

Micol Roversi Monaco

**Ales S.p.a. e Arcus S.p.a. sono società in house?
(deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui
contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n.
67 del 2011)**

(doi: 10.7390/37871)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 1-2, giugno-settembre 2012

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it/>



Aedon

Rivista di arti e diritto *on line*

quadrimestrale diretto da Marco Cammelli

numero 1-2, 2012, Issn 1127-1345 [home](#) [indice](#) [ricerca](#) [risorse web](#)

Gestire i beni culturali

Ales S.p.a. e Arcus S.p.a. sono società *in house*?

(deliberazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 67 del 2011)

di [Micol Roversi Monaco](#)

Sommario: [1. Premessa](#). - [2. Ales](#). - [3. Arcus](#).

Are Ales S.p.a. and Arcus S.p.a. "in house companies"? (The Decision of the Authority for the Supervision of Public Contracts for Works, Services and Supplies, no. 67, 2011)

This paper analyses the decision of the Authority for the Supervision of Public Contracts for works, services and supplies, which states that Ales S.p.a. and Arcus S.p.a. are not "in house companies" of the Ministry for the Cultural Heritage and Activities, due to the lack of the requirement of a "control similar to that exercised over its own departments", and which affirms that there are other critical elements concerning direct procurement to Ales S.p.a.

1. Premessa

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella [deliberazione n. 67 del 2011](#), ha ritenuto che la società "Arte lavoro e servizi" S.p.a. (Ales) [1] e la "Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo" S.p.a. (Arcus) non si configurino come società *in house* del ministero per i Beni e le Attività culturali (Mibac) per mancanza del requisito del controllo analogo, e ha ravvisato "ulteriori criticità" negli affidamenti diretti ad Ales S.p.a.

La deliberazione si occupa principalmente degli affidamenti *in house* dei cosiddetti servizi per il pubblico e servizi strumentali di cui all'[art. 117 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42](#) (Codice dei beni culturali), servizi che, afferma l'Autorità, se gestiti in forma indiretta devono essere affidati mediante 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" [2], la cui lettura va condotta alla luce delle pronunce della Corte di giustizia, che per gli affidamenti *in house* richiedono i requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente.

2. Ales

La società Ales S.p.a. è una società legale, essendo la sua costituzione avvenuta in base all'art. 10, lett. a) del decreto legislativo 1° dicembre 1997, n. 468, che ha previsto che per creare opportunità occupazionali per i lavoratori impegnati nei lavori socialmente utili, facendo contemporaneamente fronte a proprie esigenze istituzionali per l'esecuzione di servizi aggiuntivi non precedentemente affidati in appalto o in concessione, le amministrazioni pubbliche avrebbero promosso la costituzione di apposite società miste.

Originariamente detenuto da Italia Lavoro S.p.a. e dal Mibac, l'intero capitale è stato trasferito a quest'ultimo in forza

dell'art. 26 della legge 18 giugno 2009, n. 69, e la società è porsa divenire società *in house* del Mibac [3].

Per previsione statutaria al capitale non possono partecipare soggetti privati (art. 5 dello statuto): ciò costituisce il presupposto per il rispetto del requisito del controllo analogo [4].

Dal momento che la disciplina codicistica prevede la competenza esclusiva degli amministratori nella gestione sociale (art. 2380 Codice civile), tale requisito, però, necessita anche di clausole statutarie tali da consentire un'influenza determinante del socio pubblico sugli obiettivi strategici e sulle decisioni importanti [5].

Il controllo sulla società, sia preventivo sia successivo - come comunicato dal ministero all'Autorità - sarebbe esercitato "attraverso un *team* di monitoraggio composto da funzionari dell'amministrazione esperti in materia", cioè un Comitato per il controllo analogo, emanazione della Direzione generale per la valorizzazione del patrimonio culturale, a sua volta tenuta ad esercitare, secondo gli indirizzi impartiti dal ministro, i diritti dell'azionista (art. 8, comma 4, d.p.r. 26 novembre 2007, n. 233).

