

**PRINCIPIO DELL'OPERATORE ECONOMICO DI MERCATO (MEOP)
ED AIUTI DI STATO NEGLI APPALTI PER IL SETTORE CULTURALE**

di Aurelio Bruno

Il presente saggio affronta il tema dell'applicazione degli aiuti di Stato ai lavori di scavo, restauro, impianti ed opere per la fruizione, etc., affidati a mezzo di contratti di appalto¹ nel settore culturale e si articola in 6 paragrafi. In essi sono riportati l'analisi del panorama normativo sugli aiuti di stato in materia culturale (par. 1) e l'analisi delle pronunce della Commissione Europea (par. 2). Prosegue, poi, con l'esposizione dell'applicazione del principio trattato del MEOP al settore degli appalti e della possibilità di applicare la normativa sugli aiuti di Stato al settore (par. 3), ed ancora con l'esposizione della fattibilità dell'applicazione della detta normativa al settore del Public Private Partnership, nei diversi istituti previsti dalla Parte III e dalla Parte IV del D.Lgs 50/16, in quanto attività economica (par. 4). Infine, le considerazioni finali al paragrafo 5.

ANALISI DEL PANORAMA NORMATIVO

Le norme cardine che regolano oggi la materia degli aiuti di Stato sono gli articoli 107-109 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). In particolare, l'articolo 107 TFUE, nel suo primo comma, fissa un chiaro ed ampio divieto alle misure che costituiscono aiuti di stato, prevedendo letteralmente: "Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza". Ai sensi dell'art. 107, le condizioni che debbono dunque sussistere per aversi aiuti di Stato sono: l'origine statale dell'aiuto (aiuto concesso dallo Stato o mediante risorse pubbliche); l'esistenza di un vantaggio a favore di talune imprese o produzioni; l'esistenza di un impatto sulla concorrenza; l'idoneità ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri.

I menzionati criteri sono cumulativi e devono pertanto essere soddisfatti tutti affinché il sostegno si configuri come aiuto di Stato. Ne consegue che se uno dei criteri non è soddisfatto, il sostegno pubblico non costituisce un aiuto di Stato.

1 "CORTE DEI CONTI EUROPEA "Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati", N.09 2018, pag. 13 definisce gli appalti come "contratti con cui enti pubblici nazionali, regionali e locali, o organismi di diritto pubblico, acquistano prodotti, servizi e opere pubbliche quali strade e edifici"

Rientrano tra gli aiuti compatibili, ai sensi dell'art. 108, paragrafo 3.d del TFUE, le misure adottate dagli Stati membri per promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio culturale *quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell'Unione in misura contraria all'interesse comune*.

Con sentenza sul caso Leipzig-Halle del dicembre 2012, sul tema la Corte di Giustizia UE stabilì che i gestori di infrastrutture in PPP (partenariato pubblico privato) svolgono in linea di principio un'attività economica e che, pertanto, nel momento in cui ricevono fondi pubblici per costruire una nuova infrastruttura o ampliare infrastrutture esistenti, sono beneficiari di aiuti di Stato².

La Commissione Europea con documento Ares (2012)834142 – 01/08/2012, poco dopo, segnalò la *“possibile presenza di aiuti di Stato nei progetti infrastrutturali in PPP!..per musei e monumenti storici più grandi che godono di fama internazionale ... ove non è possibile escludere un effetto sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati Membri. La valutazione dipende dall'effettiva/potenziale capacità di attrarre visitatori stranieri”*³.

Il legislatore europeo, a quel punto, è dovuto intervenire disciplinando il finanziamento pubblico delle infrastrutture e delle attività culturali nell'ambito del Regolamento UE n. 651/2014 relativo ad alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato.

Seppure il regolamento autorizza la copertura della mancanza di copertura finanziaria (cosiddetto *funding gap*), con il finanziamento integrale delle attività culturali, dall'altro, ha stabilito per la prima volta l'applicabilità delle regole degli aiuti di Stato e della concorrenza al settore culturale, applicazione prima ristretta al *“settore dell'industria creativa”* come quella degli audiovisivi, per esempio.

Nel caso non si possa escludere l'aiuto, l'art.53 del Regolamento UE 651/2014, ha, comunque, previsto la non necessità delle notifiche per alcuni investimenti, definiti *“in regime di esenzione”*. L'articolo ha previsto un elenco di situazioni il cui finanziamento può costituire aiuto di Stato in regime di esenzione tale da comprendere qualsiasi attività in campo culturale (*musei, siti archeologici, monumenti, archivi, biblioteche, teatri, sale da concerti, spazi culturali e artistici, il*

2 R.VUILLERMOZ Attuazione della normativa europea sugli aiuti di Stato - La sentenza Leipzig-Halle sugli aiuti alle infrastrutture aeroportuali Venezia 11 ottobre 2013. La Corte ha accertato la natura commerciale dell'infrastruttura da realizzare, atteso che la costruzione della nuova pista non poteva essere dissociata dalla gestione delle strutture aeroportuali, costituente una attività economica, e non era collegata, in quanto tale, all'esercizio di prerogative dei pubblici poteri. La Corte disponeva che qualsiasi infrastruttura destinata ad essere sfruttata a fini commerciali (trattavasi di un accordo per la realizzazione di una nuova pista tra organismi di diritto pubblico e la società DHL contemplante contributi, lettera di patronage, l'assicurazione alla DHL di operare ininterrottamente sulla suddetta pista e che almeno il 90% dei trasporti aerei da o per la DHL potessero essere effettuati in qualsiasi momento a partire da detta pista) costituisce di per sé una attività economica: di qui l'applicazione delle norme in materia di stato in relazione alle sue modalità di finanziamento.

3 BRUNO A. “Aiuti di stato nella cultura” pubblicato il 17 dicembre 2018 su “www.diritto.it”, pag. 1

patrimonio immateriale, compresi i costumi e l'artigianato del folclore tradizionale, attività di educazione culturale e artistica, programmi educativi e di sensibilizzazione del pubblico).

L'articolo riguarda gli aiuti agli investimenti, compresi gli aiuti per la creazione o l'ammodernamento delle infrastrutture culturali, ed al funzionamento. La soglia di notifica prevista è per investimenti per la cultura e la conservazione del patrimonio € 100 milioni per progetto; per il funzionamento la soglia è di € 50 milioni, per impresa per anno (poi innalzati rispettivamente a 150 mln e 75 mln⁴). Per contro, il 72° considerando del medesimo regolamento ha, tuttavia, ristretto il campo ammettendo che il finanziamento in campo culturale può “*non comportare aiuti di Stato qualora non riguardi un'attività economica o quando non incida sugli scambi intracomunitari*”.

Se è il caso di *attività economica o che incida sugli scambi intracomunitari*, gli Stati Membri possono, se ritengono, invocare un SIEG, ovvero l'applicazione della normativa in materia di Servizi di Interesse Economico Generale. In tal caso si applicherebbero i principi della comunicazione SIEG⁵, tratti dalla sentenza Altmark⁶, de minimis⁷, Decisione 21/2012⁸). In caso di notifica, la Commissione farà la valutazione della compatibilità con il mercato interno sulla base della Comunicazione SIEG e del summezionato Articolo 107(3)(d) del TFUE.

Ovvero, se da una parte il regolamento all'articolo 53 fa diventare aiuti di Stato esenti da comunicazione, in pratica, tutte le attività culturali, il considerando 72 ne restringe il campo di applicazione alle sole attività economiche e a quelle distorsive degli scambi tra Stati⁹.

Con la Comunicazione 262/16¹⁰ la Commissione Europea è stata chiamata a declinare ed interpretare le specifiche previsioni del Regolamento UE 651/2014.

