



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... - realizzare opere d'arte e interventi di street art ed arte urbana – art. 76, comma 1, lett. b), n.1) del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0061-2025-FC

FUNZ CONS 23/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 24 febbraio 2025, acquisita al prot. Aut. n. 28673, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 28 maggio 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la citata nota l'Amministrazione richiedente comunica che nell'ambito degli obiettivi operativi del DUP, la direzione competente in materia di beni e attività culturali intende realizzare alcune nuove opere d'arte e interventi di *street art* ed arte urbana, commissionando ad artisti di chiara fama la creazione delle stesse, anche utilizzando le risorse di cui alla l. n. 717/1949, nel rispetto delle linee guida del MIT approvate con d.m. del 15 maggio 2017. Si tratterebbe di lavori e forniture che possono essere forniti unicamente dall'artista individuato in base al curriculum e alle precedenti esperienze in altri luoghi. Possono essere individuati anche artisti stranieri. Tali soggetti non risulterebbero iscritti sul MEPA né su altre piattaforme digitali certificate.

Pertanto, l'Amministrazione chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alle disposizioni dell'art. 76, comma 2, lett. b) n. 1 del d.lgs. 36/2023, chiarendo se nel caso di affidamento ad un artista (senza intermediazione di una società di servizi o di un'agenzia) dell'incarico relativo alla creazione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica, si è in presenza di un appalto di servizi, soggetto agli obblighi di digitalizzazione o se, invece, trattandosi di prestazione infungibile, si è in presenza di un contratto autonomo o d'opera intellettuale ed è, quindi, possibile, fermo restando l'obbligo di acquisire il CIG ai soli fini della tracciabilità dei flussi finanziari, concludere il contratto al di fuori di una PAD.

Altra questione posta in relazione all'affidamento citato, riguarda l'obbligo di qualificazione per la stazione appaltante, anche per la fase di esecuzione, posto che l'applicazione delle disposizioni del d.lgs. 36/2023, implica che laddove il valore dei contratti per la realizzazione di opere d'arte eccedano l'importo di euro 140.000, gli enti non qualificati non possono procedere autonomamente a tali affidamenti.

L'amministrazione istante chiede quindi all'Autorità di chiarire gli aspetti sopra indicati.

Al fine di esprimere avviso sui quesiti formulati dall'istante, si richiama preliminarmente l'art. 76 del d.lgs. 36/2023, ai sensi del quale le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara, quando ricorrono i presupposti fissati dalla norma stessa, dandone motivatamente conto nel primo atto della procedura in relazione alla specifica situazione di fatto e alle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Il comma 2 della disposizione de qua, individua quindi i casi in cui è consentito ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, prevedendo (per quanto di interesse ai fini del parere) alla lett. b) che tale procedura può essere esperita «quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni: 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici; 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale».

Il comma 7 aggiunge che «Ove possibile, le stazioni appaltanti individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, selezionando almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 108, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione».

La Relazione Illustrativa del nuovo Codice sottolinea l'eccezionalità della procedura negoziata senza bando rispetto alle procedure di affidamento ordinarie, osservando – con riguardo al comma 1 – che «al fine di responsabilizzare le amministrazioni aggiudicatrici nell'utilizzo della procedura in parola, avente comunque natura eccezionale, è stato valorizzato l'obbligo di motivazione che, seppure non previsto nel testo dell'art. 32 direttiva n. 2014/24/UE, è espressamente richiamato nel considerando n. 50 e nell'art. 84 della medesima direttiva».

Quanto alla previsione del citato comma 7, il documento evidenzia che «è stata reintrodotta la clausola della possibilità (di indizione della gara informale), già prevista dall'art. 57, comma 6, decreto legislativo n. 163 del 2006: l'istituto in esame trova applicazione in fattispecie in cui la gara, talvolta, non è in astratto configurabile (si pensi, ad esempio, alle ipotesi codificate in cui le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico), talaltra non è in concreto praticabile (si pensi, ad esempio, all'urgenza qualificata dall'art. 64, comma 2, lett. c), che potrebbe anche impedire un previo confronto concorrenziale ove incompatibile con la tempistica dell'esecuzione della commessa). Per l'effetto, attraverso la clausola di salvaguardia in esame, si rimette alla valutazione concreta di ogni Amministrazione aggiudicatrice la possibilità di indire una gara informale ai fini della selezione del contraente affidatario della commessa».