L'[Autorità](#) ha nondimeno ritenuto che manchi nello statuto la previsione di stringenti poteri di ingerenza e di condizionamento da parte dell'assemblea dei soci, superiori a quelli tipicamente previsti dal diritto societario e tali da assicurare che le decisioni più importanti siano sottoposte al vaglio preventivo dell'amministrazione aggiudicatrice, quali, ad esempio, "norme che prevedano - in aggiunta alle competenze dell'assemblea dei soci *ex art.* 2364, comma 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".

Altro elemento che secondo il giudice europeo è necessario perché vi sia il controllo analogo è l'assenza di una "vocazione commerciale che rende precario il controllo" da parte dell'ente pubblico. Questa risulta, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale, dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali, dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero [6]; e si accerta esaminando "la portata geografica e materiale delle attività di tale società nonché la possibilità per quest'ultima d'instaurare relazioni con imprese private" [7]; non può dunque procedersi ad affidamento diretto se si desume la propensione dell'impresa a effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati, anche non contigui, in vista di un'eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l'ente pubblico conferente [8].

L'Autorità, da un lato, ha valutato che l'attività svolta Ales sia rivolta sostanzialmente a favore del Mibac (dei 27.661.129 euro di ricavi realizzati dalla società per gli anni 2008-2009 - rileva l'Autorità - la quasi totalità, 27.056.088 euro, scaturisce da servizi resi nei confronti del Mibac), e quindi soddisfi il requisito dell'attività prevalente [9].

Dall'altro lato, tuttavia, ha osservato che dallo statuto sociale sembra potersi ricavare una tendenziale vocazione commerciale della società, poiché "l'articolo 3 prevede che Ales può svolgere attività "in ambito internazionale" nonché attività di "pubblicità e promozione" (lett. c), "commercializzazione di prodotti editoriali propri e di terzi" (lett. 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" (lett. e), di "studi di fattibilità, ricerche e consulenze" (lett. m)". Secondo l'Autorità l'oggetto sociale, in questi punti, è eccessivamente ampio e va oltre alle attività strettamente attinenti al servizio pubblico di competenza del Mibac.

Vari sono però gli argomenti che possono sostenere la presenza del requisito dell'attività prevalente e del controllo analogo (sotto il profilo dell'assenza di vocazione commerciale).

Infatti, come rilevato dal Mibac, l'attività in ambito internazionale sarebbe "riferita ad un supporto organizzativo al Mibac, nel caso di organizzazione di eventi o iniziative internazionali, da attuarsi esclusivamente sul territorio nazionale"; le altre attività commerciali, poi, sarebbero "inserite tra gli enunciati del citato art. 3 esclusivamente a livello previsionale", e in futuro dovrebbero essere "rese solo in favore del ministero".

A questi rilievi può aggiungersi che tali attività paiono rientrare nei servizi per il pubblico indicati nell'art. [117, comma](#)

[2. del Codice dei beni culturali](#), qualificabili come servizi pubblici [10], e in attività accessorie a questi, che l'ordinamento europeo consente [11]. In particolare, l'attività di "pubblicità e promozione" pare possa rientrare nelle attività di cui alla lettera g) dell'art. 117, comma 2 (organizzazione di iniziative promozionali), la "commercializzazione di prodotti editoriali propri e di terzi" nelle attività di cui alla lettera a (servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali), l'attività "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" nelle attività di cui alla lettera d) (gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni). L'attività consistente nell'effettuazione di "studi di fattibilità, ricerche e consulenze" è invece servizio strumentale all'attività del Mibac. Pare, quindi, che l'oggetto sociale, pur ampio, consistendo in attività di valorizzazione svolte per conto o a favore del Mibac, non denoti di per sé la mancanza dei requisiti del controllo analogo e dell'attività prevalente.

L'[Autorità](#), poi, riconosce due "ulteriori criticità" negli affidamenti ad Ales.

In primo luogo, censura il fatto che questi avvengano in siti museali non "fuori mercato", affermando che, invece, 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 secondo luogo, afferma 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".

L'Autorità fa queste considerazioni riferendosi, in particolare, alla previsione normativa (art. 2, comma 4, del d.l. 34/2011) che [12] consente di affidare direttamente ad Ales servizi tecnici, anche afferenti alla fase di realizzazione degli interventi conservativi di prevenzione, manutenzione e restauro da realizzarsi nell'area archeologica di Pompei.

