



CORTE DEI CONTI

SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO UFFICIO DI CONTROLLO PREVENTIVO DI LEGITTIMITÀ

Ministero della cultura
Vittoriano e Palazzo Venezia
pec: mbac-vi-ve@mailcert.beniculturali.it

e, p.c.
Ministero dell'economia e delle finanze
Ragioneria territoriale dello Stato di Roma
pec: rts-rm.rgs@pec.mef.gov.it

Oggetto: decreto 14 dicembre 2021, n. 23, di approvazione del contratto di affidamento ad Ales s.p.a. di servizi di supporto finalizzati alla realizzazione di un progetto per il rafforzamento della capacità amministrativa e gestionale del Vittoriano e Palazzo Venezia.

NOTA DI RILIEVO

Il provvedimento approva un contratto con il quale l'Istituto Vittoriano e Palazzo Venezia affida alla società *in house* Ales servizi di supporto per la realizzazione di un progetto per il rafforzamento della capacità amministrativa e gestionale attraverso l'impiego di 16 unità con profili tecnici e amministrativi. La durata del contratto è di 12 mesi dal 1° febbraio 2022, per un importo di 795.905 euro, Iva esclusa, per l'intero periodo di riferimento, con un impegno di 971.004 euro.

1) L'art. 1-ter, comma 1, del d.l. 21 settembre 2019, n. 104 (conv. dalla l. 18 novembre 2019, n. 132, modificato dall'art. 1, comma 930, della l. 30 dicembre 2020, n. 178) dispone: *“Il Ministero per i beni e le attività culturali e per il turismo, verificata l'impossibilità di utilizzare il proprio personale dipendente, è autorizzato ad avvalersi della società Ales s.p.a. per lo svolgimento delle attività di accoglienza e vigilanza nei musei, nei parchi archeologici statali nonché negli altri istituti e luoghi della cultura e delle attività di*

supporto tecnico, amministrativo e contabile, nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali autorizzate ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 20 giugno 2019, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 202 del 29 agosto 2019, e comunque, fino al 31 dicembre 2025 e delle ulteriori procedure necessarie a soddisfare il fabbisogno di personale del Ministero da impiegare in tali attività. Non si applica il comma 2 dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Per le finalità di cui al primo periodo, oltre alle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente alla società Ales è assegnato un contributo pari a 5 milioni nell'anno 2019, a 330.000 euro nell'anno 2020, a 5.845.000 euro nell'anno 2021 e a 5,6 milioni di euro per ciascuno degli anni 2022, 2023, 2024 e 2025".

La norma consente al Ministero di avvalersi della società *in house* per attività di 'supporto' tecnico, amministrativo e contabile. Il disciplinare allegato alla convenzione inquadra il progetto previsto per il Vittoriano e Palazzo Venezia in una più estesa azione del Ministero "finalizzata all'ampliamento del sistema dei servizi e l'incremento della qualità dei beni offerti alla fruizione, **attraverso attività di supporto a quelle istituzionali** e, nello specifico, tramite la realizzazione di obiettivi finalizzati al **rafforzamento** della capacità amministrativa e gestionale degli uffici".

Tuttavia, dalla documentazione (richiesta di interpello al personale interno, richiesta di offerta economica indirizzata alla società, disciplinare tecnico) emerge la richiesta di mettere a disposizione 16 figure professionali amministrative e tecniche equivalenti a quelle di funzionari e assistenti amministrativi dei ruoli ministeriali, rivelatisi indisponibili nelle dotazioni organiche interne che pure prevedono (d.m. 13 gennaio 2021, n. 34) l'assegnazione al Vittoriano e a Palazzo Venezia di 56 unità, di cui 19 dell'area tecnica e amministrativa.

Molte delle funzioni oggetto del contratto sono sovrapponibili a quelle ordinarie dell'amministrazione (gestione delle procedure amministrative relative a gare e contratti; assistenza amministrativa in materia di bilancio e pagamenti; gestione delle risorse umane e pensioni; gestione di archivio e protocollo informatico ecc.), pur non rinvenendosi nella normativa primaria disposizioni che permettano il conferimento di tali funzioni essenziali al di fuori dell'amministrazione stessa. Quand'anche esistenti, tali norme risulterebbero difficilmente compatibili con l'art. 97 della Costituzione.

La stessa amministrazione, nei visti del decreto, da un lato, afferma che i servizi erogati da Ales non possono considerarsi "sostitutivi della presenza di personale dei ruoli del Ministero della cultura di cui al d.m. n. 34 del 13 gennaio 2021", dall'altro, dà conto del fatto che il "Ministero ha erogato la somma di 4 milioni per il supporto della società Ales per far fronte alle carenze di personale del Vittoriano e Palazzo Venezia".

Di qui, un apparente utilizzo dello strumento societario per ovviare (per un tempo, peraltro, non puntualmente definito, dall'art. 1-ter del d.l. n. 104/2019) alle esigenze di ordinario reclutamento del personale per l'amministrazione, prassi stigmatizzata dalla giurisprudenza contabile (*ex multis*, Sez. centr. legittimità, delib. n. SCCLEG/9/2020/PREV), in quanto non in linea con la *ratio* stessa dell'*in house*

providing quale strumento per reperire specifici e infungibili apporti professionali non disponibili all'interno.

Infatti, il ricorso all'*in house* è utilmente evocabile nel caso in cui le attività oggetto di esternalizzazione non siano sovrapponibili a quelle che rappresentano il *core business* dell'amministrazione, non potendo l'affidamento di servizi in parola ricondurre al mero reperimento di personale per il Ministero il cui reclutamento deve essere oggetto di apposite attività di programmazione e selezione pubblica.

Peraltro, lo svolgimento riconosciuto delle medesime attività da parte di funzionari ministeriali e di personale Ales dovrebbe comportare un trattamento economico e normativo omogeneo.

A livello sistematico, tale necessitato ricorso all'*in house providing* è comprovato, indirettamente, dalla normativa recente in materia; l'art. 10 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, al comma 1, per sostenere la definizione e l'avvio delle procedure di affidamento e accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici, in particolare di quelli previsti dal Pnrr e dai cicli di programmazione nazionale e dell'Unione europea 2014-2020 e 2021-2027, consente, mediante apposite convenzioni, di avvalersi del '**supporto tecnico-operativo**' di società *in house* qualificate ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016, specificando, al comma 2, che l'attività di supporto "*copre anche le fasi di definizione, attuazione, monitoraggio e valutazione degli interventi e comprende azioni di **rafforzamento della capacità amministrativa, anche attraverso la messa a disposizione di esperti particolarmente qualificati***".

Si chiedono, pertanto, chiarimenti sul punto.

2) Si chiede di riferire lo stato delle procedure concorsuali per il fabbisogno di personale, tenendo conto, che:

a) le procedure in corso per il reclutamento di 1.052 unità non dirigenziale a tempo indeterminato, da inquadrare nell'area II, posizione economica F2 (g.u., IV serie speciale, n. 63, del 9 agosto 2019) risultano riferite esclusivamente al profilo di assistente alla fruizione, accoglienza e vigilanza;

b) il concorso, per titoli ed esami, per la copertura di 2293 posti non dirigenziali di area seconda, a tempo indeterminato, da inquadrare nei ruoli anche del Ministero della cultura (g.u., IV serie speciale, n. 104 del 31 dicembre 2021), prevede l'assegnazione al Ministero esclusivamente di 334 di unità appartenenti all'area II-F2, nel profilo di operatore amministrativo/assistente amministrativo/assistente amministrativo gestionale e 100 unità, appartenenti alla medesima area, nel profilo di assistente di settore scientifico tecnologico/operatore amministrativo informatico/assistente informatico.

3) Si chiede di chiarire le ragioni per cui, a seguito dell'indisponibilità di professionalità interne al Ministero, non si sia fatto luogo, almeno per profili fungibili

e non specialistici, a comandi o altre forme di utilizzo temporaneo di personale nei ruoli di altre amministrazioni a norma di legge.

4) Anche al fine di valutare i riflessi finanziari conseguenti a tale utilizzo dello strumento societario, si chiede di quantificare il costo complessivo che sarebbe derivato dal ricorso, per il periodo coperto dalla convenzione, ai corrispondenti profili professionali ministeriali svolgenti mansioni sovrapponibili, come desumibili dalle richieste di interpello interno indirizzata al Ministero e di offerta economica rivolta ad Ales.

5) Si chiede di conoscere se l'affidamento ad Ales sia stato oggetto di programmazione e se le modalità di reclutamento del personale Ales avvengano nel rispetto delle procedure previste dall'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 175/2016.

6) Si rileva che, nelle premesse del decreto in esame, l'Istituto dichiara di aver comunque effettuata la valutazione sulla congruità economica dell'offerta; nell'atto si fa, tuttavia, generico riferimento alla circostanza che *"l'utilizzo di Ales in luogo dell'affidamento a privati contraenti a mezzo di procedure di gara, già verificato nell'ambito del settore in questione, consente al Vittoriano e Palazzo Venezia un'economia di spesa e implementa l'efficacia generale e il buon andamento dell'azione amministrativa"*. Si chiede di fornire ulteriori elementi, accompagnati da eventuale documentazione integrativa.

7) Quanto alle voci di costo indicate nell'offerta della società, si chiede: a) perché, pur prevedendo il contratto (art. 8.4) oneri per la sicurezza pari a zero, gli stessi siano, invece, indicati nelle voci; b) il motivo della previsione di costi relativi alla formazione, considerato che, nel contratto (art. 6.8), gli stessi risultano a carico di Ales; c) la ragione per cui l'Irap risulta tra le voci di costo; d) natura e composizione della voce 'costi indiretti' per 95.436 euro; e) ragguagli sulla voce 'utile' (pari all'1,5%).

