

CAMPANIA 31/2025/PREV



REPUBBLICA ITALIANA

LA CORTE DEI CONTI

Sezione Regionale di Controllo per la Campania

composta dai Magistrati:

Massimo Gagliardi	Presidente
Alfredo Grasselli	Presidente aggiunto
Emanuele Scatola	Primo Referendario (relatore)
Ilaria Cirillo	Primo Referendario
Domenico Cerqua	Primo Referendario
Stefania Calcari	Primo Referendario
Tommaso Martino	Primo Referendario
Giovanna Olivadese	Referendario
De Santis Alessandro	Referendario

ha pronunciato la seguente

DELIBERAZIONE

Visto l'art. 100, comma 2, della Costituzione;

Visto il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni e integrazioni;

Visto, l'art.3, comma 1, lettera g) della legge 14 gennaio 1994, n. 20, recante *"Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti"*, e successive modificazioni ed integrazioni;

Visto l'art. 2 del decreto-legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639;

Visto l'art. 27 della legge 24 novembre 2000, n. 340;

Visto il *"Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti"*, approvato con deliberazione delle Sezioni Riunite n. 14/2000 del 16 giugno 2000, modificato e integrato con delibera del Consiglio di Presidenza in data 24 giugno 2011, ai sensi dell'art. 3, comma 62, della legge 24 dicembre 2007, n. 244;

Visto il Decreto del Direttore del Parco Archeologico di Ercolano n. 57 del 5 marzo 2024, avente come oggetto l'approvazione del contratto Rep. n. 14 del 27/02/2024 (art. 18, co. 8. D. lgs. n. 36/2023) per l'affidamento dei *"servizi di supporto finalizzati alla realizzazione di progetti per il miglioramento della fruizione nelle aree archeologiche, per il rafforzamento della capacità organizzativa e gestionale degli uffici e per le attività di tutela e conservazione dei beni per il Parco archeologico di Ercolano"* per mesi dodici, fino a febbraio 2025, in favore della Società ALES - ARTE LAVORO E SERVIZI S.p.A., con sede in Roma, Via Nazionale n. 243", per un importo di € 1.241.406,53 (unmilione duecento quarantunomilaquattrocentosei/53) oltre IVA, per complessivi € 1.514.515,97 (unmilione cinquecentoquattordicimilacinquecentoquindici/97);

Visti i rilievi formulati da questo Ufficio di controllo con nota prot. SC CAM n. 2612 del 12/04/2024, trasmessi in pari data all'Amministrazione;

Viste le controdeduzioni depositate dal Direttore del Parco Archeologico di Ercolano in data 13/05/2024 e i relativi allegati, acquisiti al prot. SC CAM n. 3230 del 13/05/2024;

Vista la relazione di deferimento del 4 giugno 2024, con la quale il Consigliere delegato ha esposto i motivi sottesi alla richiesta di deferimento della questione alla sede collegiale;

Vista l'ordinanza presidenziale n. 78/2024, con la quale è stata fissata la adunanza pubblica del 13 giugno 2024, per la trattazione collegiale della presente questione;

Visti tutti gli atti del procedimento;

Relatore nell'adunanza pubblica del giorno 13 giugno 2024 il Primo Referendario Emanuele Scatola e uditi i rappresentanti dell'Amministrazione come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Questioni preliminari.

Ai fini dell'assoggettamento a controllo dell'atto in esame occorre, preliminarmente, verificare che esso sia suscettibile in una delle categorie di atti contemplate dall'art. 3, comma 1, della legge n. 20/1994 e rientri, pertanto, nell'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del controllo preventivo di legittimità intestato alla Corte dei conti.

2. La riconducibilità ad una delle categorie tassative di atti sottoposti a controllo.

Giova premettere che il presente controllo preventivo di legittimità ex art. 3, comma 1, lett. g) della legge n. 20/1994 riguarda il decreto n. 57 del 5 marzo 2024, avente come oggetto l'approvazione del contratto Rep. n. 14 del 27/02/2024 (art. 18, co. 8. D. lgs. n. 36/2023) per l'affidamento dei “servizi di supporto finalizzati alla realizzazione di progetti per il miglioramento della fruizione nelle aree archeologiche, per il rafforzamento della capacità organizzativa e gestionale degli uffici e per le attività di tutela e conservazione dei beni per il Parco archeologico di Ercolano” per mesi dodici, fino a febbraio 2025, in favore della Società

ALES - ARTE LAVORO E SERVIZI S.p.A.", per un importo di € 1.241.406,53 oltre IVA, per complessivi € 1.514.515,97.

L'atto in esame risulta, pertanto, assoggettato al controllo preventivo di legittimità di questa Corte, in quanto ascrivibile alla categoria dei decreti che approvano *"altri contratti passivi"* delle Amministrazioni dello Stato *"di importo superiore ad un decimo del valore"* indicato dall'art. 3, co. 1, lett. g) della legge n. 20/1994.

3. La competenza territoriale.

Come è noto, ai sensi dell'art. 2, co. 7, del *"Regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti"* (deliberazione SSRR n. 14/DEL/2000 del 28.06.2000 e s.m.i.), *"le sezioni regionali di controllo esercitano, ai sensi delle vigenti disposizioni, il controllo di legittimità su atti e il controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato aventi sede nella Regione"*.

Alla stregua del riparto fissato dalla suddetta disposizione, questa Sezione rileva, in via preliminare, la propria competenza territoriale, ai sensi dell'art. 2, co. 7, del suddetto Regolamento, a esercitare il controllo preventivo di legittimità sull'atto in esame, trattandosi di decreto adottato da organismo territoriale e periferico del Ministero della Cultura (cf. Corte dei conti, SS.RR. in sede consultiva, 15 febbraio 2018, n. 2/2018; Id., Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 22/2022/PREV) avente sede nella Regione Campania, con operatività limitata all'ambito locale alla stessa stregua di altri musei, parchi archeologici e luoghi di cultura dotati di autonomia speciale ex artt. 20 e 24 del DPCM 2 15 marzo 2024, n. 57, recante *"Regolamento di organizzazione del Ministero della cultura, degli uffici di diretta collaborazione del Ministro e dell'Organismo indipendente di valutazione della performance"*.

4. Esposizione sintetica dei fatti.

Dal 2018 il Parco archeologico di Ercolano affida, mediante sottoscrizione di contratti a cadenza annuale, alla Società *in house* ALES Arte Lavori e Servizi Spa servizi di supporto finalizzati alla realizzazione di progetti per il

rafforzamento della capacità organizzativa e gestionale degli uffici e per il miglioramento della fruizione dei beni.

Con decreto n. 31 del 20/02/2023, registrato da parte di questa Sezione di controllo, il Parco archeologico di Ercolano ha approvato il contratto Rep. 10 del 20/02/2023 stipulato con ALES SPA per l'affidamento dei *“servizi di supporto finalizzati alla realizzazione di progetti per il miglioramento della fruizione nelle aree archeologiche, per il rafforzamento della capacità organizzativa e gestionale degli uffici e per le attività di tutela e conservazione dei beni per il Parco archeologico di Ercolano”*, per un importo di € 1.269.029,51 oltre IVA, per complessivi € 1.548.216,00.

Con specifico riferimento al decreto oggetto di esame, giova premettere che, con determina a contrarre Rep. 60 del 31.12.2023, il Parco archeologico, confermando la sussistenza dell'indispensabilità di ricorrere alla prosecuzione dei servizi in oggetto fino al febbraio 2025, ha autorizzato i competenti uffici amministrativi *“all'avvio delle procedure volte alla prosecuzione, senza soluzione di continuità, dei servizi di supporto finalizzati alla realizzazione di progetti per il rafforzamento della capacità organizzativa e gestionale degli uffici e per il miglioramento della fruizione dei beni, forniti dalla Società in house ALES S.p.a. Arte Lavoro e Servizi”*. A tal fine, l'Ente ha stabilito di imputare, nelle more del completamento dell'istruttoria volta alla stipula del nuovo contratto, una quota parte della spesa quantificata in € 628.049,80 al Bilancio 2023, Capitolo 1.2.1.262 – Art. 1.03.02.99.999/D *“Capacity building”*.

Con decreto n. 40 del 15.02.2024, l'Amministrazione ha approvato l'offerta formulata dalla società ALES S.p.A. (prot.20240001596 del 09.2.2024, acquisita al prot. PA-ERCO n. 0605-A del 09.2.2024), per la prosecuzione dei servizi in oggetto fino al 21 febbraio 2025;

Con contratto Rep. n. 14 del 27.02.2024, il Parco archeologico di Ercolano ha perfezionato il suddetto affidamento alla società ALES spa, per un importo di € 1.241.406,53 oltre IVA, per complessivi € 1.514.515,97.

Con decreto n. 57 del 5 marzo 2024, oggetto del presente controllo, l'Ente ha approvato il contratto stipulato con Rep. n. 14 del 27.02.2024 per l'affidamento *in house* alla Società ALES S.p.A. dei *“servizi di supporto*

finalizzati alla realizzazione di progetti per il miglioramento della fruizione nelle aree archeologiche, per il rafforzamento della capacità organizzativa e gestionale degli uffici e per le attività di tutela e conservazione dei beni per il Parco archeologico di Ercolano”, per mesi dodici, fino a febbraio 2025.

Nel medesimo decreto, l’Amministrazione ha dato atto che per l’importo complessivo dell’affidamento - pari ad € 1.241.406,53 oltre IVA, per complessivi € 1.514.515,97 - *“la copertura della spesa è assicurata sul Capitolo 1.2.1.262 – Art.1.03.02.99.999/D Capacity building quanto ad € 628.049,80 sul Bilancio 2023, quanto ad € 635.000,00 sul Bilancio 2024 e quanto ad € 251.466,17 sul Bilancio 2025, e verrà impegnato in base all’effettiva esigibilità dell’obbligazione”.*

5. I rilievi.

Con nota prot. SC CAM n. 2612 del 12/04/2024, questo Ufficio di controllo ha formulato una serie di rilievi in ordine all’affidamento in esame.

In via preliminare, è stato chiesto all’Ente di dimostrare in modo puntuale la sussistenza dei requisiti richiesti dall’art. 7, co. 2, del d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (c.d. Codice dei contratti pubblici, nel prosieguo, per brevità, anche Codice), per l’affidamento diretto a società *in house* di lavori, servizi e forniture.

È stato, poi, chiesto all’Amministrazione di chiarire le ragioni per cui non si è proceduto alla verifica del possesso dei requisiti generali e speciali, ai sensi degli art. 99 e 100 del d. lgs 36/2023, nei confronti della Società Ales S.p.A., affidataria dei servizi dedotti nel contratto oggetto di esame.

Nel suddetto foglio di rilievo, questo Ufficio di controllo ha chiesto, inoltre, chiarimenti in ordine all’anticipata esecuzione del contratto, atteso che l’art. 4, par. 1, del contratto stesso prevede che *“le attività indicate nell’art. 2 avranno durata dal 22 febbraio 2024 al 21 febbraio 2025, salvo avvio anticipato delle stesse”.*

Un’ultima richiesta di chiarimenti ha riguardato, infine, l’assunzione di una parte dell’impegno di spesa, avvenuta con il decreto all’esame, sul bilancio 2023 per l’importo di euro 628.049,80.

6. Le controdeduzioni dell'Amministrazione.

Ai suddetti rilievi, l'Amministrazione ha risposto con nota prot. n. 2439 del 13/05/2024, acquisita, in pari data, al prot. SC_CAM 3230.

6.1. Sull'impegno di spesa.

Con riferimento all'assunzione di una parte dell'impegno di spesa, avvenuto con il decreto oggetto di esame, sul bilancio 2023 per l'importo di euro 628.049,80, dalla memoria di replica è emerso che l'Amministrazione *"aveva ritenuto di poter tramutare la prenotazione di spesa sul bilancio 2023, autorizzata con determina dirigenziale n. 60 del 31.12.2023, in impegno a seguito della stipula del contratto, in quanto l'obbligazione giuridica si era perfezionata prima dell'approvazione del conto consuntivo 2023"*.

A seguito delle osservazioni espone nel rilievo, tuttavia, l'Amministrazione, con decreto n. 177 del 10.05.2024, ha effettuato *"la cancellazione della prenotazione di spesa n. 101/2023 di € 628.049,80 assunta con determinazione dirigenziale n.60 del 31.12.2023"*; allo stesso tempo, con decreto n. 181 del 10.05.2024, *"è stato impegnato l'importo complessivo di € 1.514.515,97 e pertanto, anche la quota precedentemente imputata all'annualità 2023 (€ 628.049,80) trova ora copertura sul bilancio di previsione 2024"*.

Al riguardo, questa Sezione prende atto dell'attività conformativa posta in essere dal Parco archeologico e ritiene superati i profili di criticità prospettati nel foglio di rilievo.

6.2. Sulla sussistenza dei presupposti per l'affidamento in house.

Come è stato anticipato, in sede di rilievo è stato chiesto all'Ente di dimostrare in modo puntuale la sussistenza dei presupposti richiesti dall'art. 7, co. 2, del d. lgs n. 36/2023, per l'affidamento diretto a società *in house* di lavori, servizi e forniture.

Al riguardo, l'Amministrazione ha osservato come l'affidamento ad ALES S.p.A. possa *"qualificarsi come affidamento diretto in regime in house providing, in quanto la società ossequia le indicazioni di cui all'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3 Direttiva 2014/24/UE, cui il d. lgs. 36/2023 rinvia"*.

In particolare, il Parco archeologico di Ercolano ha fornito le seguenti delucidazioni:

a) l'attività del controllo analogo viene esercitata dal MiC per il tramite del Comitato per il controllo analogo sulla Ales S.p.A., attualmente costituito presso la Direzione Generale Bilancio e regolamentato, da ultimo, dal Decreto del Direttore Generale Bilancio del 1° marzo 2018;

b) oltre l'80 per cento delle attività svolte dalla ALES sono effettuate nell'assolvimento dei compiti affidati dal MiC, nello specifico riguardanti attività strumentali che possono essere riassuntivamente descritte come di supporto al MiC in progetti di miglioramento delle condizioni di fruibilità del patrimonio archeologico, artistico, architettonico, paesaggistico e archivistico e bibliotecario italiano, nonché di svolgimento di attività strumentali alla gestione tecnico - amministrativa dei procedimenti di tutela;

c) la ALES è società interamente controllata da parte del Ministero della Cultura, costituita in data 17 dicembre 1998 ai sensi dell'art. 10, commi 1 lett. a) 2 e 3 del d. lgs. 1° dicembre 1997, n. 468 e dell'art. 20, commi 3 e 4, della legge 24 giugno 1997, n. 196. Per effetto della legge 18 giugno 2009, n. 69, la totalità della partecipazione azionaria è stata acquistata dall'allora Ministero per i Beni e le Attività Culturali e, in forza delle ultime modifiche statutarie, ALES si connota quindi come società strumentale in regime di *in house providing* ai sensi dell'elaborazione giurisprudenziale comunitaria e, da ultimo, della Direttiva 2014/24/UE e del d. lgs. n. 36/2023.

Il Collegio rileva, preliminarmente, che sussistono pacificamente i requisiti per la qualificazione della Società ALES come ente *in house*.

Ciò premesso, giova precisare che l'art. 7 del Codice - dopo aver declinato, al comma 1, il principio di autonomia delle amministrazioni nello scegliere, ai fini dell'esecuzione di lavori o della prestazione di beni e servizi, tra i tre modelli dell'esternalizzazione, dell'auto-produzione e della cooperazione "*nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea*" - enuncia, al successivo comma 2, i criteri e le regole da osservare per ricorrere al modello dell'*in house*. Segnatamente, tale disposizione prevede che "*le*

stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società in house lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3".

Per ciascun affidamento *in house*, le stazioni appaltanti sono tenute ad adottare un provvedimento motivato in cui diano conto dei *"vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche"*.

Questo onere di motivazione rafforzata viene attenuato per le prestazioni strumentali: in tal caso, *"il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici"*, con la precisazione che *"i vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato"*.

A tal proposito, nelle controdeduzioni, l'Amministrazione ha osservato che, *"dal punto di vista sostanziale, l'affidamento diretto alla ALES in regime in house non è soggetto ad un previo obbligo di verifica della congruità economica"*, come previsto dall'art. 1-ter, co. 1, del d.l. 21 settembre 2019, n. 104, convertito dalla l. 18 novembre 2019, n. 132, nella parte in cui esclude l'applicazione dell'articolo 7, co. 2, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici.

La suddetta disposizione detta una disciplina speciale per gli affidamenti *in house* del Ministero della Cultura alla Società ALES S.p.A., che trova fondamento nell'esigenza di ovviare alla carenza di personale, nelle more dell'espletamento delle *"procedure necessarie a soddisfare il fabbisogno di personale del Ministero da impiegare"* nelle *"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"*.

Segnatamente il comma 1 del suddetto art. 1-ter prevede: *"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 Spa 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 l'articolo 7, comma 2, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36".

In sintesi, nel caso in cui il Ministero della Cultura, *"verificata l'impossibilità di utilizzare il proprio personale dipendente"*, si avvalga della Società *in house* Ales S.p.A. per lo svolgimento delle suddette attività, la disposizione in rassegna esclude l'applicazione dell'articolo 7, co. 2, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici, che disciplina gli oneri motivazionali connessi al ricorso al modello dell'*in house*.

In forza di tale disposizione, in disparte ogni considerazione in ordine alla configurabilità delle prestazioni dedotte nel contratto come strumentali, l'Amministrazione non soggiace neppure all'onere di motivazione attenuato previsto per le prestazioni strumentali (per le quali *"il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici"*).

In una recente pronuncia (Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 22/2022/PREV), riguardante proprio la Società ALES, questa Corte ha prospettato profili di illegittimità costituzionale del menzionato art. 1-ter del d.l. n. 104/2019, *"nella misura in cui, a seguito delle modifiche recate dalla l. n. 178/2020, dispone la mancata applicazione, agli affidamenti in house alla suddetta Società dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (ora art. 7, co. 2, del Codice dei contratti pubblici), così escludendo gli affidamenti diretti disposti dal Ministero della cultura ad Ales dagli obblighi di preventiva valutazione della congruità economica dell'offerta del soggetto in house imposti dal Codice dei contratti pubblici e legittimati dalla successiva giurisprudenza*

costituzionale (Corte cost., sent. n. 100/2020) e amministrativa (Cons. di Stato, Sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102)“.

In questa prospettiva, la Sezione laziale ha evidenziato <<la disparità di trattamento, ai sensi degli artt. 3 e 41 della Costituzione, rispetto alle società in house degli altri Ministeri, tenuti, invece, a motivare il mancato ricorso al mercato e i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta; di qui, un regime irragionevole di favore, peraltro, non temporalmente limitato all'espletamento delle procedure concorsuali autorizzate dal d.p.c.m. 20 giugno 2019 indicate dalla norma, 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”, così da generare un potenziale vulnus anche ai principi sull'accesso all'impiego pubblico fissati dall'art. 97 della Costituzione>>.

Il Collegio condivide i dubbi manifestati dalla Sezione laziale, che si è astenuta dal sollevare la relativa questione per motivi attinenti all'assenza di rilevanza (in quanto l'Amministrazione aveva, spontaneamente, effettuato una valutazione sulla congruità economica dell'offerta) e all'assenza di “immediati profili di violazione dell'art. 81 della Costituzione sul piano della copertura finanziaria o dei possibili riflessi sugli equilibri del bilancio pubblico”.

Anche nel caso di specie, come risulta dagli atti del procedimento e dalle controdeduzioni trasmesse *in limine litis*, l'Amministrazione, pur essendo esonerata dall'onere motivazionale attenuato previsto per le prestazioni strumentali dall'art. 7, co. 2, del Codice, ha comunque effettuato, di propria iniziativa, una valutazione sui vantaggi in termini di economicità e di celerità derivanti dall'affidamento diretto alla Società *in house*, valutazione che priva di rilevanza un'eventuale questione di legittimità costituzionale.

6.3. Sull'esecuzione anticipata del contratto.

In ordine alle criticità derivanti dall'esecuzione anticipata del contratto, l'Amministrazione ha esposto una serie di argomenti a sostegno della necessità di garantire continuità nell'erogazione dei servizi dedotti nel

contratto, argomenti che in parte si collegano a quelli esposti nel paragrafo precedente.

Segnatamente, dalle controdeduzioni emerge come, con nota n. 789 - P del 21.2.2024, il Direttore del Parco abbia rappresentato la necessità e indifferibilità dell'inizio dei servizi nelle more della formalizzazione del contratto, senza soluzione di continuità rispetto alla scadenza del contratto Rep. n. 10 del 20.2.2023 (22.2.2024), evidenziando la *"oggettiva impossibilità, non dipendente dalle Parti di pervenire alla nuova stipula in tempo utile"*, in ossequio al principio di risultato, di cui all'art. 1 del d. lgs. n. 36/2023.

Al riguardo, l'Amministrazione ha precisato di soffrire di *"una grave carenza di personale, cui sopperisce attraverso l'apporto dei servizi affidati ad ALES. Di conseguenza, la suddetta esigenza di continuità deriva dall'obbligo del Parco di garantire il regolare espletamento delle attività istituzionali, aventi valenza di interesse pubblico, nonostante le oggettive difficoltà di assicurarle. Per l'anno in corso, questo istituto aveva preventivato la possibilità di ridurre notevolmente la spesa destinata ai servizi ALES, avendo contato sull'assunzione di nuovo personale. Nell'ultimo periodo, infatti, il MIC ha espletato plurimi concorsi. Purtroppo, però, le unità destinate al Parco sono entrate in servizio in misura minore – con un bilancio di meno 11 unità – rispetto al fabbisogno e con ritardo rispetto a quanto ipotizzato in sede di programmazione. In particolare, i concorsi hanno riguardato sia il personale di vigilanza sia gli assistenti amministrativi. Relativamente al personale di vigilanza, a fronte del fabbisogno di 14 unità, sono stati assunti solamente 4 dipendenti in quanto si sono verificate 10 rinunce; per quanto riguarda gli assistenti amministrativi, il decreto di assegnazione del nuovo personale al Parco è intervenuto con notevole ritardo: rispetto all'attesa per la fine del 2023, il provvedimento data solamente 18.3.2024 ed è, quindi, successivo alla contrattualizzazione con ALES. Inoltre, lo stesso ha riguardato solamente 4 nuove unità a fronte delle 5 previste. Non avendo ottenuto la destinazione di personale per quanto riferito, la SA ha fatto partire in data 12.1.2024 la procedura di interpello, che si è conclusa con esito negativo a fine gennaio 2024, consentendo finalmente una parametrizzazione compiuta del personale utilizzabile. Di conseguenza, questa SA ha dovuto far fronte alle proprie esigenze, rimodulando in più riprese il contratto con ALES proprio in ragione delle riferite rinunce e prevedendo, alla fine, un incremento di spesa*

destinato ai servizi ALES per l'omessa assunzione del personale suddetto. Questo ha comportato che solo a inizio febbraio è stata possibile la formulazione del programma dei servizi da affidare ad ALES e l'avvio della relativa procedura, anche tenuto conto della complessità della stessa e dell'obbligo di predisporre interpellanti, che hanno dilatato le tempistiche relative".

Muovendo dalle suddette premesse in punto di grave carenza di personale, l'Amministrazione ha precisato come "la sospensione dei servizi oggetto di affidamento, anche solo per un periodo limitato di tempo, avrebbe potuto pregiudicare gli obiettivi di fruizione e di tutela dei beni culturali connessi all'attività dell'Istituto, nonché l'espletamento delle funzioni istituzionali, con rischio di perdita di finanziamenti anche connessi agli obiettivi PNRR. Contra, proprio l'esigenza di assicurare il risultato in ossequio ai principi che informano il nuovo codice dei contratti ha suggerito di anticipare l'esecuzione, per non compromettere il buon andamento dell'ufficio e la relativa efficienza. Trattandosi, infatti, di servizi strumentali per il rafforzamento della capacità amministrativa e gestionale degli uffici del Parco e di supporto per le attività di tutela e conservazione dei beni archeologici e sottoposti a tutela, era inevitabile per lo scrivente Istituto dover chiedere alla ALES l'avvio anticipato dei servizi nelle more della stipula del contratto, al fine di evitare una pericolosa discontinuità che avrebbe avuto un impatto indubbiamente dannoso sia sull'azione amministrativa degli uffici che sui servizi al pubblico nelle aree archeologiche".

Ad ogni buon conto, il Parco archeologico ha dichiarato che "aveva già tempestivamente proceduto all'accettazione dell'offerta tecnica ed economica per i servizi oggetto di contratto, ritenuti congrui e soddisfacenti per le esigenze del Parco, con nota prot. 611 del 12 febbraio 2024. Tuttavia, non si è potuto procedere alla sottoscrizione immediata del contratto – avvenuta in data 27.2.2024 – in quanto il parere del Comitato per l'esercizio dell'attività di controllo analogo, necessario per consentire ad Ales S.p.A. la sottoscrizione detta e la contestuale assunzione delle unità aggiuntive, è intervenuto esclusivamente in data 26/02/2024 (MIC/MIC_DG-BI_SERV II|26/02/2024|0004881-P) e trasmesso in pari data a Questo istituto (prot. PAE n. 897-A del 26.2.2024)". A supporto di tali affermazioni, l'Ente ha trasmesso documentazione comprovante la suddetta ricostruzione della vicenda (note ALES prot. 1850 del 15-02-2024, nota DG Bilancio prot. 4881 del

26-02-2024, nota n. 789 -P del 21.2.2024, nota prot. 611 del 12 febbraio 2024; nota prot. 5248 del 29.11.2023 e Decreto MIC del 18.3.2024, recanti evidenza di quanto sopra).

In sintesi, secondo quanto dedotto dall'Amministrazione, alla base della scelta di procedere all'affidamento *in house* nei termini esposti vi è una *“grave carenza di personale, cui sopperisce attraverso l'apporto dei servizi affidati ad ALES”*.

Al fine di giustificare l'esecuzione anticipata del contratto, il Parco archeologico ha osservato come la sospensione dei servizi oggetto di affidamento, anche solo per un periodo limitato di tempo, *“avrebbe potuto pregiudicare gli obiettivi di fruizione e di tutela dei beni culturali connessi all'attività dell'Istituto, nonché l'espletamento delle funzioni istituzionali”*.

Trattandosi, infatti, di servizi strumentali per il rafforzamento della capacità amministrativa e gestionale degli uffici del Parco e di supporto per le attività di tutela e conservazione dei beni archeologici e sottoposti a tutela, *“era inevitabile”*, secondo quanto precisato nelle controdeduzioni, la richiesta ad ALES di avvio anticipato dei servizi nelle more della stipula del contratto, *“al fine di evitare una pericolosa discontinuità che avrebbe avuto un impatto indubbiamente dannoso sia sull'azione amministrativa degli uffici che sui servizi al pubblico nelle aree archeologiche”*.

Le controdeduzioni dell'Amministrazione atte a giustificare l'esecuzione anticipata del contratto impongono, tuttavia, ulteriori considerazioni relative al ricorso al modello dell'affidamento *in house* per le attività dedotte nel contratto oggetto di esame.

Dall'istruttoria è emerso, infatti, come una parte delle attività oggetto di affidamento *in house* alla Società ALES siano sovrapponibili a quelle ordinarie dell'Amministrazione, trattandosi di attività che avrebbe dovuto e dovrebbe essere svolta da personale dipendente e che, tuttavia, è stata affidata alla predetta Società a causa di una grave carenza di organico, cui non hanno posto rimedio i concorsi in atto o già espletati. Ciò si ricava dal documento tecnico-descrittivo denominato *“Disciplinare Tecnico - (Allegato*

A)”, cui l’art. 2 del contratto rinvia al fine di definire l’oggetto del contratto stesso.

In particolare, per ciò che concerne il *“progetto per il rafforzamento della capacità amministrativa e gestionale degli uffici”* (punto 5.2 del suddetto Disciplinare, come meglio dettagliato nel successivo punto 7), dall’esame delle prestazioni dedotte nel contratto emerge come una parte rilevante di esse consista in attività sovrapponibili a quelle ordinarie dell’Amministrazione.

È sufficiente, al riguardo, richiamare alcune delle principali attività in cui si sostanziano le prestazioni dedotte nel contratto stipulato con ALES.

Con riferimento all’area amministrativa gare e contratti, l’Ente affida ad ALES la gestione delle procedure amministrative relative alle gare e agli acquisti, con particolare riferimento a quelli centralizzati (secondo le indicazioni di dettaglio sviluppate nel punto 7, *“il servizio prevede il supporto tecnico giuridico alla predisposizione degli atti propedeutici e conseguenti all’espletamento delle gare ad evidenza pubblica per l’appalto di opere pubbliche, forniture e servizi e nella gestione dei contratti, dalla predisposizione della documentazione fino alla sottoscrizione e alla successiva registrazione e archiviazione degli stessi”*).

In ordine all’area contabile, oggetto di affidamento sono, in particolare, le verifiche amministrative e contabili inerenti ai diversi settori di interesse e la gestione dei pagamenti. Secondo quanto specificato nel punto 7, *“il progetto prevede l’erogazione di attività di supporto amministrativo contabile relativamente sia al controllo della documentazione contabile e all’inserimento di dati necessari ai pagamenti verso fornitori, sulla base dei capitoli di spesa già individuati dalla contabilità di stato, sia agli adempimenti relativi alla contabilità economica effettuati attraverso l'utilizzo di appositi sw in uso presso il Parco”*.

Per quel che concerne l’area risorse umane, il Parco archeologico affida alla Società *in house* una parte rilevante delle attività inerenti alla gestione del proprio personale. Segnatamente, il progetto prevede *“attività di supporto all’ufficio del personale, sia nell’aggiornamento dei dati relativi allo stato di servizio dei dipendenti dell’Istituto, sia per la gestione ed il conteggio delle competenze accessorie legate alla presenza, sia per l’avvio delle procedure per il calcolo degli*

importi pensionistici sull'apposito applicativo, inoltre, l'attività di supporto è finalizzata anche alla verifica del grado di raggiungimento degli obiettivi assegnati e di eventuali scostamenti rispetto alle previsioni".

Con riferimento all'area tecnico specialistica - settore valorizzazione, il servizio oggetto di affidamento *in house* contempla "attività di supporto alla Direzione, quali monitoraggio quotidiano della casella di posta elettronica, smistamento della posta agli uffici/utenti destinatari, supporto alla gestione della PEC, aggiornamento di indirizzari e gestione di appuntamenti e agenda del Direttore, nonché la gestione informatizzata dei flussi documentali dell'archivio".

Emerge con nitore come una parte rilevante delle prestazioni dedotte nel contratto e specificate nel Disciplinare consistano in attività - inerenti alla gestione del personale, alla gestione contabile e dei pagamenti, alla gestione delle procedure di gara e agli acquisti, alla gestione della posta e al suo smistamento, nonché all'archiviazione dei relativi dati - che l'Amministrazione avrebbe dovuto e dovrebbe svolgere con proprio personale, in quanto rientranti nell'ordinaria attività amministrativa di un soggetto pubblico.

Vero è che, come è stato detto in precedenza, l'art. 1-ter del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 104, convertito dalla l. 18 novembre 2019, n. 132, al comma 1, autorizza il Ministero della Cultura, *"verificata l'impossibilità di utilizzare il proprio personale dipendente, (...) ad avvalersi della società Ales Spa 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"* (comma così modificato dall'art. 1, comma 930, lett. a), b) e c), L. 30 dicembre 2020, n. 178, a decorrere dal 1° gennaio 2021 e, successivamente, dall'art. 10, comma 2, lett. a), D.L. 27 dicembre 2024, n. 201).

In sintesi, per quel che rileva in questa sede, la norma in parola, nella versione risultante dalle suddette modifiche, consente al Ministero della Cultura di avvalersi della società *in house* ALES per attività di supporto tecnico, amministrativo e contabile, nelle more dell'espletamento delle procedure concorsuali autorizzate ai sensi del DPCM 20 giugno 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.

Il perimetro delle attività dedotte nel contratto, risulta, tuttavia, di dubbia compatibilità con il mero "*supporto tecnico, amministrativo e contabile*", a carattere straordinario e transitorio, consentito dalla norma in parola, in quanto esse esprimono un'esigenza di funzionamento, stabile e fisiologica, che dovrebbe, invece, essere oggetto di programmazione ordinaria, con relativo reclutamento di personale mediante concorso pubblico.

Il "supporto" di ALES, alla luce di quanto specificato dall'Amministrazione nelle controdeduzioni a giustificazione dell'esecuzione anticipata del contratto, non è, in realtà, un mero supporto ma, stante la grave carenza di personale, assume la fisionomia di un contributo indispensabile e irrinunciabile per lo svolgimento dell'attività ordinaria del Parco archeologico di Ercolano.

La grave carenza di personale lamentata e documentata dall'Ente, infatti, trasforma quella che dovrebbe essere un'attività di mero supporto in una parziale sostituzione del personale di ALES a quello dell'Ente stesso nello svolgimento di funzioni amministrativo-contabili di competenza del Parco archeologico. È evidente che la cura dell'interesse pubblico affidato all'Amministrazione non può dipendere dallo stabile coinvolgimento di una Società, sia pure *in house*, nell'attività ordinaria e istituzionale dell'Amministrazione stessa.

Il citato art. 1-ter, peraltro, non identifica, un preciso arco temporale di vigenza dell'autorizzazione ad avvalersi di ALES, in quanto esso fa riferimento alle specifiche procedure concorsuali di cui al DPCM 20 giugno 2019, con l'individuazione comunque del limite del 31 dicembre 2025, a cui si

aggiunge il riferimento alle ulteriori procedure necessarie a soddisfare il fabbisogno di personale del Ministero da impiegare in tali attività. Quest'ultimo riferimento rende incerto il tempo di vigenza della suddetta autorizzazione, in quanto disancora la durata dell'autorizzazione ad avvalersi di ALES per le suddette attività dal puntuale riferimento a procedure in essere o già autorizzate. Il che aumenta i dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di tale disposizione.

Ad avviso del Collegio, pertanto, le criticità sopra riportate destano forti perplessità sul rispetto dei limiti al ricorso, da parte dell'Amministrazione, al modello dell'*in house providing*, stante l'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 (cfr. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 22/2022/PREV).

Il ricorso all'*in house* è utilmente evocabile nel caso in cui le attività oggetto di affidamento non siano sovrapponibili a quelle che rappresentano il *core business* dell'Amministrazione (cfr. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 22/2022/PREV), non potendo l'affidamento dei servizi in parola sopperire - peraltro per un tempo non puntualmente determinato - alla carenza di personale, il cui reclutamento deve essere oggetto di attività di programmazione e selezione pubblica (cfr. deliberazione n. 91/2023/PASP di questa Sezione). Ciò tenuto conto che, anche alla luce di quanto si dirà più avanti, va esclusa qualsiasi forma di equiparazione tra il personale del Ministero e quello di una società *in house*.

Al riguardo, questa Sezione intende dare continuità all'orientamento già espresso dai giudici contabili (Sezione regionale di controllo per il Lazio, deliberazione n. 22/2022/PREV), secondo cui *"lo stabile coinvolgimento di società in house in attività ordinarie e per esigenze contingenti mina il rispetto sostanziale dell'art. 97, comma 4, della Costituzione che individua nel pubblico concorso la forma generale e ordinaria di reclutamento del personale della pubblica amministrazione, quale strumento per assicurare efficienza, buon andamento ed imparzialità, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale (ex multis, sentt. nn.*

134/2014, 277/2013, 137/2013, 28/2013, 3/2013, 212/2012, 177/2012, 99/2012 e 293/2009) che ha ribadito, peraltro, tale necessità (sent. n. 40/2018) anche con specifico riferimento a disposizioni che prevedevano il passaggio automatico all'amministrazione pubblica di personale di società in house".

Come osservato dalla Sezione laziale nella mentovata pronuncia, infatti, il procrastinarsi della descritta situazione *"finisce con l'indebolire e depauperare ulteriormente la capacità amministrativa delle amministrazioni, senza intervenire strutturalmente, nel quadro dei principi costituzionali, sui sistemi di individuazione dei fabbisogni, pianificazione ed espletamento delle procedure di reclutamento, formazione/aggiornamento professionale e sviluppo delle carriere nel pubblico impiego"*.

Si tratta, invero, di problematica comune anche ad amministrazioni centrali, già stigmatizzata, in passato, da questa Corte in sede di controllo preventivo di legittimità (*ex multis*, Sezione centrale legittimità, deliberazione n. SCCLEG/9/2020/PREV), anche nei rapporti tra Ministero della cultura e Ales (*ex multis*, Sez. centr. legittimità, note di avvertenza del 3 novembre 2020, nn. 2094 e 2096), 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.

Per tutto quanto precede, in aggiunta i dubbi connessi al rispetto del principio del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi (art. 97, co. 4, Cost.), il ricorso a società *in house* per funzioni ordinarie, con il rischio di discontinuità e dispersione delle conoscenze acquisite, oltre a non rispondere in modo stabile ai fabbisogni professionali del soggetto pubblico, appare in contrasto con il principio di buon andamento dell'*agere* pubblico (art. 97, co. 2, Cost.), *"inteso come canone di necessaria autosufficienza della struttura organizzativa ministeriale in vista della realizzazione degli obiettivi fissati dalla legge, tanto più a fronte della crescente complessità dell'attività amministrativa e della conseguente, maggiore qualificazione richiesta alle risorse umane"*.

La situazione descritta appare favorita anche da norme quali quella contenuta all'art. 1-ter, comma 1, del d.l. n. 104/2019 che, si pone, con ogni evidenza, ai limiti della legittimità costituzionale nella misura in cui realizza,

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 specifici contributi economici per gli anni dal 2019 al 2025.

In tale contesto, il Collegio ritiene di superare, solo per evidenti motivi di correttezza amministrativa e all'esito degli ulteriori elementi emersi in sede di adunanza, i rilievi prospettati sul decreto in esame, tenuto anche conto delle esigenze di interesse pubblico, di ordine sociale e culturale, legate alla continuità amministrativa delle attività del Parco archeologico.

Resta fermo che le norme dettate dall'art. 1-ter, ove dovessero vedere ulteriormente esteso nel tempo il proprio raggio di applicazione, disancorato da un preciso limite temporale, conferirebbero carattere di stabilità al coinvolgimento della Società *in house* in attività ordinarie dell'Amministrazione, con dubbi in ordine alla legittimità costituzionale di tale disposizione rispetto ai parametri di cui all'art. 97, commi 2 e 4, Cost.

6.4. Sulla verifica dei requisiti.

Questo Ufficio di controllo, come è stato detto, nel foglio di rilievo ha chiesto al Parco archeologico di Ercolano di specificare se avesse proceduto, prima dell'affidamento diretto, alla verifica dei requisiti di ordine generale e speciale nei confronti della società *in house*.

L'Amministrazione ha fornito riscontro ai suddetti rilievi con una serie di argomenti tesi ad escludere la necessità di procedere alle suddette verifiche, in ragione del difetto di terzietà tra Società *in house* ed Ente socio e della qualificazione di ALES come impresa pubblica, oltre che del suo inserimento nel c.d. elenco ISTAT.

Con un primo ordine di argomenti, l'Amministrazione deduce che, *"sotto il regime del precedente Codice dei contratti pubblici, l'art. 5 comma 1 del d. lgs. 50/2016, escludeva espressamente l'affidamento diretto in house dall'applicazione del Codice stesso"*, mentre *"il nuovo Codice, d. lgs. n. 36/2023, colloca l'affidamento diretto in house in una diversa prospettiva, non più sotto la rubrica di un contratto escluso ma come espressione compiuta del principio di auto-organizzazione*

amministrativa, assimilando questa tipologia di affidamento all'autoproduzione di servizi, comunque nel solco della precedente elaborazione comunitaria, come modello alternativo alle procedure di affidamento al mercato, rette dalle regole del Codice medesimo".

Ciò premesso e *"in mancanza di una disciplina esplicita come pure di orientamenti giurisprudenziali o dell'ANAC", l'Amministrazione "ha ritenuto di non dover procedere alla verifica dei requisiti di ordine generale nei confronti della ALES in quanto è stato lo stesso MiC - di cui il Parco Archeologico è un ufficio dotato di autonomia giuridica - a procedere alla nomina dei vertici del proprio organo in house".*

A supporto di tale conclusione, il Parco archeologico richiama l'orientamento espresso dall'ANAC in materia di tracciabilità dei flussi finanziari. Al riguardo, l'Ente precisa che la stessa ANAC ha escluso l'affidamento diretto *in house* dall'ambito di applicazione della normativa in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, poiché tali disposizioni *"non trovano applicazione in quanto non risultano integrati gli elementi costitutivi del contratto d'appalto (per difetto del requisito della terzietà)".*

Nell'economia del ragionamento dell'Amministrazione, essendo *"riconosciuto dall'ANAC il difetto dell'elemento della terzietà tra affidante e affidatario, o meglio, ribaltando la prospettiva, essendovi una sostanziale coincidenza tra le parti del contratto in house tale che l'affidatario può essere considerato un'appendice (non a caso si è sempre usato il termine longa manus) o un'espressione dell'Amministrazione affidante, che le attribuisce una delegazione interorganica di funzioni amministrative, è stata riconosciuta quindi anche l'esclusione della normativa in materia di tracciabilità dei flussi finanziari".*

Il medesimo ragionamento, ad avviso dell'Amministrazione, in un contesto di silenzio della legge, della giurisprudenza e dell'Autorità di regolazione, dovrebbe quindi potersi fare anche a proposito dell'applicazione dell'articolo 99 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

A ciò si aggiunga, secondo l'Ente, che il suddetto articolo *"va calato nel contesto delle procedure di evidenza pubblica ed è immediatamente percepibile come mal si collochi l'affidamento in house e dei suoi presupposti, assolutamente speciali,*

in siffatto contesto, rispetto al quale non si può non cogliere un rapporto di specialità/eccezionalità. Lo stesso strumento principe per la verifica dei requisiti di ordine generale, il Fascicolo virtuale dell'operatore economico, d'altra parte potrebbe essere attivato solo utilizzando quel Codice CIG (Codice Identificativo di Gara) che a sua volta è lo strumento principale di applicazione della normativa in materia di tracciabilità dei flussi finanziari, la cui applicazione abbiamo dovuto comunque escludere ai sensi di quanto sopra".

Sempre nelle controdeduzioni ai rilievi, l'Amministrazione precisa che "non può non applicarsi la medesima ratio a proposito della verifica di cui all'articolo 100 del Codice, ossia della verifica dei requisiti di ordine speciale, ovvero in ordine: a) all'idoneità professionale; b) alla capacità economico-finanziaria; c) alla capacità tecnico-professionale, anche perché: a) la prima è determinata dall'Amministrazione affidante stessa, che ha delimitato l'oggetto sociale dell'organo in house in quanto Socio Unico; b) la seconda è, allo stesso modo, oggetto di continua verifica nonché di approvazione da parte dell'Amministrazione affidante stessa, in sede di approvazione del bilancio di esercizio; c) parimenti, anche la terza è una situazione che non potrebbe non essere conosciuta dall'Amministrazione affidante, in quanto unica destinataria dell'attività svolta dal proprio organo in house. Tuttavia, prendendo atto della natura molteplice (e frammentata sul territorio) del MiC, la Direzione Generale Bilancio, in quanto esercitante i diritti del Socio Unico, ha emesso il Decreto direttoriale rep. 18 del 24.01.2017, ove è fatto obbligo alla ALES di corredare le proprie offerte con un documento da cui risulti l'elenco dei principali servizi resi all'Amministrazione (vedasi allegato 6 all'offerta di ALES prot. 13289 del 19.12.2023) ad attestare la propria capacità tecnico-professionale".

Un secondo ordine di argomenti, tesi a confutare la necessità di procedere alle verifiche sul possesso dei requisiti, si fonda sulla qualificazione di ALES come impresa pubblica e sul suo inserimento nell'elenco delle amministrazioni pubbliche incluse nel conto economico consolidato, individuate ai sensi dell'art. 1, co. 2, della legge n. 196/2009 (c.d. elenco ISTAT).

Al riguardo, l'Ente osserva che "i controlli di cui agli artt. 99 e 100 del nuovo Codice sono espressamente prescritti nei confronti degli operatori economici, tra i quali questa amministrazione non ritiene di poter annoverare la ALES spa, che

possiede, invece, tutti i requisiti per essere qualificata come impresa pubblica, secondo quanto indicato dalla lettera f dell'art. 1 dell'All.I.1 del d. lgs n.36/2023".

6.4.1. Questa Sezione ritiene che le controdeduzioni dell'Amministrazione valgano solo in parte a superare i rilievi formulati in sede istruttoria, per le ragioni di seguito esposte.

Il primo argomento su cui sono impennate le controdeduzioni dell'Amministrazione verte sul difetto di terzietà tra Società *in house* ed Ente pubblico socio.

L'eccezione formulata dal Paro archeologico impone di soffermarsi sulla nozione di controllo analogo alla luce della giurisprudenza più recente.

In ordine al requisito del controllo analogo, preme rilevare che l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia (v. sentenza 11 gennaio 2005, C-26/2003, Stadt Halle; sentenza 13 ottobre 2005, C-458/2003, Parking Brixen) e di legittimità registra una progressiva specificazione della nozione, *"nel senso di una sua non assoluta e perfetta coincidenza o sovrapposizione (a partire da un dato anche lessicale, posto che analogo non è sinonimo di identico) con il controllo esercitato dall'ente pubblico sui propri organi ed uffici interni, a favore di una più marcata sua identificazione nella fattispecie di influenza determinante sulle linee strategiche e sulle decisioni fondamentali della società"* (cfr., Cass., Sez. Unite, ordinanza 8/01/2024, n. 567).

In particolare, secondo la giurisprudenza di legittimità, *"non può essere accolta una nozione di controllo analogo esercitata dall'ente pubblico sulla società in house tale da declassare la società di capitali a mera articolazione interna dell'ente pubblico, del tutto priva di autonomia e sottoposta all'identico potere gerarchico esercitato dall'amministrazione sugli uffici dipendenti. Osta a tale interpretazione la previsione come analogo del controllo, con ciò intendendosi propriamente affermare che tale controllo non è uguale ma semplicemente simile a quello esercitato dall'ente pubblico sui propri servizi gestiti direttamente". Inoltre, "una interpretazione del controllo analogo, tale per cui la società in house risulti assoggettata ad un potere di direzione gerarchica, indistinguibile da quello esercitato dall'ente pubblico sulle proprie articolazioni interne, appare incompatibile con i principi di autonomia patrimoniale e attribuzione della personalità giuridica che il Codice civile riconosce alla società di*

capitali” (cfr., Cass., Sez. Unite, 8 luglio 2020, n. 14236; Cass., Sez. Unite, 8 febbraio 2023, n. 3869).

In altri termini, il controllo analogo non è un controllo assoluto come su un pubblico ufficio, né un controllo gerarchico, trattandosi del controllo di un soggetto esterno e rimasto distinto, a ben guardare, da quello controllato. *“Ne consegue ontologicamente la limitazione dell’obiettivo del controllo alle decisioni fondamentali del soggetto così controllato, ovvero a quelle riconducibili alle linee strategiche e alle più importanti scelte operative, in modo tale quindi da incidere sulla complessiva governance dell’attività della società in house, per tenere in conto e preservare le finalità pubbliche che comunque la permeano”* (Cass., Sez. Un., 28 giugno 2022, n. 20632; in questa prospettiva si muove anche Cass., Sez. Un., 26 maggio 2023, n. 14776).

Secondo la Corte di cassazione, *“il punto di equilibrio - rilevabile nel tipo di condizionamento indotto sulle linee strategiche e le scelte operative fondamentali della società - va posto tra un controllo che, da un lato, non si esaurisca in quello ordinario e che, dall’altro, neppure si identifichi necessariamente in una soggezione assoluta e totalmente riproduttiva dei modelli di comando interni alla P.A., il che priverebbe di rilievo, in pratica, la stessa autonomia e personalità giuridica di diritto privato della società”* (in questi termini Cass., Sez. Un., 28 giugno 2022, n. 20632).

In altre pronunce la Corte di cassazione ha affermato che *“la posizione dell’ente pubblico partecipante all’interno della società è unicamente quella di socio in base al capitale conferito, non essendogli consentito d’influire sul funzionamento della società attraverso l’esercizio dei suoi poteri pubblicistici e non essendo il legame partecipativo assimilabile ad una relazione interorganica, neppure nel caso in cui sia previsto il c.d. controllo analogo, mediante il quale l’azionista pubblico è in grado di esercitare un’influenza dominante sulla società partecipata, giacché tale controllo non comporta un’alterazione della natura privata della società, né incide, sotto il profilo giuridico-formale, sulla distinzione tra l’ente pubblico partecipante e l’ente privato societario, il quale resta pur sempre un centro autonomo d’imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive, diverso dall’ente partecipante”* (cfr. Cass., Sez. I, 9/04/2024, n. 9593; 22/02/2019, n. 5346).

Muovendo da queste premesse ermeneutiche, si è ritenuto che la società a partecipazione pubblica esercente un'attività commerciale possa essere assoggettata a fallimento, ove ne ricorrano i presupposti, senza che assuma alcun rilievo, in senso contrario, la circostanza che la stessa risulti affidataria di servizi d'interesse pubblico o gestisca beni di natura demaniale, non creandosi in tal modo un rapporto d'immedesimazione organica, idoneo ad escluderne la sottoposizione alla procedura concorsuale (cfr. Cass., Sez. I, 28/03/2023, n. 8794). In proposito, si è osservato che, mentre l'art. 1 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 esclude dall'area della concorsualità gli enti pubblici, le società pubbliche restano assoggettate alle norme del codice civile (cfr. art. 4, comma tredicesimo, del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 135, e art. 1, comma terzo, del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), nonché a quelle sul fallimento, sul concordato preventivo e sull'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (cfr. art. 14 d.lgs. n. 175 del 2016), aggiungendosi che vanno respinte le suggestioni dirette alla compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui all'art. 4 della legge 20 marzo 1975, n. 70, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo (cfr. Cass., Sez. I, 7/02/2017, n. 3196). Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza di legittimità circa la fallibilità delle società *in house* sono estensibili anche alla disciplina introdotta dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (cfr. d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), nel senso di considerare l'opzione per lo strumento societario privatistico rilevante al fine dell'assunzione dei rischi connessi all'eventuale insolvenza della società e, conseguentemente, le società *in house* assoggettabili alla liquidazione giudiziale.

La sussistenza di un rapporto d'immedesimazione con l'ente pubblico è stata, inoltre, esclusa in riferimento ai rapporti di lavoro del personale dipendente della società, i quali rimangono assoggettati alla disciplina del lavoro privato (cfr. Cass., Sez. lav., 22/03/2018, n. 7222), ed ai profili di carattere fiscale, relativamente ai quali è stata riconosciuta la sussistenza di un autonomo titolo giuridico per la deduzione di costi e la detrazione dell'IVA anche per le

operazioni poste in essere con l'ente partecipante (cfr. Cass., Sez. V, 29/07/2021, n. 21658).

Infatti, come chiarito anche da questa Sezione, il transito del personale di una società *in house* nell'organico di un soggetto pubblico non può essere realizzato senza il previo espletamento di una procedura selettiva non riservata, ma aperta al pubblico; invero, tale trasferimento comporta comunque un passaggio di *status* – da dipendenti privati a dipendenti pubblici – che non può avvenire in assenza di una prova concorsuale aperta al pubblico (deliberazione n. 206/2024).

In definitiva, può dirsi che l'esistenza di un rapporto di alterità giuridica tra la società a partecipazione pubblica e l'ente pubblico partecipante costituisce un dato ormai acquisito nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui tale affermazione «*non è incisa dall'eventualità del controllo analogo*» (Cass. n. 5346/2019).

Su tale linea ermeneutica sembra collocarsi anche la giurisprudenza amministrativa, che giunge a negare l'attivabilità del giudizio di ottemperanza di una sentenza del G.O. nei confronti di una società *in house*. Più precisamente, si è osservato che la scelta di perseguire l'interesse pubblico attraverso lo strumento privatistico comporta, in ogni caso, che queste assumono i rischi connessi alla loro insolvenza, anche ai fini dell'assoggettabilità a fallimento, pena la violazione dei principi di uguaglianza e di affidamento dei soggetti che con esse entrano in rapporto e attesa la necessità del rispetto delle regole della concorrenza, che impone parità di trattamento tra quanti operano all'interno di uno stesso mercato con identiche forme e medesime modalità. Dunque, l'equiparazione delle società *in house* agli enti pubblici opera soltanto nelle ipotesi specificamente previste dalla legge, potendosi fare riferimento, ad esempio, all'art. 12 TUSP, in tema di responsabilità amministrativo – contabile. Può, pertanto, affermarsi che per il legislatore non esiste nel nostro ordinamento un *tertium genus* di società, oltre le società private e gli enti pubblici economici, cui applicare uno speciale statuto, con la conseguenza che le società *in house* vanno equiparate alle prime anche ai fini delle modalità di esecuzione delle sentenze del

giudice ordinario, con conseguente preclusione del ricorso al rito dell'ottemperanza (Tar Sicilia, Palermo, n. 1660/2021).

Un'indicazione di tale tenore proviene anche dalla giurisprudenza contabile in sede consultiva, la quale ha chiarito che la scelta della P.A. di acquisire partecipazioni in società di diritto comune, quand'anche si tratti di società *in house*, implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta: in primo luogo, in caso di società di capitali, quelle dell'autonomia patrimoniale e della limitazione di responsabilità. Ravvisata, pertanto, l'esistenza di un'alterità soggettiva tra una P.A. e un proprio ente *in house*, la Corte dei conti ritiene che possa escludersi il ricorso alla procedura di riconoscimento del debito fuori bilancio dell'ente locale in presenza di debiti originati da provvedimenti giudiziari adottati direttamente nei confronti della società stessa. Pertanto, l'eventuale sostegno economico erogato da un ente locale ad una società *in house* in siffatta ipotesi appare inquadrabile nella fattispecie dell'accollo di debiti altrui, che l'ente potrebbe deliberare, nell'ambito delle proprie scelte discrezionali, con le ordinarie procedure di cui all'art. 191 TUEL. Chiaramente, il principio di economicità richiede che l'ente dia conto delle ragioni di vantaggio e di utilità che supportano tale operazione contrattuale, tali da giustificare la perdita del beneficio del limite legale della responsabilità da parte della pubblica amministrazione (Corte dei conti, Sez. Reg. contr. per il Lazio, parere n. 14/2021).

Sulla scia di questo indirizzo, l'autonoma soggettività giuridica di cui sono dotate le società *in house* rispetto agli enti pubblici che vi partecipano ha consentito al giudice ordinario di ritenere configurabile un rapporto contrattuale tra la società *in house* e l'ente pubblico socio, riconducibile alla nozione di transazione commerciale di cui al d.lgs. n. 231/2002, con riconoscimento alla società *in house* degli interessi moratori per ritardato pagamento previsti dal predetto decreto, in relazione ai crediti maturati dalle società *in house*, affidatarie in via diretta dei servizi, nei confronti delle amministrazioni controllanti (Corte di Appello di L'Aquila, 19/05/2023, n. 749).

Traendo le fila del ragionamento, l'evoluzione giurisprudenziale della nozione di controllo analogo ci restituisce un controllo che, da un lato, non si esaurisce in quello ordinario e che, dall'altro, neppure si identifica in una soggezione assoluta e totalmente riproduttiva dei modelli di comando interni alla P.A., il che priverebbe di rilievo, in pratica, la stessa autonomia e personalità giuridica di diritto privato della società.

A tale orientamento, questa Sezione ritiene di dare continuità.

Il controllo che una pubblica amministrazione esercita su un organismo societario non può mai essere identico al controllo esercitato sui propri uffici, perché l'alterità soggettiva, che sussiste anche in caso di controllo analogo, implica una sfera di autonomia che è certamente diversa dall'autonomia del funzionario all'interno di una struttura amministrativa caratterizzata da unicità soggettiva.

Per tali ragioni, ad avviso del Collegio, il difetto di terzietà non può essere addotto dal Parco archeologico di Ercolano per giustificare la mancata verifica del possesso dei requisiti di cui si discorre.

Come è stato detto, l'esistenza di un rapporto di alterità giuridica tra la società a partecipazione pubblica e l'ente pubblico partecipante costituisce un dato ormai acquisito nella giurisprudenza di legittimità e condiviso da questa Sezione. Il controllo analogo consente di procedere all'affidamento diretto, senza necessità di espletare una procedura di evidenza pubblica per la selezione del contraente privato, ma non oblitera l'esistenza di un'alterità soggettiva tra società partecipata ed ente partecipante, che *“non è incisa dall'eventualità del controllo analogo”* (Cass. n. 5346/2019). I due soggetti – *“quello pubblico e quello privato societario”* – rimangono distinti sul piano giuridico-formale: *“la società in house rappresenta pur sempre un centro di imputazione di rapporti e posizioni giuridiche soggettive diverso dall'ente partecipante”* (Cass. n. 5346/2019).

Da queste premesse si dipana la soluzione della questione attinente alla necessità o meno di procedere alla verifica dei requisiti di ordine generale e speciale nei confronti delle società *in house*.

Al riguardo, questa Sezione ritiene di distinguere tra requisiti soggettivi di ordine generale di onestà e affidabilità morale (assenza di condanne penali, di misure di prevenzione antimafia, di violazioni tributarie, di violazioni in materia contributiva o di sicurezza sul lavoro) e requisiti oggettivi di ordine speciale attinenti all'idoneità professionale, alla capacità economica e finanziaria e alle capacità tecniche e professionali. Questi ultimi dovrebbero necessariamente sussistere in una società *in house* costituita al precipuo fine di gestire determinati servizi: non avrebbe senso, e sarebbe foriera di responsabilità erariale, la costituzione di un organismo *in house* destinato ad essere affidatario diretto di determinati servizi, se tale organismo non avesse i requisiti di ordine tecnico, economico e professionale per svolgere quei servizi.

Il che conduce ad affermare che l'idoneità economica, tecnica e professionale dell'organismo societario dovrebbe essere oggetto di verifica a monte, nel momento in cui viene assunta la decisione di costituire (o assumere una partecipazione in) una società *in house* per svolgere determinati servizi: non avrebbe senso, infatti, la costituzione di una società *in house*, che nasce per essere affidataria diretta di determinati servizi e che poi non sia in grado, sotto il profilo della capacità tecnica e della solidità economica, di garantirne lo svolgimento. Spetta al socio pubblico o ai soci pubblici dell'ente *in house* garantire - sia in fase genetica, sia durante la vita dell'organismo societario - che quest'ultimo mantenga sempre intatta la capacità di svolgere i servizi per cui è stato costituito. Ciò vale a maggior ragione nei casi, come quello in esame, in cui l'Amministrazione affidante è l'unica destinataria dell'attività svolta dalla società *in house*.

Il che giustifica una sorta di presunzione di idoneità tecnica, economica e professionale ma non oblitera l'esigenza di garantire, in concreto, un costante controllo da parte dell'Amministrazione sulla capacità dell'organismo societario *in house* di svolgere i servizi oggetto di affidamento diretto.

Ciò, peraltro, trova conferma nelle affermazioni dell'Amministrazione che, per comodità espositiva, si riportano: "*prendendo atto della natura molteplice (e frammentata sul territorio) del MiC, la Direzione Generale Bilancio, in quanto*

esercitante i diritti del Socio Unico, ha emesso il Decreto direttoriale rep. 18 del 24.01.2017, ove è fatto obbligo alla ALES di corredare le proprie offerte con un documento da cui risulti l'elenco dei principali servizi resi all'Amministrazione (vedasi allegato 6 all'offerta di ALES prot. 13289 del 19.12.2023) ad attestare la propria capacità tecnico-professionale".

Diversamente, con riferimento ai requisiti soggettivi di ordine generale non può ritenersi sussistente, ad avviso del Collegio, alcuna presunzione. Trattasi di requisiti che vanno verificati in concreto, di volta in volta, non potendosi escludere a priori che anche una società *in house* incorra, ad esempio, in violazioni tributarie, contributive o in materia di sicurezza del lavoro.

Al riguardo, appare opportuno precisare che i componenti degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico, ai sensi dell'art. 11 del d. lgs. n. 175/2016, *"salvi gli ulteriori requisiti previsti dallo statuto"*, devono possedere *"i requisiti di onorabilità, professionalità e autonomia stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa in Conferenza unificata ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281"*.

L'applicazione di tale disciplina, la cui osservanza va comunque verificata in concreto, dovrebbe consentire di escludere la rilevanza, con riferimento alle società *in house*, di determinate cause di esclusione (automatiche e non automatiche) inerenti all'assenza di condanne penali e di misure di prevenzione antimafia (art. 94, commi 1 e 2), poiché i requisiti di onorabilità e professionalità degli amministratori dovrebbero essere oggetto di verifica a monte in base alla suddetta normativa. Spetta al socio o ai soci pubblici, ovviamente, assicurare il costante controllo sulla sussistenza dei suddetti requisiti.

Diversamente, sussistono ulteriori fattispecie che devono costituire oggetto di puntuale verifica, in sede di affidamento, da parte dell'Amministrazione, in quanto, in linea di principio, anche le società *in house* potrebbero incorrere, a titolo meramente esemplificativo, in *"violazioni gravi, definitivamente accertate, degli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali"* (causa di esclusione automatica *ex art. 94, co. 6, del Codice*),

ovvero in “*gravi infrazioni, debitamente accertate con qualunque mezzo adeguato, alle norme in materia di salute e di sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi (...)*” (causa di esclusione non automatica ex art. 95, co. 1, lett. a); o, ancora, in “*gravi violazioni non definitivamente accertate agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse o contributi previdenziali*” (causa di esclusione non automatica ex art. 95, co. 2, del Codice).

Tali requisiti soggettivi vanno verificati, pertanto, alla stessa stregua di quanto avviene nei confronti degli operatori economici che partecipano ad una procedura di evidenza pubblica. Ovviamente, nel caso di affidamento *in house*, l’insussistenza di tali requisiti non opera come causa di esclusione automatica (art. 94 d. lgs. n. 36/2023) o non automatica (art. 95 d. lgs. n. 36/2023), in quanto manca per definizione una procedura di gara da cui escludere un operatore economico. Nel caso di specie, invece, si verifica una causa ostativa all’affidamento diretto per insussistenza dei requisiti soggettivi.

Diversamente argomentando, si dovrebbe ritenere che una società *in house* possa essere affidataria diretta di un servizio anche in presenza di gravi violazioni della suddetta normativa, mentre, nelle medesime condizioni, un operatore economico dovrebbe essere escluso dalla procedura di gara, con evidente disparità di trattamento.

È vero che nella logica del nuovo Codice l’affidamento *in house* è espressione del principio di autoorganizzazione, alla cui stregua gli enti pubblici possono liberamente organizzarsi per offrire servizi alla collettività o per reperire le prestazioni di cui hanno bisogno per esercitare le funzioni ad essi demandate, senza essere obbligati a ricorrere al mercato. Ciò, tuttavia, non sposta i termini del ragionamento. Non sembra revocabile in dubbio, infatti, che la scelta, legittima in presenza dei relativi presupposti (art. 7, commi 1 e 2 del codice e art. 16 del TUSP), di ricorrere all’affidamento *in house* depauperi il monte contrattuale a disposizione degli operatori economici.

Peraltro, un affidamento diretto ad un soggetto carente dei requisiti di ordine generale compromette l'interesse pubblico alla corretta esecuzione della prestazione.

Anche alla luce di tali argomenti, non sembra congruo e ragionevole che tale affidamento diretto avvenga a favore di un soggetto che risulta privo di requisiti morali; requisiti che, invece, qualunque operatore economico dovrebbe possedere per non incorrere in una causa di esclusione (automatica o non automatica) dalla gara. Una diversa conclusione, peraltro, sarebbe foriera di una disparità di trattamento, che non trova giustificazione nell'istituto dell'*in house*, che, come è stato precisato dalla giurisprudenza di legittimità, non oblitera l'alterità soggettiva tra ente socio e società; sarebbe, altresì, contraria all'interesse dell'amministrazione ad affidare e a far eseguire i servizi di cui necessita ad un soggetto che possenga i requisiti di onestà e affidabilità morale prescritti dalla legge.

Alla stregua di tali argomenti di carattere sistematico, il Collegio ritiene che, quando la pubblica amministrazione stipula un contratto per l'affidamento di un servizio (discorso analogo vale per lavori e forniture) – avvenga ciò all'esito di una procedura competitiva di evidenza pubblica volta alla selezione del privato contraente ovvero in virtù di un affidamento diretto ad un operatore economico (nei casi di contratti di valore inferiore alle soglie indicate nell'art. 50 del Codice) o ad una società *in house* (ai sensi dell'art. 7 del Codice) – debba sempre accertare che il soggetto con cui sta contrattando non sia incorso, *inter alia*, in violazioni della normativa dettata in materia tributaria, contributiva o di sicurezza sui luoghi di lavoro.

Né varrebbe obiettare che, nel caso dell'affidamento *in house*, non si realizzerebbe una fattispecie contrattuale ma una mera delegazione interorganica, in quanto tale affermazione è smentita dalla giurisprudenza che, in virtù dell'autonoma soggettività giuridica di cui sono dotate le società *in house* rispetto agli enti pubblici che vi partecipano, ritiene pacificamente configurabile un rapporto contrattuale tra la società *in house* e l'ente pubblico socio, riconducibile alla nozione di transazione commerciale di cui al d.lgs. n. 231 del 2002, e ammette financo il riconoscimento alla società *in house* degli

interessi maggiorati per ritardati pagamenti del socio pubblico previsti dal predetto decreto (Corte di Appello di L'Aquila, sentenza n. 749 del 19/05/2023).

Alla luce delle osservazioni che precedono, questa Sezione ritiene che la sussistenza dei presupposti dell'*in house* giustifichi l'affidamento diretto del servizio nel quadro del principio di autoorganizzazione sancito dall'art. 7 del nuovo Codice ma non obliteri l'esigenza che la controparte contrattuale possieda quei requisiti soggettivi di ordine generale, la cui assenza impedirebbe a qualsiasi operatore economico di essere affidatario di un servizio.

Si tratta, ad avviso del Collegio, di requisiti necessari per poter contrattare con la p.a., che operano nei confronti di tutti i soggetti che pongano in essere fattispecie negoziali con un'amministrazione. Sarebbe arduo sostenere, infatti, che il rispetto della legalità - che il legislatore esige dalle controparti contrattuali della pubblica amministrazione, ai fini dell'affidamento di commesse pubbliche - non debba poi valere per le società sottoposte a controllo analogo.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, i suddetti requisiti *"devono essere posseduti, senza soluzione di continuità, dall'operatore economico dalla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ma anche successivamente, fino alla aggiudicazione e alla data di stipulazione del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso"* (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 21 luglio 2017, n. 3614).

L'unica differenza rispetto all'ipotesi di selezione del contraente mediante procedura competitiva risiede nella circostanza che la loro mancanza, nel caso dell'affidamento diretto, non opera come causa di esclusione dalla gara (stante l'assenza di gara) ma come fattore impeditivo all'affidamento stesso e alla stipulazione del contratto.

Resta fermo che, qualora dovesse configurarsi tale fattore ostativo, potrebbe profilarsi una fattispecie di responsabilità erariale, *ex art. 12 TUSP*, dei rappresentanti dell'ente socio e degli amministratori della società *in house*, che, non adottando le iniziative necessarie ad assicurare il costante rispetto

della suddetta normativa, abbiano impedito all'amministrazione di avvalersi dell'organismo societario appositamente costituito per gestire *in house* un determinato servizio, precludendo all'ente pubblico l'esercizio di tale opzione organizzativa.

Si potrebbe obiettare che l'affidamento *in house* rientra tra i c.d. contratti esclusi dall'applicazione del Codice (sia del vecchio che del nuovo Codice) ma neanche tale argomento, ad avviso del Collegio, appare dirimente.

Come eccepito dall'Amministrazione nelle controdeduzioni, il vecchio Codice (art. 5, co. 1, d. lgs. n. 50/2016) *"escludeva espressamente l'affidamento diretto in house dall'applicazione del Codice stesso"*, sebbene l'art. 4 declinasse comunque una serie di principi (di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica) applicabili anche all'affidamento dei contratti pubblici esclusi dal suo ambito oggettivo di applicazione.

L'art. 2, lett. m) dell'allegato I.1. al nuovo Codice definisce contratti esclusi, *"i contratti previsti dalla Sezione II del Capo I del Titolo I della direttiva n. 2014/23/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, dalla Sezione 3 del Capo I del Titolo I della direttiva 2014/24/UE, dalla Sezione 2 del Capo I del Titolo I della direttiva 2014/25/UE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, che non rientrano nel campo di applicazione del codice"*, mentre l'art. 13, co. 2, nel delimitarne l'ambito di applicazione, stabilisce che *"le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto"*. Il comma 5 dell'art. 13 prevede che l'affidamento dei contratti esclusi *"che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3"* (ossia dei principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato).

In ragione del richiamo operato dal suddetto art. 2 alle disposizioni euro-unitarie (artt. 17 della direttiva n. 2014/23/UE per le concessioni e art. 12 della direttiva n. 2014/24/UE per gli appalti), tra i contratti esclusi figurano anche gli appalti aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice a una

persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, “quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata”.

Dunque, la sussistenza dei requisiti dell'*in house* giustifica la sottrazione del contratto dall'applicazione del regime normativo dettato dal Codice. Il che sembrerebbe, *prima facie*, precludere l'applicazione degli artt. 94 e ss. del Codice alle ipotesi di affidamento *in house*, con esclusione della necessità di procedere alla verifica dei requisiti di ordine generale e speciale.

Al riguardo, questa Sezione ritiene utile soffermarsi sulla distinzione tra affidamento diretto del contratto e affidamento *in house*.

Secondo la definizione fornita dall'art. 3, co. 1, lett. d), del menzionato allegato I.1, per “affidamento diretto”, si intende “l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice”, mentre per “affidamento *in house*” (lett. e), si intende “l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato definita dall'articolo 2, comma 1, lettera o), del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e alle condizioni rispettivamente indicate dall'articolo 12, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva

24/2014/UE e dall'articolo 17, paragrafi 1, 2 e 3 della direttiva 23/2014/UE, nonché, per i settori speciali, dall'articolo 28, paragrafi 1, 2 e 3, della direttiva 24/2014/UE”.

Ad avviso del Collegio, l'affidamento *in house* è una *species* del più ampio *genus* “affidamento diretto”, segnatamente è una forma di affidamento diretto che si contraddistingue per la natura *in house* del soggetto affidatario, che vale ad escludere la necessità di una gara.

In entrambi i casi si configura un affidamento diretto, senza procedura di gara: nel caso degli affidamenti diretti in senso stretto, l'assenza di gara è giustificata dalla circostanza che il valore del contratto si attesta sotto una determinata soglia (art. 50 del Codice), il che ha indotto il legislatore a semplificare la scelta del contraente; nel caso dell'affidamento *in house*, l'obliterazione della gara dipende dalla natura del soggetto affidatario, sul quale l'amministrazione esercita un controllo più penetrante di quello che normalmente può essere esercitato in base al diritto societario, circostanza che colloca tale scelta nell'alveo del principio di autoorganizzazione.

Traendo le fila del ragionamento, ad avviso del Collegio, il rispetto dei requisiti generali e speciali - richiamati dall'art. 3, co. 1, lett. d), allegato I.1. al Codice con riferimento agli affidamenti diretti in senso stretto - trova applicazione anche nel caso degli affidamenti *in house*, che costituiscono una forma di affidamento diretto, come emerge dal tenore della successiva lett. e), che configura l'affidamento *in house* come “l'affidamento di un contratto di appalto o di concessione effettuato direttamente” in presenza di determinate condizioni e dall'art. 16, co. 1, TUSP, a mente del quale “le società *in house* ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo (...)”.

Resta ferma, per il resto, l'esclusione dell'istituto dell'*in house* dall'ambito di applicazione del Codice.

Diversamente argomentando, potrebbe profilarsi una questione di legittimità costituzionale della suddetta normativa, nella parte in cui non prevede che i requisiti di ordine generale debbano essere posseduti anche dalla società *in house*, per evidente disparità di trattamento rispetto a qualsiasi altra società, che nelle medesime condizioni sarebbe esclusa dall'accesso alle commesse

pubbliche, oltre che per la compromissione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, derivante dall'affidamento di un servizio e dalla destinazione di risorse pubbliche ad un soggetto carente dei requisiti soggettivi. Tale conclusione è avvalorata dalla considerazione che - secondo la giurisprudenza di legittimità, dalla quale non sussistono ragioni per discostarsi - *“non può essere accolta una nozione di controllo analogo esercitata dall'ente pubblico sulla società in house tale da declassare la società di capitali a mera articolazione interna dell'ente pubblico”*.

Del resto, numerose disposizioni del codice confermano che i requisiti di cui all'art. 94 e seguenti sono necessari per poter contrattare con la p.a. e operano nei confronti di tutti i soggetti che pongano in essere fattispecie negoziali con un'amministrazione, anche qualora vengano in rilievo contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito oggettivo di applicazione del Codice o affidati senza procedura di gara.

L'art. 56 (concernente gli *“Appalti esclusi nei settori ordinari”*), al comma 2, prevede che *“le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano anche al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto degli articoli 94, 95 e 98”*.

L'art. 128 del Codice detta disposizioni particolari attinenti ai c.d. *“servizi alla persona”* e, al comma 7, tra le disposizioni applicabili anche a tale fattispecie, richiama, fra le altre, gli artt. 94, 95, 98, 99, 100, 101. Parimenti, con riferimento ai contratti nel settore dei beni culturali, l'art. 134 (rubricato *“contratti gratuiti e forme speciali di partenariato”*) detta una particolare disciplina per i contratti di sponsorizzazione e richiama gli artt. 94, 95, 97 e 100 in ordine alla verifica dei requisiti degli esecutori e della qualificazione degli operatori economici.

Con riferimento agli appalti nei settori speciali, l'art. 167, comma 1, lett. c), per la selezione dei partecipanti e delle offerte nelle procedure di scelta del contraente in tali settori, prevede che *“salvo quanto stabilito dagli articoli 168 e*

169, è accertata l'assenza delle cause di esclusione previste dagli articoli 94, 95, con riferimento agli accordi internazionali elencati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98 ed è richiesta la documentazione prevista dall'articolo 99”.

Da questa breve e non esaustiva rassegna normativa può ricavarsi un principio generale alla cui stregua, al di là della disciplina applicabile, il soggetto che aspira a contrarre con la pubblica amministrazione deve collocarsi nell'orbita del rispetto della legalità (di tale principio sono espressione anche le ipotesi di divieto di contrattare con la pubblica amministrazione previste dall'articolo 9, co. 2, lett. c), del d. lgs. n. 231/2001, e dall'art. 14 del d. lgs. n. 81/2008).

Nella medesima direzione depongono anche i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato, che operano anche per i contratti esclusi, in particolare per gli affidamenti *in house*, in virtù del richiamo espresso operato dagli artt. 13, co. 5, e 7, co. 2, del Codice.

Il principio del risultato impone alle stazioni appaltanti di perseguire l'obiettivo dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione “*con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”.

Non sembra revocabile in dubbio che l'assenza di requisiti soggettivi in capo alla società *in house*, da un lato, crea tensione con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza (nella cui cornice deve inserirsi il risultato), dall'altro, allontana l'amministrazione dal raggiungimento dell'obiettivo di stipulare il contratto e poi di eseguirlo con un soggetto moralmente serio ed affidabile.

Parimenti, non può esserci fiducia reciproca, ai sensi dell'art. 2 del Codice, nel caso in cui l'ente *in house* sia privo dei requisiti soggettivi, per avere, ad esempio, commesso gravi violazioni che impedirebbero a qualsiasi operatore economico di essere affidatario di contratti pubblici.

Analogamente, l'affidamento *in house* ad un soggetto privo dei requisiti soggettivi, potenzialmente, preclude l'accesso al mercato di operatori

economici in possesso dei requisiti stessi, con lesione anche del principio divisato dall'art. 3 del Codice.

Per le suddette ragioni, il Collegio ritiene praticabile un'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata delle suddette disposizioni, al fine di dare al testo legislativo un significato compatibile con il parametro costituzionale *"nel limite di tolleranza ed elasticità dell'enunciato"* (cfr. Cass. S.U., 28 gennaio 2021, n. 2061).

È noto, infatti, come la Corte costituzionale sanzioni con la declaratoria di inammissibilità o manifesta inammissibilità (cfr., *ex multis*, Corte cost., sentenza n. 456/1989) le questioni incidentali sollevate dal giudice *a quo* senza farsi carico dell'onere di ricercare, preventivamente, un'interpretazione adeguatrice *secundum constitutionem*.

Prive di pregio risultano anche le ulteriori argomentazioni prospettate dal Parco archeologico di Ercolano al fine di escludere la necessità di procedere alla verifica dei requisiti di ordine generale.

Non rileva, infatti, nella fattispecie, la nozione di impresa pubblica, a cui si estende l'obbligo della gara nei settori c.d. speciali o esclusi (gas, energia termica, elettricità, acqua, servizi postali, servizi di trasporto, sfruttamento di area geografica); impresa pubblica che, normalmente, non è tenuta all'osservanza dell'evidenza pubblica in quanto opera secondo logiche di mercato. L'assoggettamento nei settori esclusi si spiega come un'eccezione giustificata dalla presenza, in questi settori, di particolari interessi pubblici, che altera le condizioni di concorrenza in cui l'impresa pubblica normalmente opererebbe.

Parimenti, non coglie nel segno l'argomento che fa leva sull'inserimento della Società ALES nel c.d. elenco ISTAT.

Al riguardo, giova precisare che la definizione delle politiche dell'Unione europea e il monitoraggio delle economie degli Stati membri richiedono informazioni comparabili, aggiornate e affidabili sulla struttura dell'economia e l'evoluzione della situazione economica di ogni Stato membro. Il Sistema europeo dei conti economici (o «SEC») è, pertanto, lo strumento statistico e il dispositivo giuridico che l'Unione europea ha

adottato per assicurare un'informazione paragonabile sulla struttura delle economie degli Stati membri e sul loro sviluppo. La maggior parte degli aggregati statistici usati nel quadro della *governance* economica dell'Unione, in particolare nelle procedure per i disavanzi eccessivi e gli squilibri macroeconomici, sono definiti in riferimento al SEC. Segnatamente, l'obiettivo che ha indotto il legislatore comunitario a prevedere l'inserimento di soggetti nell'elenco in questione risiede nella necessità di predisporre annualmente il conto economico consolidato, nell'ambito della procedura sui deficit eccessivi, regolata dal Trattato di Maastricht, come esplicitamente disposto dal Regolamento CE n. 549 del 21 maggio 2013.

L'attuale sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea - c.d. SEC 2010 - è stato istituito con regolamento n. 549/2013/UE del 21 maggio 2013. I criteri utilizzati per la classificazione delle unità nei settori istituzionali definiti dal SEC 2010 sono di natura statistico-economica. In particolare, il SEC 2010 definisce il settore delle amministrazioni pubbliche includendo al suo interno, oltre alle amministrazioni in senso stretto, anche entità che, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, producono beni e servizi non destinabili alla vendita e sono controllate da amministrazioni pubbliche. Nel perimetro di consolidamento rientrano esclusivamente le operazioni economiche poste in essere, nel corso di un esercizio, dalle unità istituzionali che rientrano nel settore delle amministrazioni pubbliche in base ai suddetti parametri.

Come è noto, l'art. 1, commi 2 e 3, della legge 31 dicembre 2009, n. 196 (*"Legge di contabilità e finanza"*) affida all'ISTAT il compito di effettuare, annualmente, la ricognizione delle amministrazioni pubbliche sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea (Regolamento Ue n. 549/2013 - SEC 2010 e *Manual on Government Deficit and Debt - Implementation of ESA 2010*).

Considerato le suddette finalità sottese all'inserimento di un soggetto all'interno del c.d. elenco ISTAT, appare chiaro come la circostanza che la Società ALES sia inclusa nel predetto elenco e rientri nel perimetro di

consolidamento non assuma rilievo ai fini della risoluzione della questione in esame.

In tal senso si è espressa anche la Corte di cassazione, la quale ha osservato che l'inclusione di un ente nell'elenco ISTAT, sulla base di criteri natura statistico-economica dettati dalla necessità di armonizzare, indipendentemente dalla forma giuridica assunta, i sistemi della finanza pubblica a livello Europeo assume rilievo soltanto ai fini dell'assoggettamento dell'ente a determinate regole di bilancio, nonché ai controlli contabili tipici delle pubbliche amministrazioni, in attuazione degli artt. 81 e 97 Cost. (Cass. civ., Sez. Un., n. 10244/2021).

Le norme che disciplinano la formazione del predetto elenco non fanno altro che confermare, la nozione dinamica e funzionale di pubblica amministrazione, nel senso che il concetto di ente pubblico muta a seconda dell'istituto o del regime normativo che deve essere applicato.

Alla luce delle considerazioni che precedono, questa Sezione ritiene che, nel caso di specie, il Parco archeologico di Ercolano avrebbe dovuto procedere alla verifica dei suddetti requisiti soggettivi prima di sottoscrivere il contratto con la Società *in house* ALES.

Mette conto evidenziare che l'Amministrazione, in sede di contraddittorio, ha comunque dimostrato la sussistenza, nel caso di specie, dei suddetti requisiti, di talché, ad avviso del Collegio, si può ritenere conseguito, in concreto, l'obiettivo sotteso alla verifica dei requisiti stessi. Il che induce a escludere la necessità di reiterare la procedura di affidamento, il cui esito sarebbe il medesimo, per ragioni di buon andamento dell'attività amministrativa (art. 97, comma 2, Cost.) e in ossequio al principio del risultato (che trova applicazione anche con riguardo ai contratti esclusi e, in particolare, agli affidamenti *in house*, in virtù del richiamo operato dagli artt. 7, co. 2, e 13, co. 5, del Codice).

PQM

La Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Campania

- ammette al visto e alla conseguente registrazione, per le ragioni esposte in parte motiva, il decreto in epigrafe;

- dispone che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura della Segreteria della Sezione, all'Amministrazione interessata.

Così deciso in Napoli, nella camera di consiglio del 13 giugno 2024.

L'Estensore
(Emanuele Scatola)

Il Presidente
(Massimo Gagliardi)

Depositata in Segreteria il
27 gennaio 2025
Il Direttore della Segreteria
Dott. Giuseppe Imposimato