplificazioni, in termini di procedure e con riferimento alle tempistiche di affidamento, rispetto al regime ordinario di cui al D.Lgs. 50/2016.

Elenchi di operatori economici

Sia all'art. 1 comma 2 lett. b) della L. 120/2020 che all'art. 36 comma 2 (oggi derogato dalla normativa precitata) del D.Lgs. 50/2016 sono previste procedure negoziate o comunque comparative con comparazione di preventivi di operatori economici individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Gli elenchi di operatori economici sono disciplinati, sempre in via generale, all'art. 90 del D.Lgs. 50/2016 che prevede la possibilità per operatori economici iscritti in elenchi ufficiali di imprenditori, fornitori o prestatori di servizi o che siano in possesso di una certificazione rilasciata da organismi accreditati per tali certificazioni ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio di cui all'allegato XIII, di presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione competente ai fini dell'inserimento in appositi elenchi di certificazione. La norma in esame prevede poi che le amministrazioni o gli enti che gestiscono gli elenchi

e gli organismi di certificazione di cui trattasi, presso cui le domande vanno presentate, comunicano alla Cabina di regia di cui all'articolo 212 del D.Lgs. 50/2016 i propri dati entro tre mesi dall'entrata in vigore del presente codice ovvero dall'istituzione di nuovi elenchi o albi o di nuovi organismi di certificazione e provvedono altresì all'aggiornamento dei dati comunicati. Nei trenta giorni successivi al loro ricevimento la Cabina di regia cura la trasmissione di tali dati alla Commissione europea e agli altri Stati membri.

L'iscrizione di un operatore economico in un elenco ufficiale o il possesso del certificato rilasciato dal competente organismo di certificazione costituisce presunzione d'idoneità ai fini dei requisiti di selezione qualitativa previsti dall'elenco o dal certificato.

Si aggiunga poi quanto disposto dalle Linee Guida ANAC n. 4 di attuazione del D. Lgs. 50/2016 aggiornate al D.L. 56/2017 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 *“Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*. Tali Linee Guida precisano che la stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare. E' specificato che l'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici è reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o altre forme di pubblicità. Il predetto avviso indica i requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo ovvero a singole categorie.

Ad oggi non risultano vigenti elenchi di operatori economici con le caratteristiche richieste dall'art. 90 del D.Lgs. 50/2016 nell'ambito di cui trattasi.

Si rende pertanto opportuna la valutazione di procedere, comunque nel rispetto della normativa specifica in materia di contratti pubblici e di beni culturali, alla formazione di un elenco di operatori economici (secondo la definizione di cui agli artt. 45 e 46 del D. Lgs. 50/16) per l'affidamento di prestazioni ai sensi dell'art. 36, comma 2 del D.Lgs. 50/2016, ed ora dell'art. 1 comma 2 della L. 120/2020.

In tal caso con la formazione dell'elenco non si porrebbe in essere nessuna procedura selettiva, paraconcorsuale, né parimenti si prevederebbe alcuna graduatoria di merito degli operatori economici, nemmeno con riferimento all'ampiezza, frequenza e numero degli incarichi già svolti (che non costituiscono titoli di preferenza) o all'esperienza maturata; l'acquisizione della candidatura non comporterebbe dunque l'assunzione di alcun obbligo specifico da parte dell'Ente affidante, né l'attribuzione di alcun diritto o pretesa del candidato in ordine all'eventuale conferimento.

L'utilizzo di detto elenco dovrebbe costituire la via primaria per gli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con possibilità di deroga all'utilizzo dell'albo in ipotesi di constatata e motivata impossibilità di reperire all'interno dell'elenco le professionalità necessarie.

L'elenco dovrebbe essere aperto per tutta la sua durata, nel senso di consentire che gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti, possano in qualunque momento effettuare l'iscrizione, indipendentemente dalla data di pubblicazione del presente Avviso.

Principio di rotazione

Se dunque è certo possibile istituire un elenco in cui siano inserite specifiche professionalità in termini di capacità tecnica-organizzativa e professionalità maturata per il tramite di esperienze analoghe comprovabili, è altresì vero che non può escludersi l'obbligo di applicare il principio di rotazione, richiamato espressamente sia all'art. 36 del D.Lgs. 50/2016 che all'art. 1 comma 2 della L. 120/2020, volto ad evitare la formazione di rendite di posizione e ad incentivare l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione delle prestazioni in appalto.



In particolare si ricorda che le Linee Guida A.N.AC n. 4 ai paragrafi 3.6 e 3.7 sviluppano il principio di rotazione individuando i seguenti ambiti di applicazione: rispetto all'affidamento immediatamente precedente per una commessa rientrante nel medesimo settore merceologico o nello stesso settore di servizi.

A.N.AC. indica che tale principio non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, in cui la stazione appaltante non opera alcuna limitazione in ordine al numero di operatori da invitare. Nelle Linee Guida è poi previsto che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente hanno carattere eccezionale e richiedono uno stringente onere di motivazione; la stazione appaltante dovrebbe, in particolare, far riferimento alla peculiare struttura del mercato ed alla «riscontrata effettiva assenza di alternative», per cui non risultano alternative praticabili al nuovo affidamento all'operatore economico uscente, ovvero le alternative possibili siano assolutamente illogiche o di non percorribilità economica.

Nella motivazione del «reinvito» al precedente contraente si dovrebbe, inoltre, secondo A.N.AC., far riferimento al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti): per poter aspirare al riaffido l'appaltatore deve aver eseguito le pregresse prestazioni in modo ineccepibile secondo le prescrizioni del contratto. Un altro fattore rilevante a fini motivazionali per l'Autorità è la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

Il principio di rotazione è stato più volte sviluppato dalla giurisprudenza amministrativa.

