

## **La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico**

**Giulio Profeta\***

*SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Il rapporto di partenariato pubblico-privati - 3. L'in-House quale limite esterno al partenariato pubblico-privato - 4. La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico - 5. Il caso concreto: l'accordo di valorizzazione del 20 febbraio 2017 - 6. Considerazioni conclusive.*

### *1. Introduzione.*

Il seguente lavoro procede ad una disamina, a tutto tondo, dell'istituto del Partenariato, analizzando nello specifico, il partenariato c.d. "pubblico-privato" in riferimento alla disciplina dei beni culturali.

In particolare, trae spunto da una controversia, ancora in essere, tra il Ministero dei Beni Culturali e un soggetto privato nella gestione di un servizio per il pubblico, ossia di un servizio a natura culturale ancillare alla gestione di una struttura museale.

Al momento, la controversia deve ancora essere decisa nel merito, mentre in sede cautelare, con l'ordinanza n. 5311/2017 del Consiglio di Stato, è stata accolta la domanda di rigetto dell'istanza, proposta dalla Difesa Erariale.

Infatti, il Ministero aveva disposto, nell'imminenza della scadenza di una concessione di servizi aggiuntivi museali, un affidamento diretto in favore di un soggetto formalmente privato, una fondazione, ma sostanzialmente pubblico, essendo qualificato come organismo di diritto pubblico; i controinteressati al contrario, lamentavano l'omesso esperimento di una procedura ad evidenza pubblica da parte del Ministero nella gestione dei servizi aggiuntivi *de quibus*, sostenendo implicitamente che vi fosse un obbligo per l'autorità di procedere sempre ad una esternalizzazione degli stessi e, quindi, ad una gara.

Ai fini della comprensione della lite, la trattazione è stata strutturata in tre paragrafi: il partenariato pubblico-privato, la cooperazione pubblico-pubblico e l'incidenza di queste soluzioni organizzative all'interno della materia dei beni culturali.

Il partenariato pubblico-privato, per quanto apparentemente estraneo alla tematica trattata, è in realtà la forma primigenia nel nostro ordinamento di un nuovo modello organizzativo nella gestione di un servizio ed è stato, per questa ragione, assunto come termine di comparazione per l'analisi della coopera-

---

(\*) Già praticante forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato (con l'avv. Pietro Garofoli), attualmente corsista presso il Centro Studi Parlamentari Silvano Tosi.

zione pubblico-pubblico, fenomeno verificatosi nella prassi applicativa più recentemente.

Infine, una volta delineata la fisionomia di questo contesto normativo, è stato possibile ricostruirne l'evoluzione all'interno della disciplina dei beni culturali, dagli anni Novanta particolarmente sensibile alle sperimentazioni tra pubblico e privato.

## 2. *Il rapporto di partenariato pubblico-privati.*

La nascita del diritto amministrativo è, tradizionalmente, ricondotta al celeberrimo *Arrêt Blanco*, pronuncia francese con cui, nel 1873, si statuì come la responsabilità civile dell'amministrazione non fosse, né potesse essere, equiparata a quella dei privati, vista la sua peculiare funzione di perseguire l'interesse generale (1).

Di qui trae origine nel diritto amministrativo la dialettica tra autorità e libertà, il costante confronto, in altri termini, tra pubblica amministrazione e cittadini, con la prima sovraordinata rispetto ai secondi proprio per le finalità da essa perseguite (2).

In progresso di tempo, questa contrapposizione è andata ad affievolirsi per effetto di molteplici concause, anche internazionali, dirette ad inquadrare il rapporto tra pubblici poteri e individuo come tendenzialmente paritario, con la consequenziale adozione di strumenti consensuali da parte dell'amministrazione in luogo di quelli autoritari e unilaterali.

Tra queste, assumono elevata importanza sia l'ascesa negli anni Ottanta del modello dello Stato Regolatore in Europa, con la consequenziale compressione dell'ambito di intervento dei pubblici poteri nell'economia a favore di strumenti a natura regolatoria, sia la espansione del raggio di azione delle allora Comunità Europee (3).

Questo ha determinato profondi mutamenti all'interno del diritto amministrativo, tanto nell'ambito procedimentale, quanto in relazione alla natura del provvedimento amministrativo, in specie con riguardo alla particolare categoria degli atti ampliativi della sfera giuridica del soggetto destinatario (4).

Accanto alle tradizionali forme della concessione e dell'autorizzazione (5), è stato possibile scorgere lo sviluppo di nuove forme di collaborazione,

---

(1) Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna 2013, p. 43.

(2) M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 230.

(3) Per un'analisi di questa dinamica, soprattutto della trasformazione dell'intervento dello Stato in economia, cfr. C. MAJONE - A. LA SPINA, *Lo Stato Regolatore*, il Mulino, Bologna, 2000.

(4) Cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 130 e sgg. Alla distinzione tra atti restrittivi e ampliativi della sfera giuridica del soggetto destinatario si correla, tradizionalmente, quella tra interesse legittimo oppositivo e interesse legittimo pretensivo.

(5) M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 179 e sgg. la prima si distinguerebbe dalla seconda per il conferimento *ex novo* o il trasferimento di un diritto in capo ad un soggetto privato, non rimuovendo soltanto un limite al suo esercizio. La distinzione, sulla carta manichea, si rivela nella

accomunate dall'esigenza di garantire maggiore flessibilità operativa ai pubblici poteri.

Una prima manifestazione di questa sensibilità si può cogliere all'interno dell'ordinamento italiano già con la legge numero 241 del 1990, la quale ha introdotto agli articoli 11 e 15 la facoltà per le pubbliche amministrazioni di stipulare accordi, rispettivamente, con privati e fra loro *“al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, nei casi previsti dalla legge, in sostituzione di questo”* (6) o *“per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”* (7).

Fu il diritto Europeo, tuttavia, a dare un forte impulso a questa rivisitazione della relazione tra pubblico e privato, su influenza soprattutto degli ordinamenti anglosassoni, da sempre meno permeati da un rapporto gerarchico tra autorità e libertà (8).

All'esito di un dibattito sorto in sede sovranazionale, dovuto alla progressiva attrazione della contrattualistica pubblica all'interno della disciplina europea, fu emanato nel 2004 il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

L'atto era preordinato a fornire un primo inquadramento organico a tutte quelle forme di cooperazione sviluppatesi più o meno spontaneamente, entro la diversa cornice normativa di ogni singolo Stato, in via alternativa alle canoniche procedure di affidamento.

Proprio il tentativo di colmare questa frammentazione legislativa nazionale fu, secondo la dottrina, l'esigenza principale delle istituzioni Europee, intenzionate a regolare la materia degli accordi tra pubblico e privato al fine di evitare elusioni della disciplina concorrenziale (9).

---

prassi più complessa di quanto si creda; si rivelano, ad esempio, figure a natura intermedia le licenze o le autorizzazioni costitutive.

(6) L'articolo 11 fu, successivamente, ampiamente rivisitato nel 2005 e fu soppresso il rispetto dei *“casi previsti dalla legge”* quale necessario presupposto per la stipulazione di accordi.

(7) G.M. RACCA, *Gli accordi fra Amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 1, marzo 2017, pp. 111 e sgg.

(8) Sull'influenza determinante della civiltà giuridica anglosassone, cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, da [www.studiolegalechiti.it](http://www.studiolegalechiti.it); sull'importanza del diritto Europeo quale fattore di sviluppo e diffusione di una nuova concezione del rapporto pubblico-privato in Italia, si veda V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 6, 2010, pp. 1501 e sgg.; G. PIPERATA, *Introduzione: la collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, Giappichelli 2011; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comunit.*, fasc. 1, anno 2015, pp. 101 e sgg.

(9) G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, cit., pp. 110 e sgg.

In particolare, la carenza di una condivisa definizione fra i vari ordinamenti nazionali in ordine alla nozione di accordo tra pubblico e privato determinava contrasti interpretativi (10).

In questo contesto, il Libro Verde introdusse per la prima volta una regolamentazione del fenomeno del partenariato pubblico-privati, reputandolo strumento duttile per le pubbliche amministrazioni ma, al tempo stesso, connotato da limiti e caratteri propri, tali da non identificarlo quale *“una soluzione <<miracolo>> per un settore pubblico sottoposto a restrizioni di bilancio”* (11).

Inoltre, l'accordo di partenariato assurgeva a vero e proprio simbolo di una rivisitazione dello Stato nell'economia da operatore a regolatore, con un asserito beneficio per l'autorità in termini di acquisizione di risorse economiche supplementari e utilizzo di un *“know-how”* estraneo alla mano pubblica (12).

Il documento ha illustrato una serie di elementi la cui compresenza determina la configurabilità di un rapporto di partenariato, a cominciare da una collaborazione di relativa lunga durata, un finanziamento del progetto a carico, quantomeno parziale, del soggetto privato, la compartecipazione dell'operatore economico alla progettazione, in raccordo alla definizione degli obiettivi da parte dei pubblici poteri, nonché una ripartizione di rischi che veda l'assunzione di quest'ultimi da parte, anche qui quantomeno parzialmente, del privato.

