

Deliberazione Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 6/7/2011 n. 67

1. Affidamento in house- Elemento qualificante - Società affidataria- Longa manus dell'amministrazione affidante

2. Affidamento in house- Elemento qualificante - Composizione organi decisionali della società in house

3. Affidamento in house - Elemento qualificante- Ambito di riferimento materiale e geografico delle attività della società in house e le sue opportunità di stabilire relazioni con imprese private

1. Secondo la linea tracciata dalla Corte di Giustizia, tuttavia, il requisito che il capitale di una società sia interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice è solo un requisito necessario ma non sufficiente a determinare una relazione in house (cfr., ex multis, Causa C-340/04, Carbotermo; Cons. St., Ad. Plen., n. 1/2008; Cons. St., Sez. VI, nn. 2932/2007 e 1514/2007).

A tal fine deve, difatti, risultare altresì che la società aggiudicataria sia soggetta ad un controllo analogo a quello che quest'ultima esercita sui propri servizi per influenzare in modo determinante le decisioni concernenti sia gli obiettivi strategici sia le decisioni importanti della stessa società affidataria (cfr. Causa C-458/03, Parking Brixen e Causa C-371/05; Cons. St., Sez. V, n. 5/2007; Deliberazioni AVCP n. 12/2011 e nn. 46 e 54 del 2010). In altri termini, la società affidataria deve presentarsi come una sorta di longa manus dell'amministrazione affidante, pur rimanendo distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo dell'ente, per cui il servizio svolto dalla società è in sostanza assimilabile ad un servizio erogato in proprio dall'amministrazione o da una sua articolazione (TAR Campania, sentenza n. 2784/2005). È questa, invero, la motivazione per cui non è necessario che l'ente pubblico adotti procedure di affidamento ad evidenza pubblica.

2. Sempre in ordine al c.d. controllo analogo, la Corte di Giustizia CE (v. C-324/07, Coditel Brabant SA) ha posto in rilievo un altro elemento qualificante della "dipendenza organizzativa" dell'affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, ossia la composizione degli organi decisionali della società in house. In particolare, ha ritenuto come un elemento fortemente indicativo dell'esistenza della tipologia del controllo, previsto nel caso dei contratti in house, il fatto che gli organi decisionali dell'affidatario siano composti solo da rappresentanti dell'amministrazione aggiudicatrice.

3. La Corte ha, infine, indicato che l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" da parte dell'ente pubblico, che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'espansione territoriale dell'attività della società. (cfr. ex multis: C-458/03, Parking Brixen GmbH e C-29/04, Mödling o Commissione c/ Austria). A tal riguardo devono essere considerati, in particolare, l'ambito di riferimento materiale e geografico delle attività della società in house e le sue opportunità di stabilire relazioni con imprese private.

Fascicolo VISF/GE/10/17866

Oggetto: "attività delle società partecipate dal Ministero per i beni e le attività culturali: Ales S.p.A e Arcus S.p.A.".

Stazione Appaltante: Ministero per i beni e le attività culturali.
Riferimento normativo: D.Lgs. 163/2006, artt. 2,30,53 e ss. e 125.

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture

Considerato in fatto

L'Autorità ha inviato una serie di richieste di informazioni al Ministero per i Beni e le Attività Culturali (di seguito MiBAC) ed alle società da questo partecipate - Ales S.p.A. (di seguito Ales) ed Arcus S.p.A. (di seguito Arcus) - avendo riguardo, preminentemente, alla loro attività inerente la gestione e la valorizzazione dei beni culturali, in particolare mediante l'erogazione dei c.d. "servizi per il pubblico".

La motivazione sottesa consiste nelle diverse e complesse problematiche inerenti il mercato delle attività di valorizzazione e gestione dei beni culturali della rete museale e del conseguente, ampio contenzioso che ne è scaturito di cui si è avuta eco anche sugli organi di stampa, in particolare riguardo agli affidamenti in concessione dei c.d. "servizi per il pubblico" (o aggiuntivi), in concessione, e, in appalto, dei c.d. "servizi strumentali", ex art. 117, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 42/04 ("Codice dei Beni culturali", di seguito CBC).

Al riguardo si ricorda la volontà del legislatore di aprire al mercato l'attività di valorizzazione dei beni culturali sancendo, al terzo comma dell'art. 111 del CBC, che tale attività "si conformi ai principi di libertà di partecipazione, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione" (dunque, ai principi che informano il "Codice dei Contratti Pubblici"). In particolare, si è disposto che la gestione indiretta può essere attuata mediante concessione a terzi, tramite "procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti" (v. art. 115 - "Forme di gestione" - co. 3, CBC).

Anche nello specifico settore della gestione dei "servizi per il pubblico" si è sancita la medesima politica di apertura al mercato, come risulta dal rinvio al suddetto art. 115, operato dal quarto comma del predetto art. 117: "la gestione dei servizi medesimi è attuata nelle forme previste dall'articolo 115".