4 Regolamento (UE) n. 1084/2017 (GUCE del 20/06/2017 serie L 156/1) che modifica il regolamento (UE) n. 651/2014

5 Comunicazione del 20 novembre 2007 sui servizi di interesse economico generale [COM(2007)725]

6 La Commissione nella recente Comunicazione del 20 novembre 2007 sui servizi di interesse economico generale ha sviluppato le indicazioni elaborate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia (in particolare la fondamentale sentenza Altmark del 2003) e da una serie di altri documenti della Commissione. Per criteri Altmark s'intendono le condizioni indicate dalla sentenza della Corte di giustizia in base alle quali la compensazione per un servizio d'interesse economico generale non dovrebbe essere considerata aiuto di Stato. In breve: i) l'attività deve essere un servizio d'interesse economico generale e i suoi compiti ed obblighi chiaramente definiti; ii) i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione dei costi del servizio pubblico devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; iii) la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire i costi del servizio nonché un margine di utile ragionevole per l'adempimento di tali obblighi (ossia nessuna sovracompensazione); e iv) la compensazione è determinata in base a una procedura di appalto pubblico oppure, se tale procedura non ha luogo, la compensazione dell'impresa incaricata dell'esecuzione degli obblighi di servizio pubblico deve essere terminata sulla base di un'analisi dei costi di un'impresa media gestita in modo efficiente.

7 **Regolamento UE 1407/2013**

8 Decisione della Commissione, 2012/21/UE del 20 dicembre 2011, riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [notificata con il numero C(2011) 9380]

9 BRUNO A. “Aiuti di stato...”, ibidem, pag. 5

10 Nel linguaggio europeo la comunicazione 262/16 è definita NOA (nozione di aiuto di Stato)

Al punto 197 par. b) della Comunicazione 262/2016, la Commissione interpreta l'ultima parte del succennato Considerando 72 scrivendo: *“la Commissione ritiene che solo il finanziamento concesso a istituzioni ed eventi culturali di grande portata e rinomati che si svolgono in uno Stato membro e che sono ampiamente promossi al di fuori della regione d'origine rischia di incidere sugli scambi tra gli Stati membri”*.

La Comunicazione restringe, dunque, ulteriormente il perimetro di applicazione della normativa sugli aiuti di Stato nel settore culturale ai soli eventi culturali e alle istituzioni che svolgono attività economiche per come reso chiaro dall'incipit dello stesso punto b) che si rivolge a *“cultural events and entities performing economic activities”*¹¹.

La Commissione al punto 34 della Comunicazione 262/2016, sviluppando il tema di cui al 72° Considerando, scrive che *“talune attività concernenti la cultura, o la conservazione del patrimonio e della natura possono essere organizzate in modo non commerciale e, quindi, possono non presentare un carattere economico. Pertanto è possibile che il finanziamento pubblico di tali attività non costituisca aiuto di Stato”*. Ed ancora *“La Commissione ritiene che il finanziamento pubblico di attività legate alla cultura e alla conservazione del patrimonio¹² accessibili al pubblico gratuitamente risponda a un obiettivo esclusivamente sociale e culturale che non riveste carattere economico¹³. Nella stessa ottica, il fatto che i visitatori di un'istituzione culturale o i partecipanti a un'attività culturale o di conservazione del patrimonio (compresa la conservazione della natura), accessibile al pubblico siano tenuti a versare un contributo in denaro che copra solo una frazione del costo effettivo non modifica il carattere non economico di tale attività, in quanto tale contributo non può essere considerato un'autentica remunerazione del servizio prestato”*.

11 “Nell’analisi della Commissione è da notare che non appaiono dubbi circa la potenziale incidenza sul commercio intracomunitario di aiuti ai musei per grandi eventi che sono capaci di attrarre un pubblico internazionale”, cfr, la nota 71 del testo Unioncamere Veneto Eurosportello Veneto “Manuale sugli aiuti di stato per le camere di commercio venete ed enti controllati”, di BELLATI, CEVESE, SANTORO, LA BARBERA, 2014

12 Con decisione su aiuto n. NN 43/2007 del 30 aprile 2008, la Commissione ha dichiarato compatibile col trattato un aiuto concesso dalla Repubblica Ceca ai musei pubblici che organizzano importanti mostre. Trattavasi di un fondo di garanzia creato dal Ministero della Cultura al fine di pagare eventuali danni agli oggetti di maggior valore esposti nelle mostre (a partire da circa 4.000 euro). Posto che, a detta dell’autorità ceca, i costi di assicurazione rappresentavano oltre il 50% del totale dei costi di organizzazione delle mostre, il fondo pubblico consentiva un notevole risparmio ai musei che organizzano eventi di grande rilievo. Secondo la Commissione la misura esaminata consentiva di preservare il patrimonio culturale nazionale senza alterare le condizioni degli scambi e della concorrenza in misura contraria all’interesse comune. Inoltre la Commissione ha sottolineato positivamente che la garanzia riguardava solo oggetti di valore superiore a 4000 euro circa, per cui l’aiuto era mantenuto al livello minimo necessario.

13 Nella sopracitata decisione 20 dicembre 2006 su aiuto n. N 497/06, la Commissione ha precisato che l’aiuto in questione sarebbe stato compatibile, in quanto la beneficiaria avrebbe svolto nella sede teatrale prevalentemente attività culturale, come concerti e rappresentazioni teatrali. Ai sensi dell’art. 151(4) [ora 167 (4) TFUE] la Comunità deve tener conto degli aspetti culturali nell’azione che svolge a norma di altre disposizioni del trattato. Gli aiuti in esame non parevano condizionare gli scambi in misura contraria al comune interesse. L’incidenza sugli scambi non poteva che essere minima, l’importo si avvicinava alla nuova soglia de minimis, e l’aiuto spalmato sul numero di eventi avrebbe comportato una sovvenzione media di circa 5.000 euro, quindi non molto alta.

Finiamo l'esame del punto approfondendo l'esame delle attività definite "economiche" tout court.

Il punto 35 della Comunicazione 262/2016 afferma: *"Dovrebbero invece essere considerate attività di carattere economico le attività culturali o di conservazione del patrimonio (compresa la conservazione della natura) (...) prevalentemente finanziate dai contributi dei visitatori o degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali (ad esempio, cinema, spettacoli musicali e festival a carattere commerciale (...))"*¹⁴.

Per come evidente i punti della Comunicazione 262/16 sopra esaminati si rivolgono esclusivamente ad attività e non a lavori di restauro di beni culturali e fanno un elenco, di tipo esemplificativo, che comprende *"cinema, spettacoli musicali e festival a carattere commerciale"*¹⁵.

Il termine "attività culturali" potrebbe comprendere alcune delle attività di servizio al pubblico di cui all'art.117, comma 2 punto g) del D.Lgs 42/04 e smi, la cui gestione è effettuata con le attività di valorizzazione regolate dall'art.112 e 115 del D.Lgs 42/04¹⁶.

Ancora una volta è però la stessa Comunicazione a restringere il campo: il cpv 207 della Comunicazione 262/16 fa sì, anzi, che un eventuale finanziamento per servizi aggiuntivi al pubblico ex-art.117 C.b.c., accessorio appunto a beni culturali restaurati, non incida in alcun modo negli scambi tra stati. L'ultimo periodo del cpv 207 infatti recita: *"Inoltre la Commissione ritiene che di norma il finanziamento pubblico concesso per servizi comunemente aggiuntivi a infrastrutture (come ristoranti, negozi o parcheggi a pagamento) che sono quasi esclusivamente utilizzate per attività non economiche non abbia, generalmente, alcuna incidenza sugli scambi tra Stati membri in quanto è improbabile che tali servizi attraggano clienti da altri Stati membri e che il loro finanziamento abbia un'incidenza più che marginale sugli investimenti o sullo stabilimento*

14 A.AMELOTTI, ibidem, pag. 43: "Attività finanziate prevalentemente (>50%) dai contributi dei visitatori/utenti o attraverso altri mezzi commerciali (quali ad es. cinema, esposizioni ed eventi musicali commerciali) - Attività che favoriscono esclusivamente alcune imprese e non il pubblico in generale (ad es. il restauro di un edificio storico utilizzato da un'impresa privata)". L'ultimo caso relativo ad infrastrutture private per fini privati non interessa questo saggio relativo alle sole attività pubbliche di tutela, valorizzazione e fruizione dei beni culturali pubblici.

15 "In materia di aiuti alla cultura e conservazione del patrimonio, la Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato del 19 maggio 2016 ha consentito di fare importanti passi avanti, grazie soprattutto alla pressione del ministero, aprendo la strada alla corretta collocazione - fuori dal mercato - della tutela e valorizzazione dei beni culturali pubblici. In particolare, gli interventi a favore della tutela, gestione e conservazione del patrimonio culturale non costituiscono aiuti di Stato nei casi in cui gli interventi rientrano nelle funzioni essenziali dello Stato o sono connessi a queste funzioni; quando gli interventi non sono prevalentemente finanziati da contributi dei visitatori o degli utilizzatori o da altri mezzi commerciali; quando gli interventi riguardano beni infungibili; quando l'utilizzo economico è puramente ancillare. Ma mentre si è riusciti ad aprire una breccia in tema di così dette "infrastrutture culturali", non si è riusciti a togliere dal campo di applicazione degli aiuti di Stato le FLS. Lo spettacolo resta un'attività eminentemente economica di mercato, nella logica dell'Unione europea, e rimane, dunque, assoggettato al controllo in tema di aiuti di Stato, sia pur in forma semplificata", tratto da P.CARPENTIERI "Diritto e spettacolo dal vivo Il diritto amministrativo dell'eccellenza musicale italiana: l'organizzazione e il finanziamento delle fondazioni lirico-musicali", SU Aedon numero 3, 2018, issn 1127-1345

16 G.SCIULLO "I percorsi della valorizzazione Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali" in Aedon n. 2, 2009

transfrontaliero”.

Rimarrebbe fuori dal regime di non applicazione solo una parte delle attività riassunte al punto g) del comma 2 dell'art. 117 C.B.C. (“organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali”), ovvero, appunto, le attività di “*cinema, spettacoli musicali e festival a carattere commerciale*”¹⁷.

PRONUNCE DELLA COMMISSIONE EUROPEA SUGLI AIUTI DI STATO IN MATERIA CULTURALE

Come visto sopra il considerando 72 e la successiva Comunicazione 261/116 (NOA) restringono il raggio di azione della normativa sugli aiuti di stato alle sole attività economiche ed, in particolare, a quelle dello spettacolo. Nulla dicono sui lavori. Vediamo ora se vi sono riferimenti ai lavori nelle pronunce in materia di aiuti di Stato fatte dalla Commissione.

I pochi interventi della Commissione adottati causa notifiche di alcuni Stati membri, riferite peraltro ad infrastrutture di carattere locale, hanno finito per stabilire una valutazione di compatibilità (giacché proprio locali), ovvero una valutazione che attesta l'assenza di aiuti di Stato¹⁸.

Nel caso relativo al National Heritage Memorial Fund (NHMF)¹⁹ il pubblico concedeva aiuti finanziari per mezzo di prestiti, voucher e fondi perduti per attività di restauro di edifici pubblici e privati. La Commissione ha riconosciuto, comunque, la compatibilità degli aiuti per le spese di

17 “ Il Baldi precisa, però, che “non è aiuto di Stato il finanziamento di eventi artistici o culturali, spettacoli, festival, mostre e altre attività analoghe che non abbiano un intento commerciale, ma rientrino nell'offerta di servizi che la pubblica autorità propone ai cittadini ed a tutte le persone che si trovano nel territorio di propria competenza, anche se provenienti da altri paesi. In definitiva, le attività il cui finanziamento può comportare la presenza di aiuti di Stato sono quelle esemplificate dalla Commissione nel documento citato: esposizioni commerciali, cinema, spettacoli musicali e festival a carattere commerciale; e, per quanto riguarda le infrastrutture, certi spazi che vengono finanziati prevalentemente con gli incassi da eventi a carattere squisitamente o prevalentemente commerciale”, di C.E.BALDI “Finanziamento della cultura e regole di concorrenza. Nuove prospettive dal ripensamento della Commissione europea” in AEDON 2018, 3, pag. 3. La Nota a piè pagina n.50 della Comunicazione precisa ancora che il finanziamento pubblico non rientra tra le norme in materia di aiuti di Stato per infrastrutture usate quasi esclusivamente per attività non economiche. La Commissione ritiene che non ha effetto sugli scambi il finanziamento pubblico concesso per servizi comunemente aggiuntivi a infrastrutture utilizzate per attività non economiche. Nello specifico – non ha incidenza alcuna sugli scambi il finanziamento pubblico concesso ai servizi forniti nell'ambito di attività culturali e di conservazione del patrimonio (per esempio - negozi, bar, guardaroba di un museo). Tanto a condizione che l'uso economico rimanga puramente accessorio, che l'attività sia direttamente connessa all'utilizzo dell'infrastruttura o necessaria o intrinsecamente legata al suo uso principale (non economico). Condizione soddisfatta se le attività economiche necessitano degli stessi fattori produttivi delle attività principali (non economiche), cfr, A.AMELOTTI, ibidem, pag. 46

18 Ibidem, C.E.BALDI in AEDON 2018, 3, pag. 3

19 NN 11/2002 – United Kingdom, Individual Cases of application Based on the National Heritage Memorial Fund (27/05/2003, C(2003) 661 def.

restauro con la normativa sugli aiuti²⁰, mentre ha avanzato riserve sugli aiuti relativi al “patrimonio intangibile”, tema che, comunque, non interessa questa analisi.

In un altro caso relativo alla Regione Sardegna la Commissione riconosce che il regime di aiuti stabilito dall'Ente, su base annuale per un periodo di tempo illimitato, per finanziare l'allestimento di musei di interesse locale nella Regione autonoma della Sardegna, misura notificata in favore dei musei, non costituisce aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87(1) del trattato CE. Trattavasi di ristrutturazione e riadattamento di locali destinati a musei, in vista dell'allestimento di esposizioni di oggetti di valore culturale; restauro, conservazione e manutenzione degli oggetti esposti; sistemazione scientifica e didattica dei reperti nonché attività promozionali volte ad aumentare la sensibilizzazione del pubblico rispetto alle attività museali²¹.

Anche in questo caso, dunque, è stata esclusa l'applicabilità della normativa sugli Aiuti di Stato per interventi di restauro, ristrutturazione e riadattamento di beni culturali in titolarità pubblica.

Con decisione del 15 dicembre 2012, aiuto n. N 606/2009, Olanda, la Commissione ha autorizzato circa 400 milioni di euro di aiuti olandesi destinati al restauro e alla conservazione dei monumenti storici: il regime escludeva che i fondi pubblici potessero essere destinati a favore delle attività commerciali eventualmente svolte in questi edifici, essendo limitati esclusivamente alla conservazione degli immobili. La Commissione ha stabilito che, in questo tipo di sussidi, è probabile che non sia soddisfatta la condizione dell'incidenza sul commercio interno, tuttavia la Commissione ha precisato che in ogni caso tali aiuti rientrano nella deroga di cui all'art. 107, 3, d, essendo destinati alla protezione del patrimonio culturale nazionale senza alterare le condizioni degli scambi e della concorrenza nel mercato interno in contrasto con gli interessi comuni.

Anche questa decisione del 2009 rende evidente che il restauro non è nel perimetro della normativa sugli aiuti di Stato poichè destinato alla protezione del patrimonio culturale nazionale e non altera le condizioni degli scambi.

Vediamo ora la precedente decisione del 20 dicembre 2006 su aiuto n. N 497/06. In essa la Commissione ha dichiarato che la misura notificata non costituiva aiuto rilevante in quanto non era soddisfatta la condizione dell'incidenza sul commercio intracomunitario. Si trattava di un aiuto di poco superiore ai 200.000 euro, a favore di un'impresa attiva in vari settori, dalla produzione

²⁰ “The Commission thinks that in order to secure the achievement of the intended cultural or heritage objective (including the sustainability of the heritage purpose or asset) or the achievement of appropriate or sympathetic participation in the project the projects costs may be covered up to 100% if the projects provides free access for the public. If the project leads to a cost for the public (i.e. admission or participation fees), funding may be given in order to cover those projects cost that it is not reasonable to expect to be covered by other incoming finances for the project in question”, NN 11/2002 – United Kingdom, Individual Cases of application Based on the National Heritage Memorial Fund (27/05/2003, C(2003) 661 def

²¹ N 630/2003 IT – Musei di interesse locale – Regione autonoma della Sardegna (Decisione del 18.2.2004).

di ceramiche alla ristorazione, la quale aveva vinto l'appalto per la gestione del teatro comunale, con l'obbligo di organizzare una serie di attività culturali. Al contempo la beneficiaria avrebbe potuto sfruttare gli spazi comunali anche per svolgere attività commerciali, come balli e vendite. La Commissione ha ritenuto che l'aiuto non avesse incidenza, in quanto il teatro non poteva svolgere programmi fuori dalla città, non vi era domanda dall'estero per quanto i confini più vicini fossero a non più di 60 km, l'importanza degli eventi culturali era solo locale, le rappresentazioni teatrali erano solo in lingua ceca, il centro culturale non aveva nessuna caratteristica tale da renderlo un unicum. La Commissione ha peraltro sottolineato l'importanza che la beneficiaria tenesse conti separati rispetto alle altre attività di natura commerciale, che non dovevano beneficiare degli aiuti in questione.