Riguardo a questo secondo rilievo, si può osservare che, attualmente, lo statuto di tale società include nell'oggetto sociale "servizi tecnici di supporto alle attività del ministero per i Beni e le Attività culturali e sue strutture periferiche" (art. 3, lett. h).

3. Arcus

La società Arcus S.p.a., a differenza di Ales, non è destinataria, da parte del Mibac, di affidamenti diretti di servizi al pubblico, e, come rileva l'[Autorità](#), non "si registra alcuna attività societaria posta in essere con il Mibac mediante contratti/convenzioni". Questa società è stata definita come soggetto pubblico strumentale dello Stato [13], e si è affermato che in concreto ricopre principalmente il ruolo di "soggetto collettore ed erogatore di fondi" [14], di "strumento finanziario, che serve ad agevolare l'utilizzo e il reperimento di risorse" [15].

Anche Arcus, come Ales, è una società legale, disciplinata dall'art. 10 della legge 8 ottobre 1997, n. 352, che ha autorizzato il Mibac a costituirla.

L'oggetto sociale previsto da tale articolo consiste nella "promozione e il sostegno finanziario tecnico-economico e organizzativo di progetti e altre iniziative di investimento per la realizzazione di interventi di restauro e recupero dei beni culturali e di altri interventi a favore delle attività culturali e dello spettacolo".

Secondo l'Autorità "le attività previste nello statuto sociale di Arcus appaiono molto più ampie rispetto alla *mission* sociale". A questo proposito può rilevarsi, però, che le attività elencate nell'art. 3, comma 2, dello statuto [16] paiono riconducibili a forme di assistenza a interventi di restauro e recupero dei beni culturali, e ad altri interventi a favore delle attività culturali e dello spettacolo.

Inoltre, secondo l'Autorità tale società non presenta i requisiti per essere *in house*.

Sotto il profilo del controllo analogo, poiché lo statuto 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" (art. 15), e "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".

A ciò può aggiungersi che anche la disciplina della circolazione delle azioni depone per la mancanza di controllo analogo [17]: le azioni che costituiscono il capitale sociale sottoscritto dal ministero dell'Economia e delle Finanze sono inalienabili, ma è previsto che "al capitale sociale della Società possono partecipare le regioni, gli enti locali e altri soggetti pubblici e privati, tramite acquisto di azioni di nuova emissione, per un importo non superiore al 60 per cento del capitale sociale sottoscritto dallo Stato" (art. 4).

Note

[1] Nelle more della pubblicazione del presente scritto, l'art. 12, comma 24, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*), convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, ha posto in liquidazione la società Arcus S.p.a. dal 1° gennaio 2014.

[2] Diversamente, D. Vaiano, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011, p. 111, riconduce l'affidamento diretto a società *in house* alla gestione diretta.

La giurisprudenza amministrativa e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ritengono necessaria una previsione legislativa, per procedere all'affidamento diretto a società *in house*, solo nel caso di appalti di lavori pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 4-5, I, 1432), non nel caso di concessioni o appalti di servizi (Cons. Stato, sez. II, 11 marzo 2003, n. 525, in *Foro amm. CDS*, 2003, 1406; T.A.R. Cagliari, sez. I, 27 marzo 2007, n. 549, in *Foro amm. TAR*, 2007, 3, 1168; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137, in *Foro amm. CDS*, 2008, 4, 1153; T.A.R. Firenze, sez. I, 1° marzo 2011, n. 377, in *Foro amm. TAR*, 2011, 3, 800; Cons. Stato, sez. III, 11 marzo 2011, n. 1572, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 831; T.A.R. Palermo, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 44, in www.giustizia-amministrativa.it; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione n. 109 del 5 aprile 2007 e n. 51 del 18 maggio 2011, in www.avcp.it).

Sul tema delle forme di gestione dei servizi per il pubblico e strumentali di cui all'art. 117 del Codice dei beni culturali, [G. Piperata, La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali](#), in *Aedon*, n. 2/2008; Id., *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni dei beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *Aedon*, n. 3/2008; C. Barbati, *Le forme di gestione*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuolo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 199 ss., ove altri riferimenti bibliografici.