Va quindi ribadita la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") ed evidenziata nelle Linee guida ANAC n. 8. La procedura negoziata senza bando può dunque essere utilizzata, motivando, solo restrittivamente nei ridotti limiti dei suoi presupposti. Va ricordato infatti che le deroghe ai principi ed alle regole in materia di concorrenza, in quanto aventi

natura eccezionale, sono ammesse solo in ambiti ristretti e al ricorrere di determinate condizioni da individuare in modo rigoroso (delibera n. 142/2024 e parere Funz Cons 56/2024).

Pertanto, la scelta di tale modalità di affidamento, in quanto derogatoria dell'evidenza pubblica, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza (Corte di giustizia europea sentenza 8 aprile 2008, causa C-337/05, par.57-58).

Premesso quanto sopra, con riguardo al quesito in esame va evidenziato, anche sulla base delle indicazioni contenute nel Considerando 50 della direttiva 2014/24/UE, che «l'opera d'arte è il caso tipico nel quale si può ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara. Una volta deciso di acquisire un'opera d'arte, la motivazione relativa alla scelta della procedura negoziata è implicita. C'è un solo artista che può fornire quell'opera che presenta i caratteri dell'unicità: nello scenario descritto non ha pregio invocare una ricerca di mercato» (Cons. di Stato n. 6324/2022). Lo stesso giudice amministrativo sottolinea al riguardo che l'assoluta unicità e creatività dell'opera, può evincersi dal fatto che la stessa «È frutto dell'ingegno umano, è originale, è nuova, ha valore artistico, mira a suscitare e comunicare emozioni» (sentenza citata).

Deriva da quanto sopra che il ricorso alla procedura di cui all'art. 76, comma 2, lett. b), n. 1, del d.lgs. 36/2023 è ammissibile solo quando «lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica». Tale procedura, quindi, può essere utilizzata solo quando un unico operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e il valore unico dell'opera d'arte.

Nel caso di specie, come evidenziato nella richiesta di parere, l'Amministrazione intenderebbe realizzare alcune opere d'arte e interventi di street art ed arte urbana commissionando ad artisti di chiara fama la creazione di tali opere d'arte. Non si forniscono ulteriori informazioni in ordine a tali opere, anche con riguardo all'importo delle stesse.

Pertanto, in via generale, può osservarsi che nella fattispecie, per come descritta nell'istanza di parere, sembrerebbe possibile esperire la procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. b), n. 1, del Codice, per l'acquisto di opere d'arte dai predetti artisti, ferma restando in ogni caso l'esclusiva competenza e responsabilità dell'Amministrazione in ordine alla verifica in concreto della sussistenza dei rigorosi presupposti richiesti dalla norma per la deroga all'evidenza pubblica.

Secondo le indicazioni dell'Autorità, infatti, «ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità» (Linee guida 8 cit.).

Si aggiunga a quanto sopra, in ordine ai quesiti posti, che l'affidamento ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. b) n. 1 del Codice, rientra in ogni caso nel campo di applicazione del d.lgs. 36/2023 (e della direttiva 24/2014/UE), trattandosi di procedura aggiudicazione di un appalto pubblico, specificamente prevista e disciplinata dallo stesso Codice.

Ne consegue, in primo luogo, l'obbligo di rispettare, per tali appalti, le previsioni della l. 136/2010 in tema di tracciabilità dei flussi finanziari, la cui *ratio* – si evidenzia – «è quella di prevenire infiltrazioni malavitose e di contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale. A tal fine, tra l'altro, la legge prevede che i flussi finanziari collegati ad un contratto di appalto di lavori, servizi o forniture,