Le problematiche individuate dall'Autorità concernono: a) l'attenzione posta dal MiBAC riguardo al ruolo strategico del sistema dell'offerta dei "servizi per il pubblico" nei luoghi della cultura, rispetto all'obiettivo della valorizzazione del patrimonio culturale, che ha condotto, tra l'altro: alla creazione di un'apposita Direzione - la "Direzione Generale per la Valorizzazione del Patrimonio Culturale" (d'ora innanzi, "Direzione"), che si occupa precipuamente delle suddette attività - nonché all'elaborazione di nuovi bandi tipo ed all'integrazione delle "Linee guida in materia di attivazione ed affidamento in concessione dei "servizi per il pubblico" negli istituti della cultura italiani";

b) l'incerta qualificazione giuridica di Ales come società in house, a seguito dell'assunzione dell'intera partecipazione societaria da parte del MiBAC, che permane nonostante alcuni passi siano stati fatti, come ad esempio la recente nomina dell'amministratore unico, espressione dell'attuale socio pubblico.

L'obiettivo strategico del MiBAC con la suddetta operazione su Ales è stato quello di renderne efficiente la gestione e poter giocare un importante ruolo nel mercato dei "servizi per il pubblico",

servizi ad elevatissimo potenziale di valore aggiunto, per la parte non ancora adeguatamente sfruttata sotto il profilo economico dai privati già presenti nel mercato (come i musei più piccoli) ed, in particolare, nel promettente settore del merchandising;

c) l'incerta configurazione giuridica di Arcus quale società in house del MiBAC, attiva nella promozione e nel sostegno finanziario di progetti inerenti principalmente all'attività di restauro e di recupero dei beni culturali.

Al fine di acquisire i necessari chiarimenti in merito ai profili ed alle attività delle due società, è intercorso dunque un ampio carteggio con il MiBAC e, inoltre, si sono tenute tre audizioni, la prima con le due Direzioni Generali del MiBAC - la Direzione sopra menzionata e la Direzione Generale per l'organizzazione, gli affari generali, l'innovazione, il bilancio ed il personale - cui hanno preso parte anche rappresentanti della società Arcus; la seconda, con i rappresentanti di Confcultura - l'associazione delle imprese private che gestiscono i servizi per la valorizzazione, fruizione e promozione del Patrimonio Culturale; la terza, con la sola Direzione per la valorizzazione. Dall'attività istruttoria sopra delineata è emerso quanto segue.

1) Ales La società "Arte lavoro e servizi - Ales S.p.A." è stata costituita il 17.12.1998, al fine di dare occupazione ai Lavoratori Socialmente Utili (LSU, oltre 400 unità) di alcune società dismesse nelle Regioni Lazio e Campania.

Il capitale sociale, cui non possono partecipare soggetti privati, inizialmente sottoscritto da Italia Lavoro S.p.A. (70%) e dal MiBAC (30%), è stato successivamente acquisito interamente da quest'ultimo (v. art. 28, L. n. 69/2009), al fine di realizzare "le norme giurisprudenziali e di legge previste per le società "in house providing".

Al momento della costituzione della società l'oggetto sociale concerneva, tra l'altro, i "servizi nel settore dei beni culturali", prioritariamente servizi di manutenzione edifici, di manutenzione e riparazione impianti, di pulizia aree interne ed esterne, di diserbo; prevedeva, inoltre, i c.d. "servizi aggiuntivi" (servizi al pubblico, visite guidate, gadgettistica, gestione dei centri di incontro e di ristoro, supporto in occasione di mostre e ricorrenze culturali) e i c.d. "servizi strumentali" (servizio di guardania e biglietteria).

I medesimi servizi sono stati erogati dalla società, finora solo nelle Regioni Lazio e Campania, sulla base di specifiche convenzioni. Con la modifica statutaria del 22 gennaio 2010 è stato integrato ed ampliato notevolmente l'oggetto sociale. In particolare, si nota:

- l'apertura dell'attività societaria al mercato internazionale nonché alla ricerca di sponsors;
- l'inclusione nel core business della società, in aggiunta alla generica gestione dei musei, delle aree archeologiche e monumentali, delle biblioteche e degli archivi, anche dei servizi di bookshop, dell'attività di supporto alle funzioni del MiBAC e del supporto tecnico alle attività di concessione d'uso di spazi demaniali per eventi non istituzionali;
- l'estensione dell'attività societaria a segmenti del mercato prima non contemplati, tra cui: la gestione del marchio e dei diritti d'immagine; l'attività di pubblicità e promozione in genere di eventi culturali; l'attività di editoria, la riproduzione su licenza e la coproduzione di materiali audiovisivi e didattici in genere, nonché la commercializzazione di prodotti editoriali propri e di terzi; l'attività di merchandising; l'organizzazione di call center e connesso back office, ed in tal ambito il supporto all'URP e all'utenza interna del MiBAC.

A tale riguardo, il MiBAC ha rilevato, in particolare, che le attività di cui alle lettere c) ("pubblicità e promozione") e d) ("commercializzazione di prodotti editoriali propri e di terzi") "sono state

inserite tra gli enunciati dell'articolo 3 (dello Statuto) esclusivamente a livello previsionale” e che se, in futuro, saranno svolte, lo saranno solo in favore del MiBAC medesimo. Ha chiarito, inoltre, che le attività internazionali “consisterebbero in azioni strumentali di supporto all'attività del MiBAC”, precisando, poi, che tale attività “è da intendere riferita ad un supporto organizzativo al MiBAC, nel caso di organizzazione di eventi o iniziative internazionali, da attuarsi esclusivamente sul territorio nazionale” e che analoghe considerazioni valgono in ordine alla ricerca di sponsor, aggiungendo che questa tipologia di attività “risulta assolutamente coerente con l'assetto di una società in house pienamente operativa”.

Secondo il MiBAC, ad Ales sarebbe possibile affidare “attività ad elevato valore aggiunto”, attualmente non gestite da alcun soggetto terzo, come, in particolare, la gestione di siti attualmente non profittevoli e, dunque, non oggetto delle gare bandite di recente. Tuttavia, secondo quanto rappresentato nell'audizione del 6 luglio 2010, occorrerebbe preliminarmente: acquisire le adeguate competenze professionali; provvedere al reperimento di risorse nel mercato, data la tendenza alla riduzione di risorse pubbliche destinate al settore culturale; assumere un direttore generale con il quale definire il piano strategico societario, tuttora inesistente.

I mutamenti sopra menzionati negli obiettivi di Ales hanno suscitato preoccupazione sia tra i sindacati che tra gli operatori economici del mercato. Tuttavia, secondo il Ministero, l'allarme dovrebbe rientrare, in primo luogo, a seguito delle nuove gare indette per l'affidamento dei c.d. “servizi aggiuntivi” nei siti museali di competenza del MiBAC; in secondo luogo, in quanto “Ales non svolge servizi al pubblico negli istituti della Cultura italiana sia “economicamente rilevanti”, sia “economicamente non rilevanti” ma solo servizi di supporto strumentale alle attività della Direzione; nello specifico, gestisce i servizi di manutenzione ordinaria di edifici e parchi archeologici, di supporto alla custodia, di supporto all'attività amministrativa del MiBAC. I servizi economicamente non rilevanti vengono individuati con “il criterio indiscutibile di valutazione [...] determinato dal rapporto tra costo del personale per la gestione dei servizi di biglietteria e sequenza storica degli incassi”.

Confcultura, nell'audizione dell'8 luglio 2010, ha, invece, rappresentato che dopo l'ampliamento dell'oggetto sociale, Ales potrebbe subentrare alle imprese presenti sul mercato nell'erogazione dei servizi a valore aggiunto, anche alla luce del fatto che sono stati posti in gara solo 23 musei dei 192 già serviti dal mercato. Residuerebbero, pertanto, le preoccupazioni in ordine al rischio che l'affidamento in concessione dei “servizi per il pubblico” - nel resto delle sedi museali - avvenga prescindendo dalle procedure ad evidenza pubblica e che gli stessi servizi siano, pertanto, erogati dal MiBAC mediante l'in house Ales.

Confcultura ha altresì contestato i criteri utilizzati dal MiBAC in ordine alle modalità di individuazione dei musei – soprattutto i più piccoli – che non sarebbero oggetto di interesse per i privati, osservando che l'erogazione dei servizi, così come attualmente messi a gara, presenterebbe problemi di sostenibilità economica, al punto che, spesso, sarebbero coperti finanziariamente dagli introiti del solo servizio di biglietteria. In altri termini, se, nel rispetto della preminente destinazione culturale dei beni, si desse ai privati più discrezionalità circa le modalità organizzative dei medesimi servizi, i musei, ben gestiti, diverrebbero oltre che remunerativi, anche un efficace strumento di promozione territoriale.

Con riferimento alla gestione della società Ales, il CdA fino al 31.03.2011 risultava formato da 3 componenti, nominati dall'Assemblea del 16.10.2008, in carica fino all'approvazione del bilancio al 31.12.2010. Considerata l'imminente scadenza, il Ministero, infatti, non aveva ritenuto opportuno sostituirne i membri, anche se espressione della vecchia compagine societaria. Tuttavia, su specifica

richiesta dell'Autorità, il MiBAC ha sostenuto che vi avrebbe provveduto a seguito della scadenza naturale dell'attuale organo.