8) L'art. 1-ter del d.l. n. 104/2019 solleva profili di legittimità costituzionale nella misura in cui dispone la mancata applicazione, agli affidamenti in parola, del comma 2 dell'art. 192 di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, lett. c), che dispone che ai *"fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche"*.

Come di recente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. di Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102), l'art. 192, comma 2, del codice dei contratti *"impone che l'affidamento in house di servizi disponibili sul mercato sia assoggettato a una duplice condizione, che non è richiesta per le altre forme di affidamento dei medesimi servizi (con particolare riguardo alla messa a gara con appalti pubblici e alle forme di cooperazione orizzontale fra amministrazioni): a) la prima condizione consiste nell'obbligo di motivare le condizioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato. Tale condizione muove dal ritenuto carattere secondario e residuale dell'affidamento in house, che appare poter essere legittimamente disposto soltanto in caso di, sostanzialmente, dimostrato 'fallimento del mercato' rilevante a causa di prevedibili mancanze in ordine agli "obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche", cui la società in house invece supplirebbe; b) la seconda condizione consiste nell'obbligo di indicare, a quegli stessi propositi, gli specifici benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento in house (...) la previsione dell'ordinamento italiano di forme di motivazione aggravata per supportare gli affidamenti in house muove da un orientamento di sfavore verso gli affidamenti diretti in regime di delegazione interorganica, relegandoli a un ambito subordinato ed eccezionale rispetto alla previa ipotesi di competizione mediante gara tra imprese"*.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 100/2020, ha affermato la compatibilità di tale norma con il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie (*gold plating*), evidenziando che la norma *"è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento e che risponde all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali"*, risultando, altresì, compatibile con la Costituzione e con l'ordinamento comunitario in quanto riconducibile a un *"margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo a un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza 'nel' mercato e 'per' il mercato"* (sent. n. 325/2010 e, nello stesso senso, sent. n. 46/2013).

Recentemente, l'art. 10, comma 3, del d.l. n. 77/2021 ha introdotto una disciplina specifica in merito, prevedendo che ai *"fini dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016 la valutazione della congruità economica dell'offerta ha riguardo all'oggetto e al valore della prestazione e la motivazione del provvedimento di affidamento dà conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli standard di riferimento della società Consip s.p.a. e delle centrali di committenza regionali"*.

Le modifiche all'art. 1-ter del d.l. n. 104/2019 hanno escluso, pertanto, gli affidamenti diretti disposti dal Ministero della cultura ad Ales dagli obblighi di preventiva valutazione della congruità economica dell'offerta del soggetto *in house*, creando, così, una palese disparità di trattamento, ai sensi degli artt. 3 e 41 della Costituzione,

con le società *in house* degli altri Ministeri, tenuti, invece, a motivare il mancato ricorso al mercato.

Tale regime di favore, peraltro, non è temporalmente limitato all'espletamento delle procedure concorsuali autorizzate dal d.p.c.m. 20 giugno 2019, ma esteso, in ogni caso, fino al 31 dicembre 2025 e, indefinitamente, fino al termine di ulteriori procedure, non meglio precisate, "*necessarie a soddisfare il fabbisogno di personale del Ministero da impiegare in tali attività*", creando un potenziale *vulnus* anche ai principi sull'accesso all'impiego pubblico fissati dall'art. 97 della Costituzione.

La norma realizza, infatti, in ragione dei contenuti delle attività demandabili alla società, un non marginale coinvolgimento di Ales nell'attività istituzionale del Ministero, comprovato dall'attribuzione diretta, alla stessa società, per le finalità sopra indicate, di un contributo pari a euro 5.845.000 per il 2021 e a 5,6 milioni per ciascuno degli anni 2022-2025. Pertanto, si fa riserva di ogni ulteriore valutazione, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 340/2000, sulla rilevanza, in questa sede, delle questioni di legittimità costituzionale delle richiamate norme di legge, che costituiscono il presupposto dell'atto in esame, all'esito dei chiarimenti che saranno forniti dall'amministrazione alla presente nota di rilievo.

Si rammenta che il controllo di legittimità è condizione sospensiva dell'efficacia del provvedimento; in caso di esecuzione anticipata, rimangono a carico dell'amministrazione i rischi di un esito negativo dello stesso.

L'art. 27 della l. n. 340/2000 impone l'inoltro di quanto richiesto entro 30 giorni dal ricevimento del rilievo; decorso il termine, si procederà al deferimento dell'atto alla Sezione di controllo, allo stato degli atti.

L'originale del provvedimento e la documentazione allegata verranno restituiti alla conclusione del procedimento di controllo; nel caso di ritiro dell'atto nelle more del procedimento, l'amministrazione proporrà richiesta in tal senso.

Il magistrato istruttore

Ottavio Caleo

firmato digitalmente

La consigliera delegata

Laura D'Ambrosio

firmato digitalmente