debbano essere tracciati, in modo tale che ogni incasso e pagamento possa essere controllato ex post (...)). Tale legge, quindi, «dispone, all'articolo 3, che la normativa sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applica agli appaltatori, ai subappaltatori e ai subcontraenti della filiera delle imprese nonché ai concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici. Detta normativa si applica, quindi, in ogni caso in cui vengano erogate risorse pubbliche per l'esecuzione di contratti pubblici, a prescindere dallo svolgimento di una procedura di gara. [...] Di conseguenza, le norme sulla tracciabilità dei flussi finanziari si applicano in tutti i casi in cui sia stipulato un contratto d'appalto pubblico tra operatore economico e committente pubblico, indipendentemente dall'esperimento o meno di una gara per l'affidamento dell'opera o del servizio e a prescindere dal valore, che può essere anche modico» ("linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136" approvate con determinazione n. 4/2011, aggiornata con delibera n. 556 del 31 maggio 2017, con delibera n. 371 del 27 luglio 2022 e con delibera n. 585 del 19 dicembre 2023).

Per quanto sopra, anche l'appalto finalizzato all'acquisto di un'opera d'arte ai sensi dell'art. 76, comma 2, lett. b), n. 1 del Codice, deve ritenersi soggetto alla disciplina in tema di tracciabilità dei flussi finanziari dettata dalla l. 136/2010 e, quindi, anche del CIG, il quale codice è previsto per «tutte le fattispecie contrattuali contemplate nel Codice, indipendentemente dall'importo dell'appalto e dalla procedura di scelta del contraente adottata» (Linee guida cit.).

Si aggiunga, inoltre, in relazione al quesito relativo alla digitalizzazione del ciclo di vita degli appalti che, come stabilito dal d.lgs. 36/2023 (artt. 19 e segg.) ed evidenziato dall'Autorità, la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici si applica a tutti i contratti sottoposti alla disciplina del Codice, ossia contratti di appalto o concessione, di qualunque importo, nei settori ordinari e nei settori speciali. Per tali contratti l'art. 25, comma 2, stabilisce che «Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26».

La digitalizzazione dell'intero ciclo di vita di un contratto pubblico comporta quindi che le fasi di programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione vengano gestite mediante piattaforme di approvvigionamento digitale certificate (Delibera n. 582/2023).

Pertanto, anche la procedura prevista e disciplinata dall'art. 76 del Codice deve essere svolta e gestita mediante le modalità indicate agli articoli 19 e seguenti del d.lgs. 36/2023.

Sul sito istituzionale dell'Autorità sono riportate tutte le indicazioni utili in ordine alla digitalizzazione dei contratti pubblici, incluse le modalità per l'acquisizione del CIG e per il funzionamento del FVOE (si rinvia alla sezione dedicata alla "digitalizzazione dei contratti pubblici").

Infine, quanto al quesito relativo alla qualificazione della stazione appaltante in relazione all'affidamento in esame, tenuto conto che nella nota di richiesta parere non è stato comunicato l'importo dello stesso, si osserva in via generale che ai sensi dell'art. 62, comma 1, del Codice, «Tutte le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro. Possono, altresì, effettuare ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori».

Il successivo comma 2 dispone inoltre che «Per effettuare le gare di importo superiore alle soglie indicate dal comma 1, le stazioni appaltanti devono essere qualificate ai sensi dell'articolo 63

e dell'allegato II.4. Per le gare di cui al primo periodo, l'ANAC non rilascia il codice identificativo di gara (CIG) alle stazioni appaltanti non qualificate».

Deriva da quanto sopra l'obbligo, per le stazioni appaltanti che intendono procedere ad affidamenti di valore superiore a quelli indicati nel comma 1 dell'art. 62, di essere in possesso di adeguata qualificazione ai sensi del Codice. Le stazioni appaltanti non qualificate ai sensi del comma 2 dell'articolo 63, fatto salvo quanto previsto al comma 1, procedono all'affidamento e all'esecuzione del contratto mediante una delle modalità indicate al comma 6 dello stesso art. 62 (si rinvia sull'argomento alle indicazioni presenti sul sito istituzionale, nella sezione dedicata).

Nel caso di specie, pertanto, ove l'affidamento del contratto in esame superi per importo quelli indicati nel comma 1 dell'art. 62, la stazione appaltante deve essere in possesso di adeguata qualificazione o, se non qualificata, procedere ai sensi dell'art. 62, comma 6, del d.lgs. 36/2023.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente