

ATTIVITA' DI SEGNALAZIONE E CONSULTIVA

AS1155 - AFFIDAMENTO DIRETTO DI ATTIVITÀ ATTINENTI ALLE GESTIONE DEI MUSEI E DELLE AREE ARCHEOLOGICHE

Roma, 24 ottobre 2014

Ministro dei Beni e delle Attività
Culturali e del Turismo

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (di seguito, Autorità), nell'esercizio dei poteri di cui all'art. 22 della legge 10 ottobre 1990, n.287, ritiene opportuno svolgere le seguenti osservazioni in ordine alle distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato derivanti dall'affidamento diretto, da parte del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (di seguito, Mibact) in favore della società Ales – Arte, Lavoro e Servizi S.p.A. (di seguito, Ales), di attività attinenti alle gestione dei musei.

Al riguardo, si rileva che il Mibact risulta aver stipulato con Ales – nel corso degli ultimi anni – numerose convenzioni che prevedono l'affidamento diretto, nell'ambito di un rapporto asseritamente *in house*, di una molteplicità di servizi, fra i quali, tra l'altro, le attività necessarie alla redazione di un progetto esecutivo propedeutico all'affidamento della licenza d'uso del marchio Mibact per attività di *merchandising* museale.

Risulta inoltre che il Mibact intenderebbe affidare ad Ales anche i servizi di comunicazione e promozione del patrimonio culturale, di supporto e monitoraggio della sicurezza dei siti culturali, di riordino e gestione informatizzata degli archivi degli istituti periferici del Ministero, nonché i servizi di *contact center*, in passato tutti affidati ad operatori privati mediante procedura ad evidenza pubblica.

L'Autorità intende in proposito svolgere alcune considerazioni sia sulla qualificazione di Ales come società *in house* del Mibact sia sulle scelte operate dallo stesso Mibact in relazione agli affidamenti sopra elencati, tenendo anche conto di quanto previsto nel vigente Statuto di Ales.

Si osserva in primo luogo che, secondo la nota giurisprudenza comunitaria in tema di *in house providing*,¹ affinché si possa procedere ad un affidamento diretto in deroga alle procedure ad evidenza pubblica è necessario che l'ente affidante eserciti sulla società affidataria un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi. In pratica, ciò si risolve, *inter alia*, nella necessità di prevedere meccanismi che consentano all'affidante di influenzare in modo determinante le

¹ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c. Comune di Viano e Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia*, causa C-107/1998, in Racc. 1999, I-8139.

decisioni concernenti gli obiettivi strategici e le decisioni dell'affidataria e, contestualmente, nel divieto per quest'ultima di acquisire una vocazione commerciale che renda precario il controllo da parte dell'ente pubblico.

In proposito, si evidenzia che, allo stato attuale, il vigente *Regolamento per l'indirizzo e il controllo analogo* su Ales prevede meccanismi che consentirebbero al Mibact (che detiene il 100% del pacchetto azionario di Ales), anche tramite il *Comitato di controllo analogo*, di influenzare in modo determinante le decisioni concernenti gli obiettivi strategici e le decisioni dell'affidataria.

Tuttavia, sotto l'ulteriore profilo dell'assenza di vocazione commerciale da parte di Ales, va osservato che, nel caso di specie, la natura e l'ampiezza delle attività ricomprese nell'oggetto sociale della stessa appaiono idonee a pregiudicare il rapporto di controllo tra l'Amministrazione affidante e l'impresa in esame nell'ambito della gestione *in house*.

L'oggetto sociale di Ales – così come descritto all'art. 3 dello Statuto della società – comprende, infatti, lo svolgimento di diverse e numerose attività e la realizzazione di iniziative volte alla gestione e valorizzazione dei beni culturali in ambito nazionale e internazionale, anche attraverso la ricerca di sponsor. Tra tali attività figurano, a titolo esemplificativo: la gestione di musei, aree archeologiche e monumentali, biblioteche, archivi (incluse le attività di biglietteria, gestione *bookshop* e centri di ristoro); la gestione del marchio e dei diritti d'immagine; il supporto tecnico/operativo per le attività di prestiti; l'esercizio di attività di pubblicità e promozione, anche attraverso l'organizzazione di mostre; l'attività di editoria; l'attività di merchandising; la progettazione ed allestimento di spazi espositivi; il servizio di manutenzione edifici, parchi ed aree verdi; i servizi di supporto alla formazione del personale e l'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche e consulenze.

La possibilità che Ales svolga tali attività lascia agevolmente presumere l'esistenza di una (anche potenziale) vocazione commerciale basata sul rischio di impresa, suscettibile di condizionare le scelte strategiche della società stessa, distogliendola dalla cura primaria dell'interesse pubblico di riferimento. Sotto questo profilo, pertanto, Ales non appare soddisfare i canonici requisiti di una società c.d. *in house* (2).