Il Libro Verde, poi, ha recepito una distinzione già presente nella prassi

(10) Il Libro Verde si apre proprio con tale constatazione, affermando come *“Il termine partenariato pubblico-privato (“PPP”) non è definito a livello comunitario. Questo termine si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio”*. Ancora, il punto 1.2 specifica che *“Il presente Libro verde analizza il fenomeno dei PPP alla luce del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni. Il diritto comunitario non prevede regimi specifici comprensivi del fenomeno dei PPP. Ciononostante, qualsiasi atto, sia contrattuale sia unilaterale, attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce delle norme e dei principi derivanti dal Trattato, in particolare in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi (articoli 43 e 49 del Trattato CE). Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento”*.

(11) Punto 1.1, paragrafo 5 del Libro Verde. Il paragrafo è ancora più netto nel periodo seguente, specificando come *“L'esperienza mostra che, per ciascun progetto, occorre valutare se l'opzione del partenariato comporta una plusvalore reale rispetto ad altre opzioni come la stipulazione di un contratto d'appalto di tipo più classico”*. Il dibattito immediatamente successivo a questa prima forma di regolamentazione del PPP fu, in realtà, dominato da una netta apertura di fronte a questo strumento. Solo dopo e a distanza di diversi anni la dottrina ha iniziato a mettere in luce anche i limiti del partenariato, come ricorda M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

(12) Punto 1.1, paragrafo 3 *“Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno dei PPP si è sviluppato in molti settori rientranti nella sfera pubblica. L'aumento del ricorso a operazioni di PPP è riconducibile a vari fattori. In presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati membri devono fare fronte, esso risponde alla necessità di assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico. Inoltre, il fenomeno è spiegabile anche con la volontà di beneficiare maggiormente del “know-how” e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della vita pubblica. Lo sviluppo dei PPP va d'altronde inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo d'operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore”*.

tra partenariati contrattuali e partenariati istituzionali, a seconda che la collaborazione tra autorità e privati si fondi su accordi convenzionali o sfoci nella creazione di un'entità distinta incaricata di perseguire un risultato comune (13).

I due modelli presentano non solo fisionomie distinte, ma anche questioni applicative totalmente diverse fra loro.

Nei partenariati a natura contrattuale una o più fasi del rapporto sono devoluti alla parte privata, nei cui confronti l'autorità esercita un potere di vigilanza; dirimente, in questi casi, diventa l'entità del rischio.

Infatti, un rischio elevato per i soggetti economici diminuisce l'attrattiva dell'operazione per gli stessi, mentre uno esiguo può favorire il compimento di condotte opportunistiche della parte privata, con evidenti ricadute negative per la comunità (14).

Per questa ragione, assume particolare importanza il documento di valutazione dei rischi, il quale deve essere predisposto dall'operatore privato e analizzato dai pubblici poteri.

All'interno della concessione, che rappresenta l'esempio emblematico di partenariato pubblico-privati su base contrattuale, possiamo riscontrare la centralità del PEF, ossia del piano economico finanziario, il quale costituisce **“il cuore dell'iniziativa da finanziare”** (15).

La funzione del PEF, peraltro, non è solo quella di accertare l'entità del rischio presente in capo al soggetto concessionario, ma anche, sulla base di questo, identificare l'idoneità dello stesso a svolgere la prestazione oggetto del rapporto.

In altri termini, il PEF si pone quale strumento di valutazione non solo per l'operatore privato, ma anche per quello pubblico (16).

L'individuazione della convenienza dell'operazione si ricava attraverso l'esame della previsione iniziale *“dei costi e ricavi attesi dalla realizzazione dell'opera, nonché attraverso la sussistenza di margini ulteriori quando si*

(13) Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, cit., pp. 110 e sgg.; V. SESSA, *Il Partenariato pubblico-privato*, *Giustamm.it-Rivista di diritto pubblico*, anno 2016, fascicolo n. 7; B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti, da Amministrazione in Cammino - Luiss*; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit.

(14) Cfr. G.F. CARTEL, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e Appalti*, fascicolo 8-9, anno 2016, pp. 940 e sgg. sull'entità del rischio nei contratti di concessione.

(15) Cfr. T.A.R. Puglia, sent. n. 3877/2004.

(16) G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, cit., pp. 128. La relativa nozione è stata sviluppata all'interno del nuovo Codice dei Contratti Pubblici all'art. 3, comma 1, lett. fff), il quale definisce il concetto di equilibrio finanziario come quello di *“contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”*.

*considerino gli oneri relativi al finanziamento. I flussi in entrata devono essere, quindi, sufficienti a rimborsare ogni costo (finanziario e non finanziario) preventivato e inoltre essere tali da poter garantire per il concessionario un margine normale di profitto” (17).*

Al contrario, nei partenariati istituzionalizzati le parti costituiscono un nuovo soggetto incaricato di svolgere l’attività individuata e, in tali contesti, fondamentale è il rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza nella scelta del *partner* privato, discendenti direttamente dall’articolo 97 comma 2 della Costituzione.

Figura emblematica dei partenariati istituzionalizzati è la società mista, partecipata in quote variabili dai pubblici poteri e da parte privata (18).

In questo caso, la pubblica amministrazione è tenuta a promuovere una procedura ad evidenza pubblica a doppio oggetto, avente lo scopo sia di selezionare l’operatore privato con cui costituire la società, sia quella di affidare la gestione di un servizio alla stessa.

La rilevanza della procedura a doppio oggetto nella costituzione di società miste pubblico-privato è tale che la giurisprudenza oramai ritiene legittima la loro istituzione solo nel rispetto di tale procedimento amministrativo, censurando scelte dell’operatore privato in via diretta e senza apposita gara (19).

L’impianto così delineato non ha subito forti rivisitazioni nel corso del tempo.

A livello sovranazionale, le istituzioni Europee hanno, poi, approvato una serie di documenti in cui precisano la portata applicativa e i confini del partenariato pubblico-privati senza, tuttavia, alterarne la fisionomia.

In particolare, sia la Comunicazione sui PPP e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni del 15 novembre 2005, sia la risoluzione del Parlamento Europeo del 26 ottobre 2006 hanno confermato come non fosse necessario creare una cornice normativa precisa per i partenariati, rimettendo sostanzialmente la disciplina legislativa ai singoli Stati nel rispetto dei principi sviluppati fino a quel momento anche e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In Italia, grazie anche all’applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale costituzionalizzato nel 2001, nel 2008 si assiste all’introduzione nel Codice dei Contratti Pubblici del Partenariato Pubblico-Privati (D.Lgs. n. 163/2006), definito ai sensi del comma 15-*ter* dell’articolo 3 (20).

---

(17) G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, *ibidem*.

(18) V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.; M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit.

(19) Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, sent. n. 1165 del 22 marzo 2016, secondo cui “*Gli affidamenti di servizi si possono essere conferiti a società miste in via diretta solamente nel caso in cui l’affidamento diretto ad una società mista sia preceduto dalla gara per la scelta del socio privato e l’affidamento dei servizi definisca esattamente l’oggetto dei servizi medesimi senza trasmodare nell’inammissibile forma di una società <<generalista>>*”.

La disposizione ha cristallizzato alcuni punti fermi inerenti al dibattito sul tema dei partenariati (21).

In primo luogo, la concessione, sia di lavori sia di servizi, è stata identificata a tutti gli effetti quale manifestazione del partenariato pubblico-privato, così come, similmente, si verifica con il fenomeno delle società miste.

Inoltre, l'elencazione non ha esaurito l'ambito dei partenariati pubblico-privati, dato che lo stesso comma 15-ter specifica come il valore dell'enumerazione sia meramente esemplificativo; d'altronde, ingessare i moduli organizzativi suscettibili di essere scelti dalla pubblica amministrazione sarebbe stata una visione radicalmente incompatibile proprio con le esigenze sottese ai partenariati, ovvero, come detto, flessibilità operativa e gestionale.

Infine, il Legislatore, vista l'importanza acquisita all'interno dell'ordinamento, ha attribuito autonomo risalto ad alcune figure tipizzate di partenariati, quale la finanza di progetto (22).

Sotto il versante procedurale, il Codice del 2006, sulla scia di quanto avvenuto a livello sovranazionale, non ha fornito un quadro normativo organico, limitandosi a delineare in alcune disposizioni una disciplina giuridica comune estensibile a tutti i contratti di partenariato pubblico-privato (23).

Successivamente, gli interventi posteriori al 2006 si pongono tutti in una direttrice di valorizzazione dell'istituto dei partenariati, sia attraverso un loro ampliamento, sia per mezzo dell'inserimento di nuove procedure utilizzabili per le fattispecie già contemplate dal Codice (24).