[3] Così C. Barbati, *I soggetti*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciuolo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, cit., p. 167.

[4] Corte giust., sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, in *Foro amm. CDS*, 2004, 3023.

[5] Corte giust., sez. I, 11 maggio 2006, C-340/04, in *Giust. civ.*, 2006, 9, I, 1663. La giurisprudenza interna ha individuato varie clausole: tra le pronunce più recenti, Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447, in *Foro amm. CDS*, 2011, 3, 902.

[6] Corte giust., 13 ottobre 2005, C-458/03, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 1, 227; Corte giust., 10 novembre 2005, C-29/04, in *Foro amm. CDS*, 2005, 11, 3151.

[7] Corte giust., sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, in *Guida al diritto*, 2009, 46, 80.

[8] Corte Cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3250.

[9] Osservando peraltro che perché possa considerarsi integrato tale requisito in futuro, è necessario che la società non 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)".

[10] Corte Cass. SS.UU., 27 maggio 2009, n. 12252, in *Giust. civ.*, 2010, 5, I, 1179; T.A.R. Napoli, sez. VII, 16 settembre 2009, n. 4974, in www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina, [G. Piperata, Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura](#), in *Aedon*, n. 1/2010.

[11] Secondo Corte giust., sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07, in *Guida al diritto*, 2009, 46, 80, il requisito dell'attività prevalente non può essere interpretato nel senso di vietare ogni attività accessoria.

[12] In attuazione dell'art. 19, comma 5, del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, che stabilisce che "le amministrazioni dello Stato, cui sono attribuiti per legge fondi o interventi pubblici, possono affidarne direttamente la gestione, nel rispetto dei principi comunitari e nazionali conferenti, a società a capitale interamente pubblico su cui le predette amministrazioni esercitano un controllo analogo a quello esercitato su propri servizi e che svolgono la propria attività quasi esclusivamente nei confronti dell'amministrazione dello Stato".

[13] [M. Renna, La Sibec S.p.A. tra realtà normativa e prospettive di attuazione](#), in *Aedon*, n. 2/1998.

[14] Corte Conti, Relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della "Società per lo sviluppo dell'arte, della cultura e dello spettacolo - Arcus S.p.A.", per l'esercizio 2007, in www.corteconti.it.

[15] C. Barbati, *ARCUS S.p.A.: la ricerca di un nuovo soggetto per i beni e le attività culturali*, in M. Cammelli-M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, p. 287.

[16] In particolare, la società fornisce "assistenza tecnica e finanziaria ad iniziative finalizzate: a) alla predisposizione di progetti per il restauro, il recupero e la migliore fruizione dei beni culturali, ivi comprese attività di studio, ricerca e analisi tecniche, organizzative, economiche e finanziarie volte alla redazione dei progetti definitivi ed esecutivi sui beni culturali da parte di soggetti pubblici e privati; b) alla tutela paesaggistica e dei beni culturali attraverso azioni e/o interventi volti a mitigare l'impatto delle infrastrutture esistenti nel contesto di riferimento; c) alla conservazione e restauro di beni culturali di cui sia opportuna una particolare cura in ragione della compromissione dovuta alla presenza di infrastrutture esistenti; d) alla esecuzione di campagne di scavi, ovvero di indagini preventive volte ad accertare la presenza di reperti archeologici in sede di realizzazione di infrastrutture strategiche; e) al sostegno della programmazione, del monitoraggio e della valutazione degli interventi nel settore dei beni culturali; f) alla promozione di interventi nel settore dei beni e delle attività culturali ed in quello dello spettacolo".

[17] Secondo il giudice nazionale, per integrare il requisito del controllo analogo occorre che lo statuto espressamente escluda che il capitale della società possa essere ceduto a soggetti terzi (cfr. Cons. St. sez. V, 3 febbraio 2009, n. 591, in *Foro amm. CDS*, 2009, 2, 437).

copyright 2012 by [Società editrice il Mulino](#)
[Licenza d'uso](#)

[inizio pagina](#)