Anche qui la Commissione ha precisato che l'aiuto in questione era compatibile, in quanto la beneficiaria avrebbe svolto nella sede teatrale prevalentemente attività culturale, come concerti e rappresentazioni teatrali. Gli aiuti in esame non parevano condizionare gli scambi in misura contraria al comune interesse. L'incidenza sugli scambi non poteva che essere minima, l'importo si avvicinava alla soglia de minimis, e l'aiuto spalmato sul numero di eventi avrebbe comportato una sovvenzione media di circa 5.000 euro, quindi non molto alta.

In questo caso l'oggetto della pronuncia (di compatibilità) è relativo ad un'attività culturale e non alla realizzazione di lavori di restauro.

Nella decisione 25 novembre 1999, (GUCE L 150 del 23.6.00, punti 81,82 e 96), aiuti alle imprese di Venezia e Chioggia, la Commissione si è occupata di aiuti per la conservazione del patrimonio resi dal governo italiano a termini di "sovraccosti che sarebbero gravati sulle imprese veneziane", costi aggiuntivi derivanti dal rispetto dei vincoli architettonici e paesaggistici. Tali costi non sarebbero tuttavia stati sopportati da tutte le imprese. Ne consegue che mentre lo sgravio era accordato a tutte le imprese, soltanto alcune di esse sostenevano costi connessi alla salvaguardia del patrimonio. In quel caso la Commissione riteneva applicabile la normativa sugli aiuti di Stato a causa della circostanza che un eventuale deroga non poteva essere accordata trattandosi di un aiuto le cui modalità di applicazione non consentivano di garantire la proporzionalità dell'intervento rispetto alla finalità per cui veniva invocata la stessa deroga.

Per come evidente la pronuncia sulle imprese di Venezia e Chioggia non riguarda il tema dei restauri di beni culturali pubblici bensì sgravi su beni in titolarità di imprese private. Inoltre, il principio europeo oggetto di violazione era quello di proporzionalità, causa l'estensione di un regime di sgravi a tutte le imprese veneziane e non solo a quelle gravate da costi aggiuntivi derivanti dal rispetto dei locali vincoli architettonici e paesaggistici.

Con decisione su aiuto n. NN 43/2007 del 30 aprile 2008, la Commissione ha dichiarato compatibile col trattato un aiuto concesso dalla Repubblica Ceca ai musei pubblici che organizzano importanti mostre. Trattavasi di un fondo di garanzia creato dal Ministero della Cultura al fine di pagare eventuali danni agli oggetti di maggior valore esposti nelle mostre (a partire da circa 4.000 euro). Posto che, a detta dell'autorità ceca, i costi di assicurazione rappresentavano oltre il 50% del totale dei costi di organizzazione delle mostre, il fondo pubblico consentiva un notevole risparmio ai musei che organizzano eventi di grande rilievo. Secondo la Commissione la misura esaminata consentiva di preservare il patrimonio culturale nazionale senza alterare le condizioni degli scambi e della concorrenza in misura contraria all'interesse comune. Inoltre la Commissione ha sottolineato positivamente la circostanza che la garanzia riguardava solo oggetti di valore superiore a 4000 euro circa, per cui l'aiuto era mantenuto al livello minimo necessario.

Per come evidente la pronuncia (di compatibilità) sul caso Ceco non riguardava le opere o lavori su beni culturali pubblici ma l'allestimento di mostre.

Nella decisione su aiuto N 340/07 del 18 luglio 2007, aiuti a piccole o medie persone giuridiche private e pubbliche, per attività relative al ballo, alla musica, al teatro e per attività audiovisive nei Paesi Baschi, la Commissione ha autorizzato gli aiuti segnatamente in quanto i beneficiari erano selezionati in modo trasparente tramite bandi aperti a soggetti anche di altri Stati membri, la durata della misura era di pochi mesi, l'ammontare globale dell'aiuto era molto contenuto (€ 1.1 mln), l'ammontare dei singoli aiuti era molto basso con un'intensità massima del 50%, l'uso della lingua basca limitava la concorrenza con settori culturali di altri Stati membri. Anche questa pronuncia riguarda la erogazione di aiuti per eventi di spettacolo di carattere locale e non la realizzazione di lavori di restauro di beni culturali pubblici.

Infine, con la decisione su aiuto n. N 540/2008 dell'8 aprile 2009 la Commissione ha autorizzato un regime di aiuti a talune imprese ungheresi, segnatamente a favore di beni artistici e storici facenti parte del patrimonio UNESCO. In primo luogo la Commissione ricordava che possono svolgere attività d'impresa anche società non-profit, incluse quelle gestrici di musei pubblici con entrata gratuita, musei che si trovano in edifici storici che devono essere restaurati. La Commissione ha sottolineato che il concetto di attività economica è "funzionale", per cui anche un soggetto (come lo Stato) che normalmente non svolge attività d'impresa, talvolta può svolgere delle funzioni economiche. Quindi, se un ente pubblico riceve sovvenzioni per un museo o un centro culturale che gestisce direttamente con attività di tipo economico, tali sovvenzioni possono avere natura di aiuto. Se, dunque, per una certa attività di offerta di beni o servizi esiste un mercato, allora l'attività in questione diventa economica.

La Commissione precisava che non vi è attività d'impresa se i fondi pubblici sono usati per restaurare un edificio storico, qualora l'edificio sia occupato da una pubblica amministrazione. *Se però lo stesso edificio viene usato per visite guidate, mostre o film, si configura attività economica, posto che vi è concorrenza potenziale con altri teatri privati o cinema.*

Con questa ultima pronuncia la Commissione meglio dettaglia il tema delle attività economiche specificando che se per una certa *“attività di offerta di beni o servizi esiste un mercato, allora l'attività in questione è economica”*. Per come si vede si parla di offerta di beni e servizi e non di lavori di restauro di beni culturali pubblici.

La Commissione ancora precisa che in caso di fondi per i restauri degli edifici storici, qualora l'edificio sia occupato da una pubblica amministrazione, non si applica la normativa sugli aiuti, salvo che, appunto, il sito restaurato sia usato per offerta di beni e servizi²².

Per come reso palese dalla disamina qui fatta delle pronunce della Commissione in materia di aiuti di Stato nel settore culturale in nessun caso è stata emessa una dichiarazione di applicazione della normativa sugli aiuti di Stato in caso di restauro di beni culturali pubblici, laddove in essi non venga svolta un attività di offerta di beni o servizi per le quali esiste un mercato.

Se a tale conclusione si aggiunge la precisazione di cui al cpv 207 e alla nota 50 della Comunicazione 262/16 che recita che di norma il finanziamento pubblico concesso per servizi comunemente aggiuntivi a infrastrutture (come ristoranti, negozi o parcheggi a pagamento) che sono quasi esclusivamente utilizzate per attività non economiche non ha, generalmente, alcuna incidenza sugli scambi tra Stati membri in quanto è improbabile che tali servizi attraggano clienti da altri Stati membri e che il loro finanziamento abbia un'incidenza più che marginale sugli investimenti o sullo stabilimento transfrontaliero, ne discende la certezza giuridica di esclusione dell'applicazione della normativa qui oggetto di esame dal contesto del finanziamento pubblico di lavori su beni culturali in titolarità pubblica e, financo, degli stessi servizi aggiuntivi che non siano strettamente riconducibili alle attività di spettacolo.

MEOP ED APPLICAZIONE DEGLI AIUTI DI STATO AGLI APPALTI

Abbiamo nei precedenti paragrafi verificato la non applicabilità della normativa sugli aiuti di Stato alla fattispecie di sovvenzioni pubbliche finalizzate a lavori di restauro su beni culturali in titolarità pubblica.