A tal riguardo, si osserva che nell'Assemblea dei Soci del 31 maggio c.a., su indicazione del MiBAC, si è provveduto al cambiamento dei membri del CdA di Ales S.p.A., nominando Amministratore Unico il Prof. Giuseppe Proietti, espressione, dunque, dell'attuale socio unico.

In ordine alla governance della società, il Ministero ha precisato che su Ales effettuerebbe un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, assicurato "sull'intero processo decisionale e operativo della società, attraverso uno specifico team di monitoraggio composto da funzionari dell'Amministrazione esperti in materia, nella fase sia di bilancio previsionale e di programmazione delle attività, in quella attuativa e di verifica del bilancio a consuntivo. Sulla scorta di questa attività istruttoria, il Direttore Generale, in rappresentanza del Socio Unico, partecipa all'assemblea dei soci per l'approvazione del Bilancio".

Ales ha sottoscritto con il MiBAC tre contratti: i primi due - stipulati, rispettivamente, in data 22.12.2009 per un importo pari ad Euro 12.176.700,00 ed in data 21.12.2010 per lo stesso importo, entrambi di durata annuale - hanno per oggetto, sostanzialmente, i servizi di accoglienza al pubblico (rientranti, come già evidenziato, nella categoria dei c.d. "servizi per il pubblico"), i servizi di sorveglianza e pulizia, i servizi di manutenzione ordinaria e del verde (ossia, i c.d. "servizi strumentali"), oltre, tra l'altro, i servizi di manutenzione delle strutture archeologiche e i servizi di supporto agli uffici, presso varie Soprintendenze del Lazio e della Campania, nonché a favore della sede centrale del MiBAC; il terzo contratto, stipulato in data 31.12.2009 per un importo pari ad Euro 192.128,78, ha ad oggetto la "realizzazione di servizi di call center finalizzato a fornire informazioni sulla fruizione del patrimonio e sulle attività culturali con annesso servizio di back office anche a supporto dell'URP e del centralino". Si precisa che il servizio di call center è stato gestito temporaneamente da Ales (per 6 mesi), in un periodo di emergenza a causa della messa in liquidazione del precedente gestore.

I servizi affidati ad Ales sono gestiti quasi interamente dalla società, che, solo in casi eccezionali, ricorre al mercato per modesti affidamenti di importo inferiore ai 20.000,00€.

2) Arcus

La "Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo – ARCUS S.p.A." è stata costituita il 16.02.2004, ai sensi dell'art. 2, L. 291/03. Il capitale sociale è stato interamente sottoscritto dal Ministero dell'economia e delle finanze (di seguito MEF), mentre i diritti dell'azionista vengono esercitati del MiBAC (di concerto con il MEF riguardo ai profili patrimoniali e finanziari).

Il core business della società coincide con "la promozione e il sostegno finanziario, tecnico-economico ed organizzativo di progetti e altre iniziative di investimento per la realizzazione di interventi di restauro e recupero di beni culturali e di altri interventi a favore delle attività culturali e dello spettacolo nel rispetto delle funzioni costituzionali delle regioni e degli enti locali".

Dalla lettura dello statuto si evince che l'oggetto sociale è molto più ampio ed articolato, in quanto l'attività societaria comprende oltre ad attività contigue al core business (tutela paesaggistica, conservazione e restauro dei beni culturali con interventi per mitigare l'impatto delle infrastrutture esistenti nel contesto di riferimento; esecuzione di campagne di scavi o indagini preventive al fine di accertare la presenza di reperti archeologici nell'ambito della realizzazione di infrastrutture strategiche), anche attività propedeutiche alla presentazione dei progetti (predisposizione di progetti

sui beni culturali per il restauro, il recupero e la migliore fruizione di beni culturali, comprese attività di studio, ricerca e analisi tecniche, organizzative, economiche e finanziarie, a favore di soggetti pubblici e privati; programmazione, monitoraggio e valutazione degli interventi nel settore dei beni culturali) e la previsione, alquanto generica, della “promozione di interventi nel settore dei beni e delle attività culturali ed in quello dello spettacolo”.

La società riferisce al MiBAC, mediante relazione trimestrale, in ordine ai risultati dei riscontri eseguiti, volti al controllo e monitoraggio sullo stato di realizzazione degli interventi ammessi al finanziamento degli interventi nel mercato dei beni e delle attività culturali, al fine di valutare le modalità di impiego dei finanziamenti pubblici e dei risultati conseguiti dalla società rispetto agli obiettivi prefissati.

Allo stato non si registra alcuna attività societaria posta in essere con il MiBAC mediante contratti/convenzioni.

L'attività di Arcus, in quanto prevalentemente rivolta all'individuazione di progetti da finanziare, risulta di minore rilievo per quanto concerne la questione, in esame, dell'erogazione dei “servizi per il pubblico” in ambito museale.