---

(20) L'importanza della sussidiarietà orizzontale quale paradigma teorico di una relazione non conflittuale tra autorità e privati è pacifica in dottrina. Sul punto, Cfr. A. TROISI, *Partenariato Pubblico Privato ed investimenti infrastrutturali*, in *Concorrenza e mercato*, fasc.10, 2012, pp. 891 e sgg.; B. RAGANELLI, *Il contratto di concessione come modello di partenariato pubblico-privato e il nuovo codice dei contratti*, cit.

(21) Art. 3 comma 15-ter: "Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi".

(22) Fra i vari modelli presenti, sicuramente la finanza di progetto rappresenta l'archetipo del partenariato, anche per la sua diffusione avvenuta nel giro di qualche decennio. A riprova di ciò, si rammenta come la prima disciplina normativa inerente alla finanza di progetto sia stata introdotta in Italia con la legge n. 415 del 1998.

(23) Ad esempio, l'articolo 157 in tema di emissione di obbligazioni e titoli di debito. Cfr. V. SESSA, *Il Partenariato pubblico-privato*, cit., pp. 3 e sgg.

(24) Nel primo caso si rammenta l'introduzione del contratto di disponibilità con il D.L. n. 1 del 2012, mentre nel secondo l'ampliamento delle procedure amministrative utilizzabili per la finanza di progetto.

Le direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 non rielaborano l'istituto del partenariato pubblico-privato, limitandosi, semmai, esclusivamente a precisare e a rafforzare l'importanza della concessione quale figura principe e autonoma di partenariato, tanto da essere oggetto dell'intera direttiva n. 23.

La dottrina ha, comunque, colto un maggior approfondimento della nozione del rischio nei partenariati all'interno delle più recenti fonti del diritto sovranazionali, che hanno tentato di delineare con maggiore precisione i contorni di questo concetto fondamentale ai fini della valutazione sull'opportunità di adottare soluzioni organizzative innovative rispetto a quelle tradizionali (25).

Sembrirebbe, negli ultimissimi documenti predisposti dalle istituzioni dell'Unione, diffondersi, anzi, anche un ripensamento in ordine ad un uso indiscriminato dei partenariati.

Infatti, come attesta la relazione della Corte dei Conti Europea n. 9 del 2018, si riscontra come spesso e volentieri i partenariati siano stati utilizzati strumentalmente per aggirare i vincoli posti alla finanza pubblica generando, tuttavia, *“carenze diffuse e benefici limitati”*.

Il documento perviene ad evidenziare, in netta rottura con le convinzioni pregresse, come *“i PPP hanno consentito alle autorità pubbliche di appaltare infrastrutture di grandi dimensioni attraverso un'unica procedura, ma hanno aumentato il rischio di una concorrenza insufficiente, indebolendo quindi la posizione negoziale delle amministrazioni aggiudicatrici”*; ancora, *“analogamente ai progetti tradizionali, anche la maggior arte dei PPP sottoposti a audit sono risultati inficiati da notevoli inefficienze, che si sono tradotte in ritardi in fase di costruzione e forti incrementi di costo”* (26).

Solo il tempo potrà, a questo punto, dirci se questo nuovo orientamento influenzerà anche gli organi legislativi sovranazionali, imponendo un ripensamento ancora più marcato.

Si evidenzia, infine, come nel DEF del 2019 il Governo abbia inserito dei riferimenti proprio al partenariato pubblico-privato, manifestando la volontà di approvare un contratto *standard*; non è chiaro se l'intenzione dell'esecutivo sia quella di fornire una definizione giuridica al partenariato o introdurre nuove forme di questo modello descrittivo (27).

---

(25) Cfr. G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, fasc. 2, anno 2018, pp. 599 e sgg.

(26) Cfr. Relazione della Corte dei Conti Europea n. 9 del 2018, pp. 9 e 10.

(27) Cfr. DEF, III Sezione, p. 38: *“Il Governo intende, inoltre, valorizzare il Partenariato Pubblico-Privato (PPP), con la definizione di un contratto standard PPP che è già ad uno stadio avanzato di elaborazione. Unitamente alla matrice dei rischi e al capitolato di gestione, esso fornirà una guida alle pubbliche amministrazioni per la strutturazione in dettaglio delle operazioni di PPP e la redazione dei relativi atti e documenti negoziali, con il fine di accrescere la competitività del Paese a livello internazionale, migliorare le capacità tecniche e negoziali delle pubbliche amministrazioni, limitare il ricorso alle varianti in corso d'opera e favorire la 'bancabilità' dell'operazione”*.



### 3. *L'in-House quale limite esterno al partenariato pubblico-privati.*

L'espressione *in-house* fu coniata per la prima volta con il Libro Bianco sugli appalti pubblici nel 1998 per indicare “*quelli [appalti] aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale o, ancora, tra un'amministrazione ed una società interamente controllata*” (28). Un anno dopo, con la celebre sentenza numero 107, la Corte di Giustizia precisò i casi in cui una pubblica amministrazione potesse, direttamente, scegliere una propria articolazione organizzativa in luogo di un soggetto terzo, designato attraverso regolare procedura concorsuale per l'affidamento di lavori o servizi (29).

La sentenza, conosciuta anche come *Teckal*, specificò come l'autorità potesse legittimamente affidare un'attività senza svolgere una procedura comparativa nei casi in cui l'ente, destinatario dell'affidamento, fosse sottoposto ad un “**controllo analogo**” a quello di un organo interno della stessa amministrazione e, nel contempo, l'attività di questo soggetto non fosse svolta per la parte più rilevante a favore del mercato (30).

Da questo versante, si coglie anche l'elemento giustificativo della deroga alle ordinarie procedure in tema di affidamento.

Secondo la giurisprudenza europea, infatti, non è necessario applicare la disciplina in tema di concorrenza se, come in questo caso, l'autorità decide di affidare un'attività direttamente ad un organo interno dell'amministrazione, generando una “**internalizzazione**”.

Questa particolare relazione organica è stata qualificata in dottrina come *in-house* verticale o istituzionale e rileva quale limite esterno al rapporto di partenariato pubblico-privati (31).

Infatti, rielaborando una considerazione racchiusa all'interno del Libro Verde sul partenariato pubblico-privato del 2004, la scelta se internalizzare un'attività o procedere ad un affidamento a terzi competerà esclusivamente all'autorità pubblica, la quale a sua volta, nel caso in cui decidesse di esternalizzarla, può optare o per le procedure comparative canoniche o per un rapporto di partenariato (32).

Negli anni successivi la Corte più volte ha precisato i due presupposti ci-

---

(28) Il libro bianco sugli appalti pubblici è inserito nella COM (98)143 dell'11 marzo 1998.

(29) C-107/98, anche nota come caso *Teckal*.

(30) M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 351 e M. MENGZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, (promossi da) F.B.C. volume III, pp. 1865-1895, Milano Giuffrè 2015.

(31) V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.

(32) A sua volta, l'autorità può avvalersi, come detto, di una delle forme previste dall'ordinamento o instaurare un partenariato atipico, data la valenza esemplificativa dell'elencazione contenuta nel Codice dei Contratti Pubblici.

tati, adottando un'interpretazione piuttosto rigorosa dell'*in-house*, tesa a non vanificare l'applicazione della disciplina della concorrenza.

La Corte ha, inizialmente, specificato nel caso *Stadt Halle* C-26/03 come fosse necessaria un'integrale presenza del capitale pubblico ai fini della qualificazione di un ente come di società *in-house* in quanto, una percentuale anche minima di partecipazione privata, avrebbe "inquinato" il controllo analogo, precludendo in radice una sua configurabilità (33).

Con la sentenza *Carbotermo* C-340/04, successivamente, i giudici europei stabilirono come le modalità di controllo analogo potessero essere diverse rispetto a quelle esercitate nei confronti di un'articolazione interna, purché fossero equivalenti a quelle poste in essere nei confronti dei servizi interni dell'amministrazione controllante (34); con la pronuncia C-324/07 *Coditel Brabant*, invece, ammisero anche un controllo plurisoggettivo da parte di più enti, fondato ad esempio su accordi (35).

La dottrina, sulla base di quanto esposto, ha progressivamente iniziato ad ampliare la definizione di *in-house*, includendo anche quelle relazioni nate tra soggetti pubblici allo scopo di cogestire un'attività.

Infatti, può accadere che fra soggetti interni all'amministrazione sorgano relazioni in grado di determinare rapporti non assimilabili agli ordinari paradigmi normativi in materia di contrattualistica pubblica (36).