²² Pronunce più diffusamente trattate da BRUNO A. “Aiuti di stato nella cultura” pubblicato il 17 dicembre 2018 su www.diritto.it, pag. 15-18

Resta da esaminare l'aspetto "più formalistico" relativo alla forma contrattuale di affidamento dei suddetti lavori. Ovvero, l'accezione di attività economica può derivare dalle modalità contrattuali di affidamento dei detti lavori di restauro?

La forma contrattuale di appalto della committenza pubblica di cui agli interventi di restauro ed accessori esclude gli aiuti di stato?

Per rispondere occorrono due livelli di risposta, uno generale ed uno più specifico.

In generale, oggi, tutte le procedure consentite dalla direttiva sugli appalti pubblici²³ in linea di principio sono sufficienti per escludere la presenza di aiuti di Stato²⁴. Se nel passato si chiedevano "procedure aperte" e "procedure ristrette", oggi gli Stati membri sono, infatti, liberi di ricorrere anche a procedure come "dialogo competitivo" e "procedura competitiva con negoziato" (queste ultime utilizzate per progetti complessi, in particolare, per le infrastrutture).

Nello specifico, bisogna precisare che, per consolidato *acquis communautaire*, si esclude un aiuto di Stato in caso di applicazione del principio dell'operatore di mercato (MEOP Market Economy Operator Principle²⁵) relativo tanto al proprietario/promotore quanto all'operatore quando il pubblico indice una gara d'appalto, ovvero una procedura di selezione concorrenziale²⁶.

Il criterio del MEOP si fonda sul principio, contenuto oggi nell'art. 345 TFUE, secondo il quale i trattati europei hanno una posizione neutra rispetto al regime di proprietà e non pregiudicano in

23 Direttiva 2014/24/UE

24 P.E.HASSELGÅRD in "The use of Tender Procedures to Exclude State Aid: The Situation under the EU 2014 Public Procurement Directives" su *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* Vol. 12, No. 1 (2017), pp. 16-28, ed ancora "The Art of Regulation: Competition in Europe – Wealth and Wariness" di C. KOENIG, B. VON WENDLAND Edward Elgar Publishing, 2017, pag. 45, 49-53 ed ancora "State Aid 2019 Economics in State Aid" di A. CLAICI e E.PAU Copenhagen Economics 08 August 2018. Da quest'ultimo saggio con riferimento agli appalti pubblici citiamo: "Another case is the sale or purchase of assets, goods or services through competitive, transparent, non-discriminatory and unconditional tenders. The Notice on the notion of aid confirms that, if public authorities buy goods or services through tenders that respect EU rules on public procurement, this is in principle sufficient to ensure that the transaction is free of state aid. Both *pari passu* and tenders, by their very nature, are transactions incorporating market forces that could constitute a reasonable guarantee that the public authority acts as a private operator".

25 Sul MEOP si veda tra gli altri, B. SLOCOCK in "The Market Economy Investor Principle", Directorate-General Competition, unit A-3, Competition Policy Newspaper Number 2 — June 2002. Il principio espresso dalla Corte di Giustizia in più sentenze è il seguente: "The MEO criterion means that a transaction between a Member State and an undertaking does not grant an advantage to the undertaking when the Member State acts in an economically rational way and its actions can be compared with that of an economic operator under normal market conditions, such as an investor or credit", si veda tra le altre pronunce, EDF ([case C-124/10](#)), Frucona Košice ([case C-73/11 P](#)), SNCF Mobilités v Commission ([case C-127/16](#)), Commission v FIH Ehrversbank ([case C-579/16 P](#)), etc.

26 A.AMELOTTI Commissione europea DG Concorrenza Roma, 3 aprile 2017 "Aiuti di Stato ed infrastrutture", pag. 47, aggiunge tra i criteri per l'esclusione della normativa sugli aiuti di Stato anche: "Pari passu del pubblico con investitore/operatore privato; studi che indicano i valori di mercato (benchmark) o altre metodologie di valutazione generalmente accettate (TRI) e "accessibilità" alle infrastrutture, ovvero tutti devono avere accesso non discriminatorio alle medesime condizioni

alcun modo il diritto degli Stati membri di agire come operatori economici²⁷. Da questo principio discende, infatti, che gli Stati medesimi possono possedere o dirigere imprese, possono acquistare azioni o altre partecipazioni in imprese pubbliche e private ed, in generale, procedere a negozi e contratti, esercitando, dunque, una propria autonomia negoziale, alla stessa stregua e allo stesso titolo degli operatori privati²⁸.

Sin dagli anni 80 del secolo scorso la Corte di giustizia ha chiarito che – in occasione di committenze per lavori pubblici, acquisizioni da parte dello Stato di partecipazione nel capitale delle imprese, o di apporti di capitale in imprese pubbliche, di concessione di prestiti a determinate imprese, di prestazione di garanzie statali, della collocazione sul mercato di azioni o di beni pubblici – può anche rinvenirsi l'elemento dell'attribuzione delle risorse pubbliche, ma manca l'elemento del vantaggio se l'impresa ottiene dal committente / contraente pubblico l'equivalente di quanto avrebbe potuto ottenere, in analoghe condizioni, da una controparte privata che avesse agito a scopo di lucro²⁹.

Tuttavia, come rileva la Corte già nelle sentenze degli anni 80, prima citate in nota, per affermare che lo Stato si sia effettivamente comportato da finanziatore e/o da committente – e non da decisore pubblico mosso da finalità extra-imprenditoriali – si deve valutare se, in circostanze analoghe, un soggetto privato, basandosi sulle possibilità di reddito prevedibile – fatta, quindi, economia di qualsiasi considerazione di carattere sociale o di politica regionale o settoriale – avrebbe effettuato l'operazione controversa.

Se così non è, si dovrebbe concludere che, sia pure utilizzando gli strumenti del diritto privato, le autorità pubbliche abbiano concesso un aiuto.

Fa eccezione a quanto sopra, la committenza di lavori pubblici laddove appaltati con ordinari bandi di gara a garanzia della competizione, della trasparenza, della non discriminazione e della selettività della procedura di affidamento.

Il rispetto del criterio del MEOP è, infatti, dimostrato, in re ipsa, dalla natura della procedura seguita in occasione dell'intervento: ad esempio, la privatizzazione, integrale o parziale, di una

27 Espressione del principio di cui all'art. 345 del TFUE è nel considerando 5) della Direttiva 2014/24/UE: "È opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o ad esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva".

28 "Il principio dell'operatore in un'economia di mercato nella prassi della Commissione europea e nella giurisprudenza della Corte di giustizia", pag. 7, di S.FIORENTINO, dell'Avvocatura dello Stato, relazione al convegno Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri "Il principio dell'operatore in una economia di mercato – MEOP (Market Economy Operator Principle)" 24 settembre 2018

29 Sentenze 14 novembre 1984, cause 323/82, Intermills c. Commissione, 10 luglio 1986, 10 luglio 1986, causa C-234/84, Belgio c. Commissione e 10 luglio 1986, causa C-40/85, Belgio c. Commissione.

società pubblica attraverso la vendita delle azioni mediante una procedura di selezione concorrenziale, trasparente, non discriminatoria e incondizionata – o attraverso il collocamento in borsa delle azioni medesime – fa presumere che il prezzo ricavato dall'azionista pubblico sia quello di mercato, essendosi formato all'esito di una procedura competitiva³⁰.

Mutatis mutandis, la stessa garanzia di procedura concorrenziale, trasparente, non discriminatoria e incondizionata la danno le procedure con cui lo stato committente si procura prestazioni di lavori pubblici a mezzo di bandi previsti dalla *Direttiva 2014/24/Ue* del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

Esistono eccezioni alla regola di generale compatibilità del MEOP per il public procurement a mezzo di appalti?

Certamente sì e sono evincibili dalla stessa normativa europea di cui alla Direttiva succitata.

La prima eccezione alla regola generale di non applicazione della normativa sugli aiuti di Stato agli appalti pubblici è quella ove la procedura scelta sia stata quella “negoziata senza previa pubblicazione” di cui all'art. 63 del Codice dei Contratti Pubblici, ovvero senza previo bando pubblico e ove si sia registrata la presentazione di una sola offerta.