Ritenuto in diritto

L'Autorità, in ordine a quanto sopra rappresentato, ritiene di poter formulare le seguenti considerazioni.

Preliminarmente, si osserva che la complessiva attività di valorizzazione dei beni culturali è stata aperta al mercato in virtù dell'art. 111, co. 3, CBC, che l'assoggetta al rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento.

Anche la gestione dei “servizi per il pubblico” è stata posta sul mercato, atteso che i suddetti servizi, se gestiti in forma indiretta, devono essere affidati in concessione secondo procedure ad evidenza pubblica e, pertanto, nel rispetto delle norme del Codice dei Contratti Pubblici. Conseguentemente, gli eventuali affidamenti di servizi a società in-house del MiBAC devono rispettare i principi propri dettati in materia dalla normativa sui contratti pubblici; dal canto loro, anche le società in house sono tenute a seguire i principi nazionali e comunitari in materia di contratti pubblici, per tutti gli acquisti di beni e servizi di cui necessitano.

1) Natura in house di Ales

Si ricorda che l'istituto dell'in house providing trova una precisa matrice comunitaria nei pronunciati della Corte di Giustizia CE, per cui la lettura della normativa e della giurisprudenza interna va condotta alla luce di quei vincolanti precedenti. Pertanto, si ritiene opportuno evidenziare un sintetico excursus del quadro giurisprudenziale comunitario (e nazionale) che traccia gli elementi peculiari sulla figura dell'in house providing.

Dalla Commissione Europea i contratti in house sono definiti come quei contratti aggiudicati all'interno della P.A., ad esempio, “tra un'amministrazione ed una società da questa interamente controllata” (v. Libro Bianco della Commissione Europea del 1998). La Corte di Giustizia Europea ha, poi, aggiunto che i presupposti essenziali affinché si possa dar luogo ad un affidamento diretto di un servizio pubblico, in deroga alle consuete procedure ad evidenza pubblica, in ossequio al principio di concorrenza, sono che: 1) l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; e che 2) l'affidataria svolga la maggior parte della propria attività a favore dell'affidatario che ne detiene il controllo (C-107/98,

Teckal).

Per quanto concerne il secondo punto, dalla documentazione prodotta dal MiBAC non si rilevano particolari criticità, atteso che almeno sotto il profilo quantitativo, l'attività di Ales è rivolta sostanzialmente a favore del MiBAC (dei 27.661.129,00 € di ricavi realizzati dalla società - per gli anni 2008-2009 - la quasi totalità, 27.056.088 €, scaturisce da servizi resi nei confronti del MiBAC). Naturalmente tale valutazione muterebbe qualora in futuro la società presti la propria attività a favore di enti pubblici ulteriori rispetto al MiBAC, quali, ad esempio, amministrazioni pubbliche presenti a livello regionale o locale, che gestiscano siti museali (o più in generale luoghi della cultura).

Viceversa forti elementi di criticità emergono con riferimento al controllo analogo che sembra difettare nel caso di specie.

Il primo elemento necessario da considerare, secondo la Corte di Giustizia, è la partecipazione pubblica totalitaria della stazione appaltante al capitale della società affidataria (cfr. per la giurisprudenza comunitaria: C-26/03, Stadt Halle; C-295/05, Transformación Agraria SA (Tragsa); e per la giurisprudenza nazionale: Cons. St., Sez. V, n. 7345/2005).

Atteso che il MiBAC, come evidenziato sopra, è divenuto socio unico, la società Ales risulta, dunque, possedere tale requisito.

Secondo la linea tracciata dalla Corte di Giustizia, tuttavia, il requisito che il capitale di una società sia interamente detenuto dall'amministrazione aggiudicatrice è solo un requisito necessario ma non sufficiente a determinare una relazione in house (cfr., ex multis, Causa C-340/04, Carbotermo; Cons. St., Ad. Plen., n. 1/2008; Cons. St., Sez. VI, nn. 2932/2007 e 1514/2007).

A tal fine deve, difatti, risultare altresì che la società aggiudicataria sia soggetta ad un controllo analogo a quello che quest'ultima esercita sui propri servizi per influenzare in modo determinante le decisioni concernenti sia gli obiettivi strategici sia le decisioni importanti della stessa società affidataria (cfr. Causa C-458/03, Parking Brixen e Causa C-371/05; Cons. St., Sez. V, n. 5/2007; Deliberazioni AVCP n. 12/2011 e nn. 46 e 54 del 2010). In altri termini, la società affidataria deve presentarsi come una sorta di longa manus dell'amministrazione affidante, pur rimanendo distinta ed autonoma rispetto all'apparato organizzativo dell'ente, per cui il servizio svolto dalla società è in sostanza assimilabile ad un servizio erogato in proprio dall'amministrazione o da una sua articolazione (TAR Campania, sentenza n. 2784/2005). È questa, invero, la motivazione per cui non è necessario che l'ente pubblico adotti procedure di affidamento ad evidenza pubblica.