Al riguardo, vale peraltro segnalare che l'Autorità si è già espressa in passato sulla gestione dei servizi museali, esplicitando i principi ed i criteri che dovrebbero essere sottesi alla gestione dei servizi di cui trattasi.³

In particolare, l'Autorità ha differenziato i *servizi strumentali* alla fruizione dei siti culturali, dai *servizi aggiuntivi*, per l'affidamento dei quali emerge l'esigenza di salvaguardare la concorrenza per l'accesso al mercato. Con riferimento alla gestione dell'attività museale ed ai servizi aggiuntivi per i musei, l'Autorità ha rilevato che “*i servizi aggiuntivi alla fruizione di un museo o di un sito culturale sono i servizi di accoglienza e ospitalità degli utenti, quali il servizio di caffetteria, di accompagnamento e guida, di ristorazione, il bookshop, la promozione e l'organizzazione di eventi*”, che svolgono un ruolo determinante per la valorizzazione del bene culturale. Distinti, ma connessi con la fornitura dei servizi aggiuntivi, sono i servizi strumentali alla fruizione di un museo o sito culturale, quali la pulizia, la manutenzione, la vigilanza, che rappresentano servizi complementari ai servizi aggiuntivi. Anche il servizio di biglietteria si configura come servizio strumentale, ma costituisce il perno economico dell'attività museale. L'Autorità, nella segnalazione citata, ha osservato come “*la principale preoccupazione concorrenziale concernente il mercato della fornitura dei servizi aggiuntivi debba essere volta a scongiurare che si creino*

² Come, peraltro, già evidenziato dalla Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici con deliberazione n. 67/2011.

³ AS569, 29 luglio 2009, *Distorsioni concorrenziali nel mercato della fornitura dei servizi aggiuntivi per i musei*.

situazioni di monopolio o di ingiustificato vantaggio competitivo a favore di imprese che, grazie alla proprietà pubblica delle stesse, potrebbero essere avvantaggiate nell'assegnazione dei servizi aggiuntivi in museo e siti anch'essi di proprietà pubblica", rilevando per contro che "secondo la prospettiva antitrust, dovrebbe essere garantita a tutte le imprese parità di condizioni di accesso a tale mercato". Nel rispetto di tali principi, dunque, l'Autorità ha evidenziato l'esigenza di salvaguardare la concorrenza per l'accesso al mercato dei servizi aggiuntivi, attraverso la previsione di meccanismi concorsuali e di criteri selettivi, trasparenti e non discriminatori, e ciò "anche in assenza degli obblighi di legge che impongono lo svolgimento di gare ad evidenza pubblica".

Nel caso di specie, le attività che Ales può svolgere sulla base del suo Statuto, sono diverse e ben più ampie rispetto ai soli servizi strumentali alla fruizione dei poli museali, trattandosi in prevalenza di servizi aggiuntivi, per l'affidamento dei quali, secondo l'orientamento espresso dall'Autorità, devono essere previsti criteri selettivi che siano trasparenti e non discriminatori.

Oltre ai requisiti che determinano il "controllo analogo", è stato ulteriormente previsto il principio della c.d. "attività prevalente", in base al quale il soggetto affidatario (nel caso di specie Ales) deve svolgere la parte più importante della propria attività con l'ente che ne detiene il capitale sociale.

La giurisprudenza comunitaria sul punto,⁴ è orientata verso un criterio teso a "prendere in considerazione tutte le circostanze del caso di specie, sia qualitative sia quantitative"⁵.

In tale contesto, è evidente che la sola partecipazione pubblica al capitale sociale della società beneficiaria (peraltro, nel caso in esame, non sufficiente, come visto, ad integrare la condizione del "controllo analogo" in presenza della citata vocazione commerciale) non appare idonea ad impedire le possibili distorsioni della concorrenza derivanti dal fatto che l'impresa che gestisce determinati servizi in condizioni di monopolio possa presentarsi sui mercati concorrenziali offrendo a soggetti diversi dall'ente affidante ulteriori servizi di natura commerciale, facendosi forza di vantaggi competitivi ingiustificati perché acquisiti grazie al conferimento di un'attività riservata.

In sostanza, l'astratta possibilità per Ales di interagire con soggetti diversi dal Mibact fa sorgere seri dubbi sulla possibilità di far ricorso – anche e soprattutto in concreto – all'istituto dell'in house per l'affidamento di tali attività.

Alla luce di tali considerazioni, l'Autorità auspica che il Mibact - peraltro in conformità con quanto disposto anche dall'art. 4, comma 8, del dl 6 luglio 2012, n. 95, convertito in legge, c.m., dall'art. 1, comma 1, della l. 7 agosto 2012, n. 135,⁶ ai sensi del quale l'affidamento diretto può avvenire solo nei confronti delle società che rispettano i requisiti dell'in house, fatti salvi i rapporti "in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014" - provveda ad una revisione delle modalità di affidamento dei servizi attinenti alla gestione dei musei e delle aree archeologiche secondo criteri obiettivi e trasparenti, tali da assicurare la concorrenza tra i soggetti interessati, modificando il vigente Statuto di Ales, dal quale escludere tutte le attività ed i servizi

⁴ Si vedano, per tutte, Corte di Giustizia CE, 11 maggio 2006, in causa C-340/04 avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con ordinanza 27 maggio 2004, pervenuta in cancelleria il 9 agosto 2004, nella causa tra Carbotermo SpA, Consorzio Alisei e Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA (CARBOTERMO) e Cons. giust. Amm. Reg. Sicilia, 4 settembre 2007, n. 719.

⁵ Corte di Giustizia CE, sentenza CARBOTERMO, cit. L'affermazione è ripresa, da ultimo, da Cort. Cost. 23 dicembre 2008, n. 439.

⁶ Legge 7 agosto 2012, n. 135, "Conversione in legge, con modificazioni del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, recante disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini", in Gazz. Uff. n. 189 del 14 agosto 2012 – Suppl. Ordinario n. 173.

riferibili ad una finalità strettamente commerciale, in quanto tali non compatibili con la asserita natura *in house* di Ales.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26, legge n. 287/90. Eventuali esigenze di riservatezza dovranno essere manifestate all'Autorità entro trenta giorni dal ricevimento della presente segnalazione, precisandone i motivi.

IL PRESIDENTE
Giovanni Pitruzzella