---

(33) Cfr. sentenza C-26/2003: "In conformità della giurisprudenza della Corte, non è escluso che possano esistere altre circostanze nelle quali l'appello alla concorrenza non è obbligatorio ancorché la controparte contrattuale sia un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Ciò si verifica nel caso in cui l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità distinta in questione un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'autorità o le autorità pubbliche che la controllano (v., in tal senso, sentenza *Teckal*, cit., punto 50). Occorre ricordare che, nel caso sopra menzionato, l'entità distinta era interamente detenuta da autorità pubbliche. Per contro, la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi".

(34) Cfr. sentenza *Carbotermo* 340/04: "Si deve di conseguenza risolvere la prima questione nel senso che la direttiva 93/36 osta all'affidamento diretto di un appalto di forniture e di servizi, con prevalenza del valore della fornitura, a una società per azioni il cui consiglio di amministrazione possiede ampi poteri di gestione esercitabili in maniera autonoma e il cui capitale è, allo stato attuale, interamente detenuto da un'altra società per azioni, della quale è a sua volta socio di maggioranza l'amministrazione aggiudicatrice".

(35) Sulle sentenze *Teckal*, *Stadt Halle* e *Carbotermo* cfr. V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.; sulla sentenza *Brabant*, cfr. C. ALBERTI, *La società in house tra modelli nazionali e ripensamenti comunitari*, in *Istituzioni del Federalismo* numero 2 del 2011 pp. 25 e sgg. Nella sentenza *Brabant* si specifica come sia richiesta "un'influenza determinante sia sugli obbiettivi strategici che sulle decisioni importanti".

(36) G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, in *Federalismi*, fascicolo n. 18 del 2015, pp. 13 e sgg.; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in-house providing*, cit., pp. 1501 e sgg.; G.M. RACCA, *Gli accordi fra Amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, cit., pp. 111 e sgg.

Da questo punto di vista, le cooperazioni tra attori pubblici manifestano, quindi, evidenti affinità con il partenariato pubblico-privati, da cui si differenziano, tuttavia, sia per la natura soggettiva mono-pubblica delle parti coinvolte, sia per il risultato conseguito, il quale determina la chiusura al mercato e la deroga all'obbligo di ricorrere alle procedure di affidamento.

Questa figura di partenariato tra pubblici poteri, chiamata anche *in-house* orizzontale, si connota, poi, rispetto all'*in-house* verticale per la carenza di un rapporto inquadrabile in termini analoghi a quello tra pubblica amministrazione e articolazione interna, essendo, semmai, sussistente una cooperazione tra più soggetti contraddistinti da pari importanza e dignità (37).

All'interno della giurisprudenza europea, si riscontra il primo caso concreto di partenariato pubblico-pubblico nella controversia *Commissione c. Rep. federale di Germania (o Rugenberger Damm, o Città di Amburgo)* C-480/06.

La vicenda trae origine da un accordo sottoscritto da una pluralità di enti locali con il Comune di Amburgo avente ad oggetto i servizi di igiene urbana, smaltiti per mezzo di un termovalorizzatore da realizzare e affidare in gestione a terzi; in cambio di questo servizio di smaltimento, gli enti locali si impegnavano ad offrire una somma alla città di Amburgo, a titolo di rimborso per l'attività espletata dal futuro gestore dell'impianto (38).

La Corte di Giustizia Europea ritenne perfettamente legittima la scelta dei Comuni tedeschi di cooperare fra loro, in coerenza con il presupposto secondo cui ogni pubblica amministrazione è libera se decidere di affidare a terzi un'attività mediante procedura ad evidenza pubblica o internalizzare il servizio.

In quest'ultimo caso, le stazioni appaltanti possono o optare per l'affidamento ad un soggetto controllato in modo analogo ad un'articolazione interna o promuovere una cooperazione con altri uffici amministrativi.

Questa possibilità discende, secondo i giudici, dal principio di libera autorganizzazione interna, secondo cui ogni autorità può autonomamente decidere quale soluzione percorrere nella materia della contrattualistica pubblica purché, similmente a quanto analizzato nei partenariati pubblico-privati, vi sia il rispetto del diritto dell'Unione nell'ipotesi in cui si scelga la procedura ad evidenza pubblica.

---

(37) Gli accordi amministrativi *ex art. 15* della legge n. 241 del 1990 rappresentano un esempio *ante litteram* di partenariato pubblico-pubblico. La stessa Autorità Indipendente di settore, allora chiamata AVCP (Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici), con propria determina n. 7 del 21 ottobre 2010, statui come fosse utilizzabile questo strumento per attuare le cooperazioni amministrative elaborate al livello Sovranazionale; il limite, secondo l'Autorità Indipendente, ai fini della configurabilità della fattispecie in esame era dato dalla carenza di un prezzo versato alle Amministrazioni. In tal caso, ci saremmo trovati di fronte ad un contratto commutativo idoneo a recidere la relazione tra soggetti pubblici necessaria per ravvisare un *in-house* orizzontale.

(38) Non erano previsti, quindi, margini di profitto rispetto al mero rimborso delle spese; inoltre, la Città di Amburgo si impegnavo a fornire, se necessario, capacità sostitutiva per lo smaltimento dei rifiuti.

In particolare, secondo il Collegio diventano rilevanti ai fini della configurabilità della fattispecie alcuni presupposti.

Questi sono rappresentati dalla sussistenza di un interesse pubblico connesso allo svolgimento di un servizio pubblico di interesse comune, dalla carenza di *favor* nei confronti di imprese private, dalla mancanza di lucro per i soggetti coinvolti e, infine, dal ruolo attivo e non meramente passivo, inteso come mera remunerazione dell'attività oggetto dell'accordo, di ogni parte presente (39).

Successivamente, la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare meglio i contorni dell'*in-house* orizzontale con il caso *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce* (C-159/11), inerente all'affidamento di attività di studio e valutazione di vulnerabilità sismica di alcune strutture ospedaliere da parte della ASL di Lecce ad un dipartimento dell'Università del Salento.

Nella pronuncia, i Giudici Europei hanno evidenziato, ai fini della configurabilità di un rapporto di *in-house* orizzontale, la centralità del presupposto del compimento di un'attività di interesse pubblico comune a tutte le parti.

Secondo la Corte, in casi del genere si potrebbe determinare un'alterazione della libera concorrenza, nella misura in cui uno dei soggetti pubblici coinvolti dall'accordo finisce per rivestire, sostanzialmente, la qualifica di operatore economico, svolgendo un'attività diversa rispetto al fine pubblico perseguito.

Il *corpus* di principi delineato dalla giurisprudenza Europea è stato, poi, arricchito da due documenti, elaborati dal Parlamento Europeo e dalla Commissione Europea nel 2010 e nel 2011 (40).

In entrambi gli atti, le istituzioni hanno sottolineato la necessità di procedere ad una vera e propria codificazione della nozione pretoria di *in-house* orizzontale, la quale è stata avvertita come urgente alla luce della complessità raggiunta dall'elaborazione giurisprudenziale.

La cristallizzazione del patrimonio plasmato dai giudici Sovranazionali è, infine, avvenuto con le direttive numeri 23, 24 e 25 del 2014 riguardanti,

---

(39) Cfr. G.M. RACCA, *Gli accordi fra Amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, cit., pp. 115 e sgg. L'Autore segnala, inoltre, anche le differenze tra l'accordo di cooperazione e il contratto di matrice civilistica. In particolare, quest'ultimo divergerebbe sia per il difetto del requisito della patrimonialità, non essendo previsto un corrispettivo, sia per la sussistenza di una causa diversa, essendo quest'ultima nei partenariati per definizione legata ad una ripartizione di compiti da parte di più amministrazioni per perseguire uno o più obiettivi comuni.

(40) Si tratta della risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2009/2175/INI) e il Documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico"), SEC (2011) 169 def, del 4 ottobre 2011. Cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 17 e sgg. e R.C. PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e nei servizi pubblici*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 6, anno 2016, pp. 1457 e sgg.

rispettivamente, gli appalti, le concessioni e le procedure di affidamento all'interno dei cosiddetti settori speciali.

In particolare, l'articolo 12 della direttiva numero 24 fornisce una definizione di *in-house* verticale, ribadendo la necessaria compresenza di quei presupposti già enucleati in sede giurisdizionale.

In primo luogo, si esige l'esistenza di un controllo analogo da parte dei pubblici poteri nei confronti dell'entità *in-house*.

Il controllo analogo è identificato nella seconda parte del comma 3 dell'articolo 12, il quale prescrive come questo si configuri quando siano riconducibili all'amministrazione la designazione dei membri degli organi decisionali della società, vi sia un'attitudine da parte dei pubblici poteri a esercitare un'influenza determinante sulle scelte della persona giuridica e, infine, vi sia la carenza di interessi contrapposti a quelli delle amministrazioni controllanti (41).

Inoltre, fra gli altri presupposti ulteriori rispetto al controllo analogo, l'articolo 12 comma 1 esige da un lato il compimento di almeno l'80% dell'attività a favore dei pubblici poteri, dall'altro una partecipazione ai capitali tendenzialmente mono-pubblicistica, con la possibilità di un apporto privato circoscritto alle ipotesi in cui non si realizzi un'influenza determinante del socio non pubblico in conformità ai singoli ordinamenti nazionali (42).