A tale riguardo, si osserva che il modulo organizzativo di Ales, quale individuato nello statuto sociale, non risulta in grado di limitare i rilevanti poteri gestionali del CdA, sostanzialmente uguali a quelli propri dell'organo di governo di una società di capitali privata, atteso che nello statuto manca la previsione di stringenti poteri di ingerenza e di condizionamento da parte dell'assemblea dei soci superiori a quelli tipicamente previsti dal diritto societario.

In altri termini, si osserva l'assenza di previsioni statutarie che possano limitare in modo determinante il grado di indipendenza della controllata Ales ed assicurare che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'amministrazione aggiudicatrice (cfr. Cons. St., Sez. V, nn. 7092/2010, 5620/2010). Si fa riferimento, ad esempio, alla mancanza nello statuto di norme che prevedano - in aggiunta alle competenze dell'assemblea dei soci ex art. 2364, co. 1, Codice Civile - 1) la necessaria autorizzazione della maggioranza azionaria per l'approvazione da parte del CdA degli atti di programmazione strategica della società e degli atti di management più importanti; 2) di vincolare il CdA, nella gestione ordinaria e straordinaria, al rispetto delle prescrizioni impartite in sede di controllo analogo e trasfuse in appositi atti formali e vincolanti; 3)

di disciplinare in modo preciso e più puntuale l'esercizio del controllo da parte del MiBAC (cfr. Cons. St., Sez. V, n. 1447/2011).

Un controllo più pregnante si evince solo nel terzo contratto stipulato con il MiBAC, riportato nella parte in fatto che precede. Si ritiene ciò non sufficiente poiché è dallo statuto che si deve riscontrare l'esistenza di strumenti atti a garantire alla maggioranza societaria poteri di controllo, di vigilanza, d'ingerenza e di condizionamento più incisivi rispetto a quelli previsti dal diritto civile in materia societaria (cfr., ex multis, TAR, Toscana, Sez. I, n. 377/2011).

Sempre in ordine al c.d. controllo analogo, la Corte di Giustizia CE (v. C-324/07, Coditel Brabant SA) ha posto in rilievo un altro elemento qualificante della "dipendenza organizzativa" dell'affidatario rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, ossia la composizione degli organi decisionali della società in house. In particolare, ha ritenuto come un elemento fortemente indicativo dell'esistenza della tipologia del controllo, previsto nel caso dei contratti in house, il fatto che gli organi decisionali dell'affidatario siano composti solo da rappresentanti dell'amministrazione aggiudicatrice.

A tal riguardo, l'Autorità, per quanto evidenziato nella parte in fatto che precede, deve rilevare che la società, da ultimo, ha voluto propriamente agire per rispettare tale previsione, atteso che l'Assemblea dei Soci del 31.03.2011 ha provveduto al cambiamento del precedente CdA di Ales S.p.A. (espressione della vecchia compagine societaria), riportando l'organo di gestione societario ad essere esclusivamente espressione, come previsto dalla vigente normativa sull'in house providing, dell'attuale socio unico.

La Corte ha, infine, indicato che l'impresa non deve aver "acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo" da parte dell'ente pubblico, che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'espansione territoriale dell'attività della società. (cfr. ex multis: C-458/03, Parking Brixen GmbH e C-29/04, Mödling o Commissione c/ Austria). A tal riguardo devono essere considerati, in particolare, l'ambito di riferimento materiale e geografico delle attività della società in house e le sue opportunità di stabilire relazioni con imprese private.

Sul punto, si osserva che dallo statuto sociale sembra potersi ricavare una tendenziale vocazione commerciale della società. In ordine al primo elemento, infatti, l'articolo 3 prevede che Ales può svolgere attività "in ambito internazionale" nonché attività di "pubblicità e promozione" (lettera c), "commercializzazione di prodotti editoriali propri e di terzi" (lettera d), "di merchandising, e in particolare la progettazione, l'appalto per la produzione e la commercializzazione di oggettistica, gadgets, souvenirs di qualità, riproduzione e quant'altro" (lettera e), di "fattibilità, ricerche e consulenze" (lettera l).

La previsione statutaria delle suddette attività - pur tenendo conto di quanto affermato dal MiBAC in ordine all'attività internazionale che sarebbe "da intendere riferita ad un supporto organizzativo al MiBAC, nel caso di organizzazione di eventi o iniziative internazionali, da attuarsi esclusivamente sul territorio nazionale", e in ordine alle altre attività commerciali che sarebbero "inserite tra gli enunciati del citato art. 3 esclusivamente a livello previsionale" e che in futuro dovrebbero essere "rese solo in favore del Ministero" - sembra ampliare eccessivamente l'oggetto sociale rispetto alle attività strettamente attinenti al servizio pubblico di competenza del MiBAC.

Tutto ciò considerato, l'Autorità ritiene che le previsioni statutarie sopra descritte non siano del tutto in linea con quanto previsto dalla giurisprudenza comunitaria ed interna per configurare nel caso di specie un'ipotesi di in house providing (cfr. C-458/03 Parking Brixen; cfr. ex multis Cons. St., n. 1/2008, citato).

2) Natura in house di Arcus

Analoghi elementi di criticità per il controllo analogo emergono anche per ciò che attiene all'altra società partecipata dal MiBAC, Arcus. Al riguardo sembrano dirimenti le seguenti considerazioni in merito all'ampiezza dell'oggetto sociale e ai poteri attribuiti al CdA.

In merito al primo elemento, si evidenzia che, alla luce di quanto rilevato nella parte che precede, le attività previste nello statuto sociale di Arcus appaiono molto più ampie rispetto alla mission sociale, ossia il sostegno a progetti concernenti interventi relativi alla tutela, ai beni ed alle attività culturali ed allo spettacolo, anche nelle sue possibili interrelazioni con le infrastrutture strategiche del Paese. Secondo, quanto è emerso nel corso dell'attività istruttoria e rappresentato anche sul sito web della società, infatti, "il sostenere progetti significa individuare iniziative importanti, aiutarne il completamento progettuale, intervenire negli aspetti organizzativi e tecnici, partecipare - ove opportuno o necessario - al finanziamento del progetto, monitorarne l'evoluzione, contribuire ad una conclusione felice dell'iniziativa" (cfr. sito web della società).

Per ciò che attiene al secondo elemento, si osserva che, tenuto conto delle rigorose regole individuate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale per definire legittimo un affidamento in house, Arcus non possiede in toto i requisiti per poter essere qualificata come una società in house del MiBAC, atteso che difetta il requisito del c.d. "controllo analogo" neppure in ordine ai poteri attribuiti al CdA. Lo statuto di Arcus prevede che "al consiglio di amministrazione o all'amministratore unico spetta la gestione dell'impresa. Esso compie le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale ed in genere tutte le operazioni attribuite alla sua competenza dalla legge o dal presente statuto". Mancano del tutto clausole che prevedano forme di controllo ed indirizzo da parte del MiBAC più stringenti rispetto a quanto previsto dal diritto societario per una società di capitali privata.

3) Ulteriori criticità sugli affidamenti alla società Ales S.p.A.

Indipendentemente dalla qualificazione giuridica di Ales, il procedimento istruttorio ha evidenziato alcuni ulteriori elementi di criticità.

In particolare, in relazione alla questione della gestione dei c.d. "servizi per il pubblico" ex art. 117, CBC, da parte di Ales nella rete museale statale, si rileva che, diversamente da quanto affermato dal MiBAC secondo cui "Ales non gestisce, in nessuna sede espositiva, i servizi per il pubblico, così come specificati dall'articolo 117 del codice dei beni culturali", la società svolge anche alcuni dei servizi rientranti tra quelli elencati al predetto articolo 117. Ad esempio, Ales svolge i servizi di accoglienza al pubblico, di cui alla lettera e), co. 2, art. 117, D.Lgs. 42/2004, per la Soprintendenza Speciale alla Galleria Nazionale d'Arte Moderna e Contemporanea di Roma; svolge i servizi dell'art. 117, rubricato, infatti, "Servizi per il pubblico" ed elencati al secondo comma, presso le aree archeologiche di Villa dei Quintili e Villa di Capo di Bove per la Soprintendenza archeologica di Roma; gestisce lo sportello Polifunzionale di servizi per la tutela e valorizzazione per la Soprintendenza Speciale per il Patrimonio storico, artistico ed etnoantropologico e per il Polo Museale della città di Napoli; e quello del Palazzo Reale di Napoli per la Soprintendenza per i Beni Architettonici, Paesaggistici, Storici, Artistici ed Etnoantropologici per Napoli e Provincia. Questi ultimi due affidamenti concernono servizi per circa 3 milioni di euro.

Sul punto il MiBAC ha precisato che la gestione di tali servizi sarebbe stata affidata ad Ales solo nei siti museali per i quali il mercato non ha mostrato interesse, in modo da assicurarne, comunque, l'erogazione all'utenza. Il MiBAC informa la valutazione circa la profittabilità di un sito sulla base di un solo criterio, ritenuto "indiscutibile", ovvero il "rapporto tra costo del personale per la

gestione dei servizi di biglietteria e sequenza storica degli incassi”. Il MiBAC, dunque, considerando i risultati economici pregressi, si pone in un’ottica esclusivamente e prettamente “storica”.