In quel caso si integrerebbe de facto la fattispecie di un aiuto di Stato, causa il mancato confronto concorrenziale derivante dalla procedura attivata³¹. Stesso ragionamento vale, secondo noi, nel caso ancora più grave, e, comunque, definito eccezionale dalla stessa normativa, delle ripetizioni del contratto ex-articolo 63, comma 5 del D.Lgs 50/16.

Altro caso di possibile aiuto di Stato è la mancata verifica puntuale delle offerte anomale, di cui all'at. 97 del D.Lgs 50/16, dato che nel settore degli appalti pubblici esse potrebbero essere intese quali misure di sostegno a favore di talune imprese con effetti distorsivi della libera concorrenza. Le offerte anomale, determinando in tutto o in parte l'abbattimento dei costi di gestione o agevolando la formazione di situazioni di privilegio, potrebbero, infatti, avvantaggiare le imprese, che di queste ne fruiscono con l'effetto di metterle nelle condizioni di presentare offerte economicamente più vantaggiose rispetto ad altre.³²

Va detto che su tali casi limite ed estremi esercita, comunque, compiti di vigilanza e controllo l'Anac ai fini di cui agli articoli 211 commi 1-bis ed 1-ter e di cui all'art.213 comma 6 del D.Lgs 50/16.

IL PPP, ATTIVITA' ECONOMICHE ED APPLICAZIONI NEL SETTORE CULTURALE

30 Ibidem, S.FIORENTINO, pag.8. Si richiama quanto alle superiori note 24,25, 26.

31 BRUNO A. “Aiuti di stato nella cultura” pubblicato il 17 dicembre 2018 “www.diritto.it”, pag. 2 e ss

32 “L'aiuto di Stato nella legislazione europea di G.CARIDI E L.MILANO in “www.diritto.it”, pag. 9, 2017

Non sono stati esaminati i contratti di cui alla parte III e IV del Codice dei Contratti ovvero quelli in concessione e in PPP. L'esame è utile per individuare, da una parte, il perimetro di eventuale applicazione della normativa sugli aiuti di Stato a tale tipologia contrattuale, dall'altra, le criticità ostative ad un possibile utilizzo di tali contratti nella futura programmazione.

La differenza principale tra contratti in PPP (Public Private Partnership) e contratti di appalto è la condivisione dei rischi tra il partner pubblico e quello privato. In linea di principio, i rischi di un progetto in PPP dovrebbero essere attribuiti alla parte più adatta a gestirli, allo scopo di realizzare un equilibrio ottimale fra trasferimento dei rischi e compensazione per la parte che li sostiene³³. Il partner privato è responsabile per i rischi operativi connessi a progettazione, costruzione, finanziamento, funzionamento e manutenzione dell'infrastruttura³⁴. La remunerazione o contropartita imprenditoriale dei rischi assunti è la gestione pluriennale dell'attività economica connessa con le opere realizzate.

In questo caso, se un'infrastruttura, (parzialmente) finanziata con aiuti di Stato, non è gestita dall'Ente Pubblico proprietario ma da un'impresa, che svolge attività economica, mediante contratti riassumibili sotto le forme del PPP, si deve garantire che non vengano trasferiti aiuti. L'ESA (European System of Account) 2010³⁵, il MGDD (Manual on Government Deficit and Debt) del 2010³⁶ e, soprattutto, le successive Linee Guida Eurostat EPEC del 2016 (EPEC, EUROSTAT, EIB "A guide to statistical treatment of PPPs", september 2016³⁷) hanno disciplinato gli aiuti finanziari pubblici concessi a privati affidatari di concessioni (anche sotto

33 Si veda il D.Lgs 50/16 e smi art. 3 comma 1 punto fff) che definisce quale «equilibrio economico e finanziario», la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

34 CORTE DEI CONTI EUROPEA "Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati", N.09 2018 pag. 14

35 EFSI - EIB "Frequently asked questions on Public-Private Partnerships (PPPs) and their statistical treatment in national accounts (ESA2010)", paragrafi da 20.276 a 20.290, pagine 453-456. La procedura di disavanzo eccessivo" (EDP Excessive Deficit Procedure), definita dal Trattato di Maastricht (articolo 104), è entrata in vigore nell'UE dal 1994. La Commissione europea (attraverso Eurostat) cerca di garantire la corretta applicazione del sistema europeo di conti (ESA European System of Accounts), al fine di raccogliere statistiche affidabili e comparabili sulla situazione del debito e del disavanzo degli Stati membri. A partire dal settembre 2014, ESA 2010 è il quadro di riferimento per questi dati. Il suo uso è ora giuridicamente vincolante per tutti i paesi dell'UE. L'ESA 2010 si prefigge di produrre statistiche economiche e cerca di registrare la sostanza economica delle transazioni (anziché la loro forma giuridica). ESA 2010 contiene le regole per il trattamento statistico dei PPP che riflette, tra l'altro, il lavoro di EUROSTAT sul tema dal 2004. L'ESA 2010 è stato approvato dal Parlamento e dal Consiglio Europeo con il Reg.549/2013

36 Sul tema si rimanda alla "Decisione Eurostat sul deficit e sul debito" dell'11.02.2004 e al "Manual on Government Deficit and Debt" (MGDD), relativo all'ESA 2010, implementation of ESA 2010 di Eurostat, paragrafo VI.4 sopracitato

37 Per un esame approfondito delle Linee Guida Eurostat EPEC del 2016 si veda A.BRUNO "PPP, "Public private partnership ed indicazioni soft-law di Eurostat – profili di illogicità e di possibile danno", su www.diritto.it del 10 ottobre 2017 ISSN 1127-8579

forma di PPP o project finance³⁸), ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario dell'investimento per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture, opere e servizi pubblici. Il fine era quello di individuare gli aiuti di Stato che possono gravare sull'indebitamento pubblico (on-shelf³⁹) dei singoli Stati a causa dei stringenti vincoli di bilancio del Fiscal Compact⁴⁰.

Tali previsioni sono state in parte riportate nell'art. 180 comma 6 del Codice dei Contratti Pubblici ove si prevede che ai fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara le amministrazioni aggiudicatrici possono stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico⁴¹ o in un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione.

L'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al *quarantanove per cento* del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari⁴².

38 "When do liabilities from public-private partnership and concession contracts become the part of the general government debt?" Institute of Public Finance - Newsletter - A.BAJO - D.JURIČIĆ, 2015/101

39 Per classificare l'operazione off-balance (off-shelf) bisogna fare la valutazione con tre categorie di rischio (costruzione, disponibilità e domanda). Tali categorie oggi sono state riprese dalla Direttiva 23 e (non interessa questa trattazione se non marginalmente), dall'articolo 3, comma 1, punti zz), aaa), bbb) ccc), del Codice, rispettivamente relativi al rischio operativo, al rischio di costruzione, di disponibilità e di domanda, e dall'art. 180, 3° comma del Codice. Trattasi di capire, caso per caso, se si ci trova davanti a "government asset" o ad "partner's asset". L'allocatione dei rischi del progetto è decisiva: se il partner privato sopporta la maggior parte dei rischi relativi ad una operazione di partenariato, allora il progetto può essere considerata come "non-government asset" (L.PRADO URENA "European Conference on Quality in Official Statistics (Q2016) Madrid, 31 May-3 June 2016 - Public investment: recording in EDP statistics and treatment under the SGP", pag.7), e, dunque, fuori bilancio (off-balance o off-shelf), cfr. MGDD - ESA 95 (2004), Long Term Contracts between government Units and non-government partners (PublicPrivate Partnership), Part VI

40 I Governi oggi sono interessati alle classificazioni Eurostat poiché utilizzano strumenti di PPP per contabilizzare gli investimenti off-balance, ovvero per non consolidarli nello stato patrimoniale al fine di evitare un aumento del proprio indebitamento. Eurostat, in proposito, lamenta che questa attitudine sta producendo vere e proprie distorsioni comportando modifiche snaturanti progetti che sarebbero, invece, per loro essenza da collocare sui bilanci pubblici, cfr. A.BRUNO "PPP, "Public private partnership", ibidem, pag.10

41 L.MARTINIELLO "La contabilizzazione on-off-balance delle opere pubbliche realizzate in concessione", pag. 49 in Azienda Pubblica 1-2011 e L.MARTINIELLO, Le regole di contabilizzazione delle operazioni di concessione e di partenariato pubblico privato, in Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività a cura di G. F. Cartei e M. Ricchi, Editoriale Scientifica, 2015, pp. 441 – 460. Si veda sul tema BENITO, F.BASTIDA e M.D.GUILLAMON, 'Public-Private Partnerships in the Context of the European System of Accounts (ESA95)' (2012) 1 Open J of Accounting 9, che qui citiamo: "the risks should be allocated to the party that is the 'least cost avoider', that is, the party in the best position to control or bear the risks, and not just to the private party in order to improve public accounts in the short term at the expense of the global profitability of the project".

42 "(...) In national accounts, the assets involved in a public-private partnership can be considered as nongovernment assets only if there is strong evidence that the partner is bearing most of the risk attached to the specific partnership." (Eurostat decision on treatment of PPP's, 11 February 2004)

Le succitate Linee Guida Eurostat EPEC del 2016 hanno esteso l'accezione di aiuti di Stato sui P.P.P. mettendo in analogia il contributo pubblico sotto forma di fondi perduti⁴³, incentivazioni fiscali (anche locali)⁴⁴, rimborsi e/o riduzioni degli oneri sociali⁴⁵, tariffe agevolate⁴⁶, prestiti agevolati concessi da enti pubblici⁴⁷, conferimenti agevolati di capitale (equity) da parte statale⁴⁸ anche ai finanziamenti, alle garanzie, agli equity (partecipazioni pubbliche al capitale) concessi a *tassi e condizioni di mercato* ai detti privati gestori da istituti (banche) di proprietà o controllo pubblico⁴⁹. Ancora le dette Linee Guida hanno previsto che anche la previsione di un *minimo di domanda pubblica* fatta al privato concessionario per la disponibilità degli immobili concessi fa scattare di default la collocazione on-shelf. Altra automatica collocazione sull'indebitamento pubblico è la previsione di *profitti pubblici sopra la soglia del 50%* o di *caps sul guadagno privato*⁵⁰ o ancora di *utili pubblici tratti dalla manutenzione delle opere*, etc⁵¹. Tali aiuti, con le dette cessioni di immobili, diritti di godimento o con ogni "ulteriore meccanismo di finanziamento", concorrono al raggiungimento della detta soglia limite del 49% fissata dal legislatore per evitare la collocazione degli stessi aiuti on-shelf⁵².

Attesa l'importanza della definizione ai fini della perimetrazione del concetto di attività economica occorre, a questo punto, chiedersi cosa s'intende per "impresa"? Il beneficiario degli aiuti di Stato deve essere un'impresa e tale deve intendersi, ad avviso di una giurisprudenza consolidata,

43 Cessioni di beni (mobili o immobili) o servizi statali a titolo gratuito e/o a prezzo ridotto vedi sentt. 11 luglio 1996, in C-39/94, 120 aprile 2003, in T-366/00, decisione della Commissione 96/631/CE del 17 luglio 1996, e decisione della Commissione 92/465/CEE del 14 aprile 1992

44 L'applicazione dei principi Eurostat fa riferimento a quei contratti che hanno ad oggetto un investimento o ristrutturazione di un asset/opera pubblica. Nel caso della ristrutturazione, l'investimento privato deve essere pari o superiore al 50% del valore finale dell'opera ristrutturata. Diversamente per interventi non di ristrutturazione/rifunzionalizzazione l'asset dovrà rimanere iscritto nei conti public (on-balance), vedi A.BRUNO "PPP, "Public private partnership", ibidem, pag.11. Ed ancora sul tema: L.PRADO URENA ibidem a pag. 8, in un passaggio che riportiamo: "The main features to be examined in order to assess the treatment of a PPP contract are the following: whether it really qualifies as a PPP, the sector classification of the private partner, the provision of government financing or guarantees, the termination clauses, the analysis of risks (construction and availability/demand) and rewards, the allocation of the assets at the end of the contract, the force majeure events and special circumstances, which entity benefits from the rewards in case of debt refinancing". Estensivamente sul tema dei rischi e delle posizioni Eurostat si veda V.VECCHI - V.LEONE "Partnership pubblico privato", Bocconi, 2016

45 CORTE GIUSTIZIA EUROPEA sentt. 17 settembre 1980, in C-730/79

46 Sentt. CGUE 15 marzo 1994, in C-387/92, 26 settembre 1996, in C-241/94, 19 maggio 1999, in C-6/97, 15 dicembre 2005 in C- 66/02

47 Sentt. CGUE 7 marzo 2002, in C-310/99, 13 giugno 2006 in C- 173/03

48 Sentt. CGUE 25 febbraio 1988, in cause riunite C – 67, 68, 70/1985

49 Dec. della Commissione 89/348/CEE del 23 novembre 1988, sentt. CGUE 24 ottobre 1996, in C-62/95 e 63/95, 5 ottobre 2000, in C-288/96

50 Sentt. CGUE 21 marzo 1991, in C-303/88 e in C-305/89

51 In modo approfondito vedi A.BRUNO "PPP, "Public private partnership...", ibidem, da pag.23 fino a 61

52 A.BRUNO "PPP, "Public private partnership...", ibidem, pag.39

qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, indipendentemente dalla sua forma giuridica (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza C-41/90 Hofner e Elsner; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza C-160/91 Poucet e Pistre v. AGF e Cancava; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza C-35/96 Commissione v. Italia, la sentenza della Corte del 23 marzo 2006, Enirisorse SpA c/ Sotacarbo SpA, causa C-237/04, punto 28, Racc. p. p. I-2843 e la sentenza del Tribunale del 24 marzo 2011, Leipzig-Halle e a. c/ Commissione, cause riunite T-443/08 e T-455/08, punto 88): "Il carattere economico o meno di un'attività non dipende dallo statuto privato o pubblico del soggetto che la esercita né dalla redditività di tale attività" (Sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2012, Leipzig-Halle, causa C-288/11P, punto 50). Ovvero, anche gli enti pubblici o organismi di diritto pubblico potrebbero svolgere attività economica (come nel caso del Porto di Augusta oggetto della Decisione della Commissione europea del 19.12.2012 (SA.34940) ove emerge la economicità dell'attività svolta da un organismo di diritto pubblico a diretto beneficio dei concessionari privati gestori economici dei beni oggetto degli interventi)⁵³.

Esaminate le criticità sottese all'applicazione ai contratti in PPP della normativa sugli aiuti di Stato, tornando sullo specifico tema culturale va detto che da tempo ci si interroga sulla validità degli stessi strumenti del project finance e del contratto di concessione ai fini della realizzazione di interventi di conservazione e valorizzazione per i beni culturali⁵⁴. Chi scrive, ha rilevato in tutta

53 Le infrastrutture del porto risultanti dal progetto notificato saranno di proprietà dello Stato italiano e amministrate dall'autorità portuale di Augusta (ente pubblico autonomo disciplinato dalla legge n. 84/1994 - la legge quadro italiana sui porti). Le autorità portuali italiane hanno il potere di concludere contratti di concessione per l'uso delle infrastrutture del porto con società che esercitano attività commerciali e/o industriali, in cambio di un canone di concessione; i contratti di concessione saranno conclusi a seguito di procedure di gara pubbliche, aperte e incondizionate. Secondo la Commissione, il progetto notificato riguarda la costruzione d'infrastrutture che saranno sfruttate commercialmente dall'autorità portuale di Augusta attraverso il loro noleggio/concessione agli operatori di terminali. Pertanto, l'autorità portuale di Augusta intraprenderà un'attività economica ed è quindi considerata un'impresa.

54 I dubbi in ordine alla compatibilità del project financing con l'esercizio della funzione di tutela e valorizzazione dei beni culturali sembravano essere stati superati dalla giurisprudenza nel caso relativo al progetto di restauro del complesso monumentale noto come "Ospedale Vecchio" sulla quale si è espresso (per ben due volte) in primo grado il TAR Emilia Romagna, Parma, con le sentenze 4 dicembre 2007, n. 618 e 3 giugno 2008, n. 304 e poi il CDS che smentiva la posizione assunta dai TAR. "Al contrario, proprio la previsione del project financing dimostra che la fruizione pubblica può essere compatibile con la gestione privata di una parte (minoritaria) del bene culturale" (così CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4639 riprendendo le parole del CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3507). Tra le pochissime applicazioni dell'istituto si annoverano: l'ex Albergo Impiegati di Monfalcone (Go); Villa Tolomei a Firenze; l'ex Dogana vecchia Molfetta (BA), il Museo Ex Depò a Ostia (Roma); Villa Porro Lambertenghi a Casina Rizzardi di Como; centro storico di Burgio (Ag). Si veda "Strumenti giuridici della valorizzazione economica del patrimonio monumentale" di M.CAMMELLI in "La valorisation économique des biens culturels locaux en France et en Italie", Toulouse, 21 novembre 2014 Pubblicato da Aedon www.aedon.mulino.it; ed ancora BRUNO A. "PPP e beni culturali : ragioni di un cambio di rotta legislativo e conseguenze sull'impianto ordinamentale", pubblicato su "ildirittoamministrativo.it" il 07 dicembre 2017

Italia solo 7 casi di finanza di progetto nel settore culturale ancorchè a livello di studi di fattibilità⁵⁵.

La Sezione di Controllo della Corte dei Conti, però, in un suo recente rapporto sulle sponsorizzazioni ed il partenariato pubblico privato ha evidenziato l'insuccesso degli istituti della finanza di progetto e concessione, nel periodo preso ad analisi, causa la totale assenza di iniziative⁵⁶.

Per contro una normativa di settore consentirebbe di potere adattare alle peculiarità del settore culturale l'istituto della concessione di costruzione gestione: trattasi dell'articolo 1 commi 303-305 della legge 30 dicembre 2004, n.311⁵⁷.

Va, infine, aggiunto che la Corte dei Conti Europea in un suo recente studio ha evidenziato una serie di gravi criticità dell'istituto del PPP, in generale. Tra esse citiamo: “il PPP ha aggravato il rischio di concorrenza insufficiente e in alcuni casi ha fatto registrare notevoli ritardi, (...) il ricorso all'opzione dei PPP non ha avuto effetti positivi sulle due cause di ritardo più comuni, ossia le procedure giuridiche e l'incompletezza degli studi preparatori, (...) La maggior parte dei progetti sottoposti a audit ha fatto registrare notevoli ritardi nella costruzione e superamenti dei costi (...), Il “reset” in Grecia: un PPP non va a buon fine e quasi 1,2 miliardi di euro in più sono stati pagati dai cittadini (...), I PPP non hanno impedito al partner pubblico di avere un ottimismo eccessivo in merito alla domanda e all'utilizzo futuri dell'infrastruttura pianificata (...), La

55 A.BRUNO “Profili applicativi del D.Lgs 228/11 e obblighi di conservazione/tutela nel settore culturale” su www.ildirittoamministrativo.it, settembre 2017, nota 47 a pag. 49

56 “L'indagine ha evidenziato, inoltre, come non vi sia stata alcuna esperienza applicativa di finanza di progetto (project financing), rilevando che l'insuccesso di tale modello di partenariato pubblico-privato nel campo della valorizzazione del patrimonio storico- artistico è ascrivibile, in massima parte, ad incertezze sul piano della regolamentazione”, in Deliberazione n. 8/2016/G Corte dei conti Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato Adunanza dei collegi I e II e del collegio per il controllo sulle entrate del 20 giugno 2016 e Camera di consiglio del 19 luglio 2016, pag. 14

57 La norma prevede che i beni culturali di cui all'articolo 10 comma 1 del Codice per l'uso dei quali attualmente non è corrisposto alcun canone e che richiedono interventi di restauro sono concessi in uso a privati con pagamento di un canone fissato da competenti organi. Il concessionario realizza a proprie spese gli interventi di restauro e conservazione. Dal canone di concessione vengono detratte le spese sostenute dal concessionario per il restauro entro il limite massimo del canone stesso. Il concessionario è obbligato a rendere fruibile il bene da parte del pubblico con le modalità e i tempi stabiliti nell'atto di concessione o in apposita convenzione unita all'atto stesso. Un primo bando avente ad oggetto la concessione a terzi soggetti non profit di tredici immobili di interesse culturale è stato pubblicato con decreto del Direttore generale Musei del MiBACT del 28 ottobre 2016. Sul tema si veda A.L.TARASCO in “Il problema giuridico ed economico delle concessioni d'uso dei beni culturali” in “Il patrimonio culturale Modelli di gestione e finanza pubblica”, Editoriale Scientifica, 2017, pag.185 e ss. Circa la possibilità che i lavori di restauro possano diventare “opera calda” appetibile per gli investitori in project finance si vedano ancora le giuste osservazioni di A.L.TARASCO in “Diritto e Gestione del Patrimonio Culturale”, Laterza 2019, pag. 50 e ss.

ripartizione dei rischi è stata spesso inadeguata, e ciò ha comportato minori incentivi o una eccessiva esposizione al rischio per il partner privato”, etc.⁵⁸

6. CONSIDERAZIONI FINALI

A mezzo dell'esame del contesto normativo e delle pronunce della Commissione Europea in materia, nonché per gli effetti dell'applicazione del principio trattatizio europeo del MEOP, si è sopra esposto come la tipologia di affidamento di lavori per restauri di beni culturali pubblici a mezzo di bandi di gara sotto le forme contrattuali dell'appalto non determini alcuna fattispecie di applicazione della normativa sugli aiuti di Stato, salvo i citati casi estremi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara con un solo offerente e quelli di mancata verifica dell'anomalia⁵⁹ delle offerte, casi su cui, come detto, esercita compiti di vigilanza e controllo l'Anac ai fini di cui agli articoli 211 commi 1-bis ed 1-ter e di cui all'art. 213 comma 6 del D.Lgs 50/16.

La normativa, la Comunicazione 262 NOA e le dette pronunce hanno delineato il concetto di attività economica come “qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato”⁶⁰.

A fini tuzioristici resta, in ultimo, da chiedersi se un appalto per lavori di restauro di un bene culturale in titolarità pubblica possa essere inquadrato come attività di offerta di beni e servizi.

Gli appalti di lavori per restauro di un bene culturale a titolarità pubblica, non sono attività, come da definizione normativa⁶¹, né hanno alcun carattere economico.

L'appalto è un'operazione contrattuale che chiude i propri confini in una commessa per realizzare lavori “fini a se stessi” e non determina alcuna attività economica di offerta di beni e servizi sul mercato a beneficio dell'impresa fornitrice, impresa, si ricorda, selezionata a mezzo di procedure di gara competitive, non discriminatorie e trasparenti al fine dell'ottenimento di un prezzo dei

58 CORTE DEI CONTI EUROPEA “Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati”, N.09 2018

59 casi questi ultimi, comunque, oltre che eccezionali, anche ope legis limitati causa la deroga prevista per il settore culturale dall'art. 148 comma 6 del D.Lgs 50/16 che fa sì che il criterio del minor prezzo si applichi solo per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro.

60 Cfr. anche le sentenze del Tribunale Europeo del 1° luglio 2009, KG Holding e.a. / Commissione, cause riunite T-81/07 a T-83/07, Racc. 2009, p. II-2411, punto 178, e del 24 marzo 2011, Leipzig-Halle e a. c/ Commissione, cause riunite T-443/08 e T-455/08, punto 89.

61 Si veda il D.Lgs 50/16 e smi art. 3 comma 1 punto II) che definisce quali appalti pubblici di lavori, i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto: 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I; 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera; 3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera.

lavori, a carico del pubblico, equivalente a quanto avrebbe potuto ottenere, in analoghe condizioni, una controparte privata (principio MEOP).

Al contrario, la concessione di costruzione gestione, il PPP o project finance per lavori di restauro non possono non comprendere un'attività economica di gestione del bene culturale pubblico oggetto di restauro al fine della realizzazione del succitato equilibrio economico-finanziario sui cui si fondano tali istituti. La categoria unionale del P.P.P. comprende, dunque, ope legis, un'attività economica.

Paradossalmente, alla fine dell'appalto di restauro potrebbe succedere, invece, come purtroppo talvolta accade, che il bene culturale restaurato non venga