Successivamente, al comma 4 dell'articolo 12 è identificato anche il concetto di *in-house* orizzontale, il quale si concretizza nei casi in cui due o più amministrazioni stipulino, al fine di svolgere prestazioni rientranti nei loro obiettivi comuni, un accordo, secondo considerazioni esclusivamente ispirate da interesse pubblico; inoltre, si richiede che le pubbliche amministrazioni compiano un'attività sul mercato per una parte non superiore al 20% del totale (43).

---

(41) Articolo 12 comma 3 parte seconda: "*Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti; ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti*".

(42) Articolo 12 comma 1 "*b) oltre l'80 % delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata*". L'ultima previsione, in particolare, può essere interpretata come testimonianza di un parziale ripensamento in ordine al concetto di *in-house*.

(43) Articolo 12 comma 4: "*Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte*

Si è discusso in dottrina circa l'esatta portata dei requisiti scolpiti dalla disciplina sovranazionale.

Si ritiene come, in relazione alla nozione di obiettivo comune, non si debba adottare un'impostazione formalista incentrata sulla distinzione tra funzione e servizio pubblico, quanto, e piuttosto, si debba analizzare il dato sostanziale della strumentalità dell'accordo all'attività svolta dalle amministrazioni (44).

Per ciò che riguarda, invece, la quota del 20% di attività suscettibili di essere rese al mercato, è possibile evidenziare come il parametro si raccordi, in modo perfettamente speculare, con la definizione di *in-house* verticale, comprovando l'idea secondo cui il concetto stesso di *in-house* rappresenti un limite esterno tanto all'apertura al mercato, quanto al partenariato pubblico-privato.

In coerenza con un impianto sostanzialista, cardine del diritto Sovranazionale di matrice europea, non è imposto uno o più modelli organizzativi per svolgere la cooperazione, essendo quest'ultima una scelta rimessa ai singoli ordinamenti nazionali (45).

La giurisprudenza italiana, poi, si è concentrata su alcuni aspetti del partenariato pubblico-pubblico.

Un primo filone, più risalente, ha approfondito la natura soggettiva dell'amministrazione, tentando di ricostruire la fisionomia di quali pubblici poteri fossero legittimati a concludere accordi per la gestione di obiettivi comuni (46).

La riflessione, in realtà, si è presto interrotta proprio alla luce del carattere sostanzialista del diritto Europeo, secondo cui ogni aspetto in ordine alla natura formale di un soggetto è, tendenzialmente, privo di pregio; infatti, per l'ordinamento Sovranazionale non assume significato una eventuale distinzione concettuale fra i vari livelli interni all'autorità pubblica, essendo quest'ultima una caratteristica interna dei singoli patrimoni giuridici degli Stati membri.

Successivamente, la giurisprudenza si è concentrata sui connotati dell'attività oggetto di cooperazione.

---

*tutte le seguenti condizioni: a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno".*

(44) Cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 23 e sgg. Inoltre, l'Autore sottolinea come non sia inserito un requisito qualitativo o quantitativo in ordine all'apporto che ogni Amministrazione deve prestare.

(45) R.C. PERIN, G.M. RACCA, *La cooperazione amministrativa europea nei contratti e nei servizi pubblici*, cit., pp. 1462 e sgg. Anche in questo caso, la libertà discende dal principio di autorganizzazione dei singoli Stati, a sua volta diretta emanazione della sovranità statale.

(46) G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 31 e sgg. Cfr. Cons. St., Sez. III, 16 dicembre 2013, n. 6014 o TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518.

In una prima fase, i giudici italiani hanno riproposto una visione ispirata dalla tradizione formalista interna, fondata sulla legittimità dell'accordo tra pubbliche amministrazioni in presenza di un interesse generale, identificato come qualunque finalità pubblica perseguita dall'autorità (47).

In seguito, è stato evidenziato dal Consiglio di Stato come, per evitare distorsioni della concorrenza, solo e soltanto quelle attività riconducibili ai compiti istituzionali espletati dalle pubbliche amministrazioni possano essere oggetto di partenariato orizzontale (48).

Gli articoli della direttiva hanno trovato, infine, trasposizione all'interno del D.Lgs. n. 50 del 2016, che all'articolo 5 positivizza sia la nozione di *in-house* verticale al comma 1, sia quella più recente di *in-house* orizzontale al comma 6 (49).

L'unico aspetto su cui si può cogliere una certa discrasia rispetto all'orientamento giurisprudenziale europeo pregresso è l'assenza del requisito esplicito del rimborso quale unico corrispettivo ammesso all'interno delle cooperazioni amministrative.

Si discute, quindi, se si possa configurare un accordo tra poteri pubblici anche in presenza dell'elemento della patrimonialità (50).

#### *4. La valorizzazione dei beni culturali quale terreno elettivo del partenariato pubblico-privato e, in particolare, pubblico-pubblico.*

L'articolo 9 della Costituzione enuncia il principio della tutela della cultura e della tecnica, nonché al secondo comma quello della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (51).

La dottrina maggioritaria, nel periodo successivo all'entrata in vigore della Costituzione, ben presto identificò nell'articolo 9 il fondamento implicito del principio della tutela dei beni culturali, che si connotava da un lato nei contenuti per essere inteso come mera conservazione del patrimonio culturale esistente, mentre in relazione ai soggetti coinvolti per essere oggetto di una riserva assoluta statale, la quale precludeva a qualsiasi forma di intervento o compartecipazione non solo di attori privati, ma anche di soggetti pubblici non statali (52).

(47) Sempre TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2013, n. 3518.

(48) Cfr. Cons. di Stato, sent. n. 3849/2013. Cfr. G. TACCOGNA, *I partenariati pubblico-pubblico orizzontali, in rapporto alla disciplina dell'aggiudicazione degli appalti*, cit., pp. 34 e sgg.

(49) Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici positivizza anche, al comma 5, la particolare variante dell'*in-house* verticale rappresentata da quella a controllo plurisoggettivo.

(50) La giurisprudenza, tuttavia, sembrerebbe recepirlo indirettamente, cfr. ad es. T.A.R. Napoli, sez. I, sent. n. 548 dell'1 febbraio 2019, per la quale "Al di fuori di questi casi, ogni accordo avente contenuto patrimoniale ed astrattamente contendibile soggiace alle regole dell'evidenza pubblica dovendosi anche le amministrazioni pubbliche includere nel novero degli operatori economici sottoposti alle regole della concorrenza ai sensi dell'art. 3 lett. p) del d.lgs. n. 50/2016".

(51) Articolo 9 della Costituzione: "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione".

In progresso di tempo, si diffuse, invece, una sensibilità diversa, tesa ad ammettere un concorso di soggetti non statali nella valorizzazione dei beni culturali, declinata come stimolo delle *“potenzialità del bene culturale, realizzando la mise en valeur di tutto ciò che lo circonda, in termini di promozione, organizzazione, gestione e fruizione”* (53).

Questa tipologia di attività dinamica e non esclusivamente statica fu positivizzata per la prima volta durante il terzo decentramento amministrativo inaugurato dalle leggi Bassanini, in particolare dal D.Lgs. n. 112 del 1998 che, all’articolo 148 comma 1 lettera e), la definì quale *“ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione”* (54).

In occasione, infatti, della revisione del Titolo V, il Legislatore costituzionalizzò il principio della valorizzazione dei beni culturali, attribuendo la relativa titolarità anche alle Regioni nel rispetto della disciplina di cornice elaborata dallo Stato all’articolo 117 comma 3 (55).

L’intervento, tuttavia, non deve essere visto come isolato ma, anzi, è inseribile all’interno di un contesto generale di rivisitazione dei rapporti da un lato fra i pubblici poteri, dall’altro tra questi stessi e i soggetti privati (56).

Infatti, da questo momento è possibile scorgere proprio all’interno della disciplina della valorizzazione dei beni culturali una certa innovazione nei rapporti tra pubblico e privato, attraverso la elaborazione di moduli organizzativi prima sconosciuti al nostro ordinamento (57).

In particolare, già la legge finanziaria per il 2002 (l. n. 448 del 2001) all’articolo 33 ammise, esplicitamente, la possibilità di affidare in concessione a *“soggetti diversi da quelli statali la gestione di servizi finalizzati al miglio-*

(52) P. ROSSI, *Partenariato pubblico-privato e valorizzazione economica dei beni culturali nella riforma del codice degli appalti*, in *Federalismi*, fascicolo n. 2 del 2018, pp. 2 e sgg.; S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fascicolo n. 2, anno 2016, pp. 403 e sgg.; G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, fascicolo 6, anno 2015, pp. 322 e sgg.

(53) S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, cit., p. 403.

(54) C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, fascicolo 4-5, anno 2006, p. 160.

(55) Art. 117 comma 3: *“Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a (...): valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali (...). Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla Legislazione dello Stato”*. Come ricorda G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., p. 323, il concetto di valorizzazione era già stato ritenuto da parte delle Regioni quale oggetto di loro attività fin dagli anni ’70.

(56) La nuova formulazione dell’articolo 118, che fornisce cittadinanza al principio di sussidiarietà, è indicativa, sia sul versante verticale, sia in relazione a quello orizzontale.

(57) L. CASINI, *Una «Revolution in Government»? La riforma amministrativa del patrimonio culturale*, in *Riv. Trim. di Diritto Pubblico*, fasc. 2, giugno 2018, pag. 702 parla di vero e proprio “pionierismo” in relazione all’ambito della valorizzazione dei beni culturali.



*ramento della fruizione e della valorizzazione del patrimonio artistico [...]"* (lett. b-bis, comma 1).

Inoltre, l'articolo 35 della legge n. 448 del 2001 sancì la possibilità per gli enti locali di affidare ad associazioni o a fondazioni la gestione dei servizi culturali, riconoscendone la natura di servizi pubblici privi di rilevanza economica (58).

Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio (D.Lgs. n. 42 del 2004) ha consolidato la scia delineata fin dal terzo decentramento amministrativo, da un lato confermando all'articolo 6 comma 3 il concorso dei privati alla valorizzazione del patrimonio culturale, mentre, dall'altro, all'articolo 7 comma 2 ponendo il principio della sinergia tra diverse autorità pubbliche nella stessa valorizzazione (59).

Negli articoli 111 e seguenti, all'interno del capo II intitolato proprio "*principi della valorizzazione dei beni culturali*", il Codice ha fornito, poi, la disciplina applicativa dei rapporti tra pubblico e privato genericamente dichiarati negli articoli 6 comma 3 e 7 comma 2.

In primo luogo, l'articolo 111 definisce la nozione di valorizzazione, identificandola quale "*costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, ovvero nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie o strumentali, finalizzate all'esercizio delle funzioni ed al perseguimento delle finalità indicate all'articolo 6*" e consentendone la relativa attività anche agli operatori privati.

Successivamente, l'articolo 112 consacra il coordinamento tra i diversi livelli dell'autorità pubblica, enucleando, in particolare, al comma 4, l'accordo tra diversi soggetti quale metodo ordinario di azione nella valorizzazione e sviluppo dei piani strategici culturali (60).

L'assenza degli accordi determina, in base al comma 6, l'applicazione del criterio dominicale, già elaborato dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui ogni soggetto è tenuto a valorizzare i beni di cui ha la disponibilità (61).

(58) Articolo 35 comma 3: "*Gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate*".

(59) Articolo 6 comma 3: "*la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale*". Articolo 7 comma 2: "*Il Ministero, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali perseguono il coordinamento, l'armonizzazione e l'integrazione delle attività di valorizzazione dei beni pubblici*".

(60) Articolo 112 comma 4: "*Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali stipulano accordi per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica. Gli accordi possono essere conclusi su base regionale o subregionale, in rapporto ad ambiti territoriali definiti, e promuovono altresì l'integrazione, nel processo di valorizzazione concordato, delle infrastrutture e dei settori produttivi collegati. Gli accordi medesimi possono riguardare anche beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati. Lo Stato stipula gli accordi per il tramite del Ministero, che opera direttamente ovvero d'intesa con le altre amministrazioni statali eventualmente competenti*". Sul tema, cfr. S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, cit., pp. 406 e sgg.

Infine, l'articolo 112 comma 9 estende lo strumento dell'accordo alla concertazione tra autorità pubblica e operatori privati, anche prescindendo da quelli stipulati *ex* comma 4 dell'articolo 112, per regolare i servizi strumentali alla valorizzazione dei beni culturali (62).

L'articolo 115 del Codice elenca le forme di gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali, che possono assumere natura diretta o indiretta, a seconda che i pubblici poteri decidano di esercitarla autonomamente o mediante esternalizzazione ad un soggetto privato.

In particolare, il comma 4 pone un *favor* normativo a favore della gestione diretta, ritenendo ammissibile quella indiretta esclusivamente nei casi in cui assicurati *“un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali”* (63).

La gestione indiretta da parte di un operatore privato, poi, si estrinseca esclusivamente per espressa statuizione del Codice nella concessione, considerata quale modello onnicomprensivo di regolazione reciproca dei rapporti tra pubblico e privato, da attuare mediante procedure di evidenza pubblica (64).

Le stesse modalità di gestione sono richiamate dal D.Lgs. n. 42 del 2004 a proposito dei cosiddetti *“Servizi per il pubblico”*, ossia di una serie di servizi posti in una posizione strumentale rispetto alla valorizzazione degli istituti e dei luoghi culturali (65).

La gestione di questi può, quindi, essere esternalizzata mediante proce-

(61) G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., p. 326; originariamente la disposizione trovava sede nel comma 5.

(62) Articolo 112 comma 9: *“Anche indipendentemente dagli accordi di cui al comma 4, possono essere stipulati accordi tra lo Stato, per il tramite del Ministero e delle altre amministrazioni statali eventualmente competenti, le regioni, gli altri enti pubblici territoriali e i privati interessati, per regolare servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali. Con gli accordi medesimi possono essere anche istituite forme consortili non imprenditoriali per la gestione di uffici comuni. Per le stesse finalità di cui al primo periodo, ulteriori accordi possono essere stipulati dal Ministero, dalle regioni, dagli altri enti pubblici territoriali, da ogni altro ente pubblico nonché dai soggetti costituiti ai sensi del comma 5, con le associazioni culturali o di volontariato, dotate di adeguati requisiti, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali. All'attuazione del presente comma si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”*.

(63) Nella versione originaria era il comma 5; sul punto, cfr. A. LEO TARASCO, *L'esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali: profili problematici di diritto dell'economia*, da [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

(64) La versione originaria dell'articolo 115 comma 3 contemplava anche altri soggetti, quali *“istituzioni, fondazioni, associazioni, consorzi, società di capitali o altri soggetti, costituiti o partecipati, in misura prevalente, dall'amministrazione pubblica cui i beni pertengono”*; sul rilievo accordato alla concessione quale modello onnicomprensivo di esternalizzazione, cfr. C. BARBATI, *Esternalizzazioni e beni culturali: le esperienze mancate e le prospettive possibili*, cit., p. 165 e sgg. In realtà, il precetto normativo appare svalutato già alla luce del Codice dei Contratti Pubblici del 2006, il quale prevede all'articolo 197 che le figure del promotore finanziario e della società di progetto siano applicabili anche alle gestioni di cui agli articoli 115 e 117 del Codice dei Beni Culturali.

(65) A seguito delle novelle successive, la disposizione di riferimento è l'articolo 117, il quale elenca una serie di attività suscettibili di rientrare all'interno dei servizi per il pubblico; la valenza della disposizione è esemplificativa.

dura ad evidenza pubblica ed essere espletata in modo integrato con i servizi di vigilanza, pulizia e biglietteria (66).

La relativa disciplina è stata, successivamente, oggetto di apposita specificazione per mezzo del Decreto Ministeriale del 29 gennaio 2008, il quale fornisce maggiori chiarimenti in ordine alle modalità di affidamento dei servizi per il pubblico contemplati dall'articolo 117.

La disciplina approfondisce l'*iter* procedurale da rispettare, non discostandosi dal contenuto del Codice dei Beni Culturali e ribadendo, all'articolo 3 comma 3, come i servizi per il pubblico possano essere svolti anche in forma diretta dai pubblici poteri, se questi risultano contraddistinti da adeguate risorse economico-finanziarie.

L'impianto complessivo, che non ha subito nel corso del tempo rivisitazioni significative, ha trovato, infine, pieno consolidamento con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici del 2016, il quale ha ampliato le forme e le modalità innovative di cooperazione tra potere pubblico e autonomia privata nella materia dei beni culturali.

In particolare, l'articolo 151 del D.Lgs. n. 50 del 2016, oltre ad occuparsi di sponsorizzazioni, al comma 3 prescrive come il Ministero dei Beni Culturali possa promuovere *“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”*; la seconda parte del comma, inoltre, evidenzia come le modalità di cooperazione si svolgano *“attraverso procedure semplificate di individuazione del partner privato analoghe o ulteriori rispetto a quelle previste dal comma 1”*.

La disposizione citata, quindi, da un lato introduce e legittima un'ulteriore forma di accordo rispetto a quelli previsti dal Codice dei Beni Culturali all'articolo 112 commi 4 e 9, dall'altro sancisce come le relative modalità procedurali, necessarie alla loro conclusione, siano quelle semplificate contemplate per le sponsorizzazioni o, addirittura, ulteriori (67).