Il Consiglio di Stato, con sentenza del 25.04.2020 n. 2654 ha sancito l'esclusione del principio di rotazione quando la procedura ad evidenza pubblica è aperta, in quanto tale principio costituirebbe il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte; per l'effetto il principio di rotazione non troverebbe applicazione ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma permetta a tutti gli operatori interessati di partecipare.

L'esclusione della rotazione quando non si operi alcuna limitazione e/o selezione degli offerenti, è principio già espresso dalla giurisprudenza (*ex plurimis*, Tar Campania Salerno n. 1574 del 05/11/2018, Tar Liguria Genova n. 805 del 02/10/2019, Tar Sardegna n. 8 del 02/01/2020 ed anche la III° sez. del Consiglio di Stato n. 875 del 04/02/2020).

Il Consiglio di Stato, con sentenza 31.03.2020 n. 2182, ha poi precisato che la rotazione si applica a tutte le procedure e che l'eventuale ammissione del gestore uscente, come pure dell'operatore economico invitato e non aggiudicatario deve essere adeguatamente e puntualmente motivato, pena l'annullamento dell'aggiudicazione; inoltre, il Consiglio di Stato ha sottolineato che, in base ai principi generali della trasparenza nelle procedure ad evidenza pubblica (v. art. 30, comma 1 D. Lgs. 50/2016), le motivazioni attraverso le quali l'amministrazione intende derogare al principio di rotazione devono essere comunque assunte già all'atto dell'invito alla gara.

Recentemente il Consiglio di Stato con sentenza n. 3999 del 24.05.2021 e con sentenza n. 1515 del 22.02.2021 ha stabilito che quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, allora non deve applicare il principio di rotazione.

Il Consiglio di Stato è poi intervenuto a conferma dei principi già espressi nelle Linee Guida A.N.AC. sulle ipotesi derogatorie all'attuazione della rotazione (sentenze n. 2182/2020 e n. 3943/2019) indicando che, a fronte di adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni a fondamento, la deroga alla rotazione può avvenire nelle seguenti casistiche:

- numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori economici presenti sul mercato;
- particolare, idiosincratico e difficilmente reperibile grado di soddisfazione tra gli operatori economici presenti sul mercato;
- peculiare oggetto dell'affidamento e specifiche caratteristiche del mercato di riferimento.

L'eccezione al divieto di rotazione è giustificata dunque, a titolo esemplificativo, soltanto da particolari circostanze, quali: il numero circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato, uno standard

qualitativo e un livello di soddisfazione maturati nel corso del precedente contratto difficilmente replicabili, la specificità dell'oggetto e delle caratteristiche del mercato di riferimento (Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; Cons. Stato., sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125; si veda anche a tale riguardo la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, Linee Guida ANAC).

Occorre poi rilevare come l'A.N.AC. nel punto 4.1.6 delle Linee Guida, attuative dell'art. 36, comma 7, D.Lgs. 50/2016, ha precisato che le stazioni appaltanti possono “individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti”, previo avviso pubblico, indicante “la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le eventuali categorie e fasce di importo in cui l'Amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo”. La giurisprudenza ha dunque rilevato come il principio di rotazione non si applichi su fasce di importo diverse, se tali fasce siano poste in apposito regolamento da parte della stazione appaltante (TAR Campobasso sentenza n. 125/2021).

L'eventuale istituzione di un elenco di operatori economici con requisiti e professionalità idonee all'esecuzione degli interventi di cui trattasi, che comprovi il numero circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato riscontrato sino ad oggi, potrebbe in ipotesi costituire – ove ne ricorrano effettivamente i presupposti – una motivazione per non dare corso al principio di rotazione.

Convenzioni aperte

Per completezza espositiva si segnala che dalla giurisprudenza comunitaria si ravvisa un'alternativa all'acquisizione di servizi e forniture tramite appalti, ovvero ponendo in essere le c.d “Convenzioni aperte”. Ad oggi le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel seguito citate, che introducono questa alternativa agli acquisti tramite appalti di cui al D.Lgs. 50/2016, riguardano tuttavia unicamente beni e servizi e non si sono espresse in materia di lavori o di manutenzioni straordinarie, dovendosi pertanto mantenere un approccio prudente a tale casistica ove non si tratti di servizi e forniture.



In ogni caso, la sentenza della CGUE 2 giugno 2016 n. C-410/14 (Falk Pharma), in materia di forniture, si è espressa concludendo che non si rientra nell'ambito degli appalti pubblici qualora ricorrano due imprescindibili condizioni: i) il committente accetti sin dall'inizio di accettare qualsiasi operatore economico che s'impegni a fornire i beni in questione a condizioni predefinite dallo stesso committente, ii) il committente non operi in concreto alcuna scelta tra gli operatori interessati, permettendo a questi di aderire alla convenzione aperta per tutto il periodo di validità della stessa.

Dunque, per aversi un sistema di convenzioni aperte, tutti gli operatori – in possesso dei prescritti requisiti – che si attestino nell'arco di validità della convenzione, hanno diritto di fornire al committente i beni di cui quest'ultimo necessita, senza però che il committente possa selezionare/preferire alcuni fornitori al posto di altri o chiedere offerte migliorative. Tutte le condizioni, tra cui anche il prezzo, devono essere pertanto prestabilite ed accettate da tutti gli operatori economici aderenti.

Ad analoghe conclusioni perviene la sentenza della CGUE 1 marzo 2018 n. C-9/17 (Tirkkonen), in materia di servizi di consulenza, secondo cui la mancata designazione di un operatore economico a cui sia accordata l'esclusiva su un appalto fa sì che non sussista la necessità di inquadrare l'azione del soggetto che intende assegnare il contratto ai sensi delle norme sugli appalti pubblici.