Al contrario, si ritiene che la valutazione dell’“attrattività economica” di un sito museale dovrebbe effettuarsi anche, e soprattutto, avendo una visione “prospettica” sulla base di market tests capaci di accertare le motivazioni della scarsa attrattività di un determinato sito, ad esempio perché gestito secondo moduli organizzativi obsoleti e burocraticamente troppo farraginosi e/o perché oggetto di una inefficace campagna promozionale.

In altri termini, si ritiene che il MiBAC debba procedere ad un continuo e proficuo confronto con gli operatori del mercato, i quali, presentando all’ente concessorio un innovativo business plan, possono superare le inefficienze strategiche e gestionali dello status quo, rendendo attrattivi quei siti museali tradizionalmente “fuori mercato” ed intercettare, in tal modo, la domanda inespressa del mercato. Solo in caso di totale assenza del loro interesse il MiBAC potrà decidere di gestire gli stessi direttamente, attraverso una società in house.

In mancanza di una tale verifica l’affidamento ad Ales della gestione di servizi per il pubblico di siti museali di primaria rilevanza appare travalicare quanto consentito per gli affidamenti in house. Peraltro, affidamenti diretti senza una preventiva verifica della situazione di mercato potrebbe comportare ripercussioni sul grado di concorrenza, sottraendo quote di contratti pubblici al mercato ed escludendone l’accesso ai soggetti economici privati potenzialmente interessati.

Infine, si osserva che Ales non può svolgere attività ulteriori rispetto a quelle (già ampie) espressamente previste dallo statuto sociale atteso che, sottraendo le stesse attività al confronto concorrenziale del mercato, si lederebbero i principi di concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, di cui all’articolo 2 del Codice dei Contratti Pubblici.

In particolare, a titolo esemplificativo, si fa riferimento a quanto previsto dalla recente normativa, il D.L. 34/2011, secondo la quale - nell’ambito del programma straordinario ed urgente di interventi conservativi di prevenzione, manutenzione e restauro da realizzarsi nell’area archeologica di Pompei e nei luoghi ricadenti nella competenza territoriale della Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e di Pompei (v. art. 2, co. 1) - ci si può avvalere di Ales per l’espletamento diretto di servizi tecnici, anche afferenti alla fase di realizzazione dei suddetti interventi (v. il quarto comma del predetto articolo 2, rubricato “Potenziamento delle funzioni di tutela dell’area archeologica di Pompei”, del D.L. citato).

A tal riguardo, si osserva che se i predetti servizi tecnici rappresentano attività non previste nel vigente statuto sociale - ad esempio, servizi di ingegneria - l’affidamento diretto ad Ales, anche qualora la società de qua avesse tutti i requisiti per essere qualificata come società in house del MiBAC, non è conforme ai principi cardine sanciti dalla normativa comunitaria e nazionale in materia di contrattualistica pubblica, sopra menzionati.

Conclusivamente, sul punto, si rammenta che la normativa vigente e la costante giurisprudenza non consentono l’affidamento diretto di lavori alle società in house (cfr., ex multis, Deliberazione AVCP n. del 18 maggio 2011 e giurisprudenza ivi citata).

Il Consiglio

- ritiene che la società Ales S.p.A. non posseda pienamente tutti i requisiti per essere configurata quale società in house del MiBAC, in particolare sotto il profilo del controllo analogo, nei sensi di cui in motivazione;

- ritiene, analogamente, che la società Arcus S.p.A. non possenga pienamente tutti i requisiti per essere configurata quale società in house del MiBAC, in particolare sotto il profilo del controllo analogo, nei sensi di cui in motivazione;
- ritiene che gli affidamenti diretti ad Ales S.p.A. non siano basati su una corretta distinzione tra siti culturali “profittevoli/non profittevoli”, in quanto il criterio stabilito dal MiBAC, per valutare l’attrattività economica dei siti museali, tiene in considerazione solo i risultati economici pregressi; in altri termini, tale criterio non si ritiene efficace per il raggiungimento del predetto obiettivo secondo quanto chiarito in motivazione;
- ritiene che, anche qualora la società Ales S.p.A. venisse in futuro ricondotta nell’alveo delle società in house nei sensi di cui in motivazione, non possa, comunque, svolgere attività ulteriori rispetto a quelle previste dallo statuto nonché attività non consentite dalle norme generali sull’in house providing, senza incorrere nella violazione del principio di libera concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione, di cui all’art. 2 del Codice dei Contratti Pubblici;
- invita il MiBAC a dare riscontro alla presente delibera entro trenta giorni dalla ricezione della stessa;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture perché comunichi la presente delibera al MiBAC, ad Arcus S.p.A. e ad Ales S.p.A..

Il Consigliere Relatore: Giuseppe Borgia

Il Presidente: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 14 luglio 2011

Il Segretario: Maria Esposito