Da questo punto di vista, sembra corretto affermare come l'articolo 151 sia, sostanzialmente, una norma in bianco, la quale attribuisce un potere ampio al Ministero dei Beni Culturali, ammettendo la stipulazione di accordi dal contenuto tendenzialmente indeterminato, seppur teleologicamente orientato.

In altri termini, il Ministero può, con i soggetti espressamente individuati dalla disposizione, sottoscrivere accordi dai contenuti più disparati, purché diretti *“a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione,*

---

(66) Questi servizi rientrerebbero all'interno di un appalto, come ricorda G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., p. 329.

(67) L'articolo 151 comma 1 rinvia, per ciò che riguarda le modalità procedurali, all'articolo 19, il quale pone obblighi informativi ben più lievi rispetto a quelli ordinari.

*l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili”.*

Proprio con riguardo alla natura dei soggetti con cui il Ministero dei Beni Culturali può stipulare convenzioni, è possibile osservare come, a testimonianza dell'importanza rivestita e dall'impatto prodotto dal principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento, l'Amministrazione Centrale sia legittimata a relazionarsi non solo con altre autorità pubbliche, ma anche con operatori privati, non necessariamente economici.

Trova, ancora una volta, decisivo riconoscimento la fisionomia integrata della materia culturale, la quale può e deve trovare la compartecipazione di tutti gli attori presenti nella società (68).

##### *5. Il caso concreto: l'accordo di valorizzazione del 20 febbraio 2017.*

Come anticipato nel primo paragrafo, il presente scritto trae spunto da una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un accordo di valorizzazione sottoscritto, ai sensi dell'articolo 151 comma 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016, dal Ministero dei Beni Culturali con la Regione Emilia-Romagna, la Provincia di Ravenna e il Comune di Ravenna il 20 febbraio 2017.

In particolare, l'accordo disponeva che alla gestione diretta di una serie di monumenti e luoghi della cultura presenti all'interno del territorio ravennate si affiancasse, allo scopo di *“di incrementare e rafforzare, in un quadro di rapporti sinergici fra i diversi attori istituzionali, le politiche pubbliche di conservazione, valorizzazione e fruizione dell'area”*, una gestione pubblica, per mezzo di una fondazione, anche dei servizi al pubblico od aggiuntivi, in precedenza svolti da operatori privati.

L'accordo avrebbe dovuto dispiegare i propri effetti all'esito della concessione con i soggetti privati incaricati fino a quel momento di svolgere i servizi al pubblico, tuttavia, a seguito di alcuni inadempimenti, il Ministero disponeva la decadenza della concessione.

Gli operatori privati, quindi, proponevano ricorso presso il giudice amministrativo, decidendo di impugnare anche l'accordo di valorizzazione e chiedendone, in via cautelare, la sospensione degli effetti.

Il Tribunale Amministrativo per l'Emilia-Romagna, però, in data 26 giugno 2017, non accoglieva le doglianze proposte in via cautelare, non riscontrando la presenza di alcun danno grave ed irreparabile.

Le controparti formulavano, per questa ragione, appello cautelare in Consiglio di Stato, eccependo, ancora una volta, l'irreparabilità del danno subito.

---

(68) Il pregio maggiore da dover riconoscere al principio di sussidiarietà orizzontale è proprio quello di aver rimosso le impostazioni ideologiche tipiche del Novecento, tali per cui solo e soltanto l'autorità pubblica, in specie statale, è idonea a perseguire attività di interesse generale. A determinate condizioni, nel rispetto delle reciproche funzioni, è invece possibile non solo riconoscere, ma anche favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini.

In diritto, inoltre, i ricorrenti sostenevano come l'Amministrazione avrebbe dovuto procedere ad una gara pubblica, essendo il nostro ordinamento contraddistinto da un vero e proprio obbligo di esternalizzazione dei servizi museali, soprattutto con riguardo a quelli definibili come servizi al pubblico od aggiuntivi, strumentali alla valorizzazione del patrimonio culturale.

A sostegno della loro ricostruzione, i ricorrenti richiamaavano il Codice dei Beni Culturali e il D.M. del 29 gennaio 2008, nonché la disciplina di derivazione sovranazionale in materia di contrattualistica pubblica.

A giudizio della Difesa Erariale, è sembrato opportuno muovere da una più corretta interpretazione della normativa contenuta nel Codice dei Beni Culturali, il quale, come abbiamo osservato, non pone alcun obbligo di esternalizzazione sia nella gestione dei servizi a natura culturale, sia, a maggior ragione, dei servizi per il pubblico.

Infatti, l'articolo 115 del D.Lgs. n. 42 del 2004 si limita ad elencare una serie di soluzioni organizzative che le singole Amministrazioni, in base ai vari casi concreti, possono adottare nel tentativo di poter perseguire meglio l'interesse generale.

L'articolo 117, oltretutto, richiama espressamente in tema di servizi per il pubblico a natura museale, oggetto della controversia, quanto contenuto all'interno dell'articolo 115, non introducendo ulteriori formule organizzative proprie.

Sulla stessa scia si colloca il D.M. del 29 gennaio 2008, invocato dalle controparti a sostegno delle proprie pretese, che fornisce esclusivamente specificazione a questo assetto da un punto di vista procedurale, non potendo, peraltro, sovvertire, in coerenza con il principio della gerarchia delle fonti, una disciplina fissata a livello normativo.

Infine, negli scritti difensivi è stato dato ampio risalto anche alla disciplina Sovranazionale.

Il diritto dell'Unione, per quanto da sempre contraddistinto da un evidente *favor* nei confronti delle liberalizzazioni, non impone agli Stati membri alcuna soluzione organizzativa predefinita, ben potendo quest'ultimi decidere di avvalersi delle varie formule previste all'interno del singolo ordinamento nazionale.

La libertà di scelta auto-organizzativa deriva, come più volte sottolineato nei documenti elaborati dall'Unione Europea, dalla stessa sovranità degli Stati, la quale sarebbe lesa da prescrizioni sul tema eccessivamente stringenti.

Inoltre, per ciò che riguarda il caso dell'ordinamento italiano, si ravviserebbe una chiara lesione dell'articolo 97 comma 2 della Costituzione, il quale attribuisce all'Amministrazione proprio lo strumento del potere discrezionale per perseguire in modo più efficace l'interesse pubblico.

Quest'ultimo, infatti, non può essere cristallizzato in modo aprioristico attraverso formule preconfezionate o ideali, le quali rischierebbero di rivelarsi vuote o, peggio, indeterminate, ma, al contrario, assume fisionomia reale in base alle circostanze del singolo caso concreto.

In altri termini, la valorizzazione di un sito culturale può e deve essere perseguita in modo efficace dalle Amministrazioni solo in base all'autentico contesto di riferimento; in territori, ad esempio, dove si riscontrano validi operatori privati, l'Amministrazione sarà incentivata ad esternalizzare i servizi per il pubblico ma dove, al contrario, ritenga preferibile internalizzarli, per l'assenza di soggetti economici o nel tentativo di realizzare azioni di scala, deve essere libera di poter adottare le soluzioni più opportune senza vincoli preordinati, che assumerebbero valenza prettamente ideologica.

Per questa ragione, un obbligo generalizzato all'esternalizzazione di un servizio pubblico renderebbe, *de facto*, l'attività discrezionale amministrativa sostanzialmente vincolata sul tema, con una chiara alterazione della funzione dell'Amministrazione di perseguire l'interesse pubblico, considerata, alla luce di quanto esposto, dallo scrivente vero e proprio controlimite costituzionale, insuscettibile di compressione (69).

Per quanto riguarda la struttura della convenzione, invece, a parere della Difesa Erariale, l'accordo di valorizzazione è stato ricondotto all'interno dell'ambito dell'*in-house* orizzontale.

Infatti, depongono in tal senso sia un'interpretazione letterale della terminologia utilizzata dalle varie Amministrazioni, sia una sistematica delle varie fonti normative richiamate.

In particolare, le autorità pubbliche sottolineano come, *ex* articolo 151 comma 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016, sia possibile stipulare accordi su base orizzontale nella materia dei beni culturali "*per il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili*" esplicitamente indicati nei vari articoli della convenzione.

Inoltre, sono stati rispettati tutti i requisiti prescritti prima a livello sovranazionale e, poi, dallo stesso Codice dei Contratti Pubblici all'articolo 5 comma 6 (70).

Segnatamente, si ravvisa sia la sussistenza di una pluralità di operatori pubblici come il Ministero dei Beni Culturali, la Regione Emilia-Romagna, la Provincia di Ravenna e il Comune di Ravenna, sia la strumentalità dell'accordo ad un'attività di valorizzazione dei siti culturali che è interesse comune a tutte gli attori coinvolti.

---

(69) Da ciò deriverebbe che, anche in caso di contrasto con il diritto Europeo, non sarebbe possibile disapplicare la normativa italiana applicativa del principio di discrezionalità del potere amministrativo.

(70) Un elemento che, dogmaticamente, potrebbe precludere alla configurabilità dell'accordo di valorizzazione quale esempio di cooperazione amministrativa su base orizzontale è l'entità del corrispettivo maturato dalla Fondazione e destinato ai vari soggetti pubblici presenti. Nel caso, infatti, si trattasse di una somma superiore a quella di un mero rimborso, si sfocerebbe in un utile, potenzialmente idoneo a precludere la configurabilità dell'*in-house* orizzontale. In tal caso, sarebbe forse più corretto identificare l'accordo quale modello di *in-house* verticale a natura plurisoggettiva.

Infine, la Difesa Erariale, a proposito del *periculum in mora* eccetto dalle controparti, ossia l'avvio di una nuova gestione pubblica in luogo di quella svolta in precedenza in regime di concessione, evidenziava come il rapporto con gli operatori privati, anche all'esito del contenzioso in ordine alla decadenza dalla concessione, si fosse risolto per scadenza naturale del contratto.

Ciò rafforzava la convinzione secondo cui in nessun caso un soggetto privato avrebbe potuto sindacare la scelta di internalizzare un servizio pubblico, la quale è espressiva di un potere discrezionale amministrativo che trova la propria legittimazione proprio nel perseguimento dell'interesse pubblico, concretamente rappresentato dalla valorizzazione dell'area culturale Ravennate.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 5311 del 5 dicembre 2017, ha accolto quanto esposto dall'Avvocatura dello Stato, ritenendo che “*visto l'art. 151, comma 3 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice degli appalti pubblici), non appaiono sussistere, prima facie, elementi di fumus boni iuris a sostegno della domanda cautelare*”.

#### 6. Considerazioni conclusive.

Il presente scritto, sulla base del caso concreto dell'accordo di valorizzazione del 20 febbraio 2017, si è incentrato sul rapporto tra autorità pubblica e iniziativa privata, soprattutto all'interno della disciplina della valorizzazione dei beni culturali.

Emerge come lo sviluppo di nuove forme di relazione tra la Pubblica Amministrazione e i soggetti privati, possa essere un fattore positivo di crescita per l'ordinamento.

Infatti, gli studi e le esperienze più recenti, anche sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, dimostrano sia come i poteri pubblici possano, fruttuosamente, avvalersi di moduli organizzativi privatistici per lo svolgimento della loro funzione, ossia il perseguimento dell'interesse pubblico, sia la stessa autonomia privata possa coltivare attività di interesse generale (71).

Si determina, in altri termini, un superamento di quella visione rigidamente dicotomica Novecentesca tra pubblico e privato, ispirata da una concezione negativa dell'animo umano, secondo la quale il cittadino sarebbe portato, nella generalità dei casi, a rifuggire dal compimento di attività di interesse sovraindividuale essendo, quasi ontologicamente, proteso solo al soddisfacimento dei propri egoistici affari.

Al contrario, l'elaborazione di un sistema integrato tra Amministrazione

---

(71) La convinzione secondo cui il pubblico sarebbe inidoneo, per definizione, a svolgere attività economiche non trova automatico riscontro nella prassi; un esempio virtuoso è rappresentato da Lucca Crea S.r.l., società organizzatrice di una delle kermesse sul fumetto più importanti del mondo e soggetta a direzione e coordinamento da parte della Lucca Holding S.p.a., partecipata integralmente dal Comune di Lucca.

e soggetti privati può forgiare un nuovo modulo organizzativo in cui al centro sia posta la comunità, pervenendo ad un nuovo equilibrio tra le opposte istanze di autorità e libertà.

In questo quadro, le Pubbliche Amministrazioni possono e devono utilizzare diverse soluzioni organizzative in relazione al contesto di riferimento, decidendo di volta in volta se intervenire direttamente, per mezzo di esternalizzazioni o tramite accordi con i soggetti privati.

In ogni caso, un dato costante è la persistente differenza ontologica tra pubblico e privato.

Qualunque sia, infatti, la formula adottata, è difficile negare che l'autorità pubblica detenga sempre e comunque un ruolo distinto, anche solo di regolazione o di controllo, tendenzialmente sovraordinato rispetto a quello dei cittadini.

Questo rapporto tendenzialmente diseguale, per quanto meno accentuato che in passato, trova la propria proiezione nei connotati strutturali del potere amministrativo, il quale, pur autoritario, è da un lato vincolato nei fini, essendo preordinato al perseguimento dell'interesse generale, mentre dall'altro è limitato nella propria fonte, potendo trovare esercizio esclusivamente sulla base di una fonte legale in ossequio al principio di legalità.

Al contrario, l'attività dei privati, per quanto a prima vista posta in una posizione di subordinazione rispetto al potere amministrativo, incontra, proprio perché libera nei fini, quale unico limite quello negativo posto dal tessuto normativo, in modo tale che, *sic et simpliciter*, è lecito tutto ciò che non è vietato.

Per questa ragione, non sorprende riscontrare come gli esempi più frequenti di fallimento nella sperimentazione di relazioni innovative tra pubblico e privato si abbiano nelle ipotesi in cui si tenti di ridurre, se non di annullare, proprio la fisionomia del pubblico, nella convinzione che si possa prescindere da esso.

Non è un caso che proprio le istituzioni Europee di recente, all'interno della relazione n. 9 del 2018 della Corte dei Conti, abbiano espresso perplessità in ordine ad un vero e proprio abuso dello strumento dei partenariati pubblico-privato (72).

Quando, all'opposto, si presta adeguata consapevolezza al ruolo svolto da ogni soggetto coinvolto, è possibile scorgere i lati più proficui delle cooperazioni pubblico-privato e pubblico-pubblico.

---

(72) Indicativo è questo passaggio, contenuto a p. 54 della Relazione, secondo cui: *“Le strategie e i regolamenti UE applicabili consentono l'uso dei PPP come mezzo potenzialmente efficace per realizzare progetti infrastrutturali che consentano di perseguire obiettivi di politica pubblica combinando varie forme di risorse pubbliche e private. La Corte ha però constatato che l'attuazione di progetti su scala più vasta del consueto e la fusione in un unico contratto di progettazione, finanziamento, costruzione, gestione e manutenzione delle infrastrutture ha aggravato il rischio di un basso livello di concorrenza (ponendo così l'autorità pubblica in una posizione di dipendenza) e ha accresciuto la complessità generale dei progetti”*.



Con particolare attenzione a quest'ultime, possiamo osservare come il superamento di un modello di statualità accentrata, all'interno del quale ogni struttura pubblica (in passato) si rivelava impermeabile a qualunque forma di comunicazione anche con altri attori pubblici, sia un elemento potenzialmente in grado di migliorare l'attività amministrativa, favorendo un'azione congiunta maggiormente efficace.

L'orientamento giurisprudenziale restrittivo, fino a questo momento prevalente, che come sottolineato preclude la configurabilità di una cooperazione pubblico-pubblico, in caso di corresponsione da parte dell'Amministrazione di una somma superiore al mero rimborso delle spese sostenute, è ad oggi il presidio principale dietro potenziali elusioni della disciplina concorrenziale sovranazionale.

Non meraviglia, pertanto, che questi strumenti abbiano trovato grande diffusione nella materia dei beni culturali, la quale fin dalla fine degli anni Novanta si è mostrata sensibile, più di altre, a recepire una rivisitazione dei rapporti da un lato tra gli stessi poteri pubblici, dall'altro tra questi e l'iniziativa privata.

Partendo proprio dal presupposto secondo cui, oggi, appare centrale la comunità come elemento dove si ricomponde la tensione tra autorità e libertà, è arduo negare come proprio la disciplina dei beni culturali, in quanto espressiva di una cultura di una comunità, risenta, più che in altri casi, delle trasformazioni dei rapporti tra pubblico e privato.

Da questo punto di vista, l'apertura ad un sistema policentrico ha progressivamente ampliato gli strumenti di cui l'Amministrazione può dotarsi nel perseguimento dell'interesse pubblico, migliorando la sua efficienza e la sua flessibilità (73).

In prospettiva, è lecito ritenere come eventuali aggiustamenti delle relazioni tra pubblico e privato non possano che avvenire proprio all'interno del campo della valorizzazione dei beni culturali, che dovrà essere monitorato costantemente dall'operatore del diritto.

---

(73) Problema completamente diverso è, invece, quello del finanziamento pubblico alle attività di tutela e valorizzazione dei beni culturali, così come in generale il finanziamento del pubblico in tutti i settori di proprio intervento. Infatti, un aumento della flessibilità e degli strumenti di cui si può dotare l'Amministrazione non può essere promosso quasi come se fosse una compensazione a contrazioni di bilancio sempre più evidenti; il rischio è quello, come già accennato, di svuotare sostanzialmente il ruolo dell'autorità, favorendo fenomeni di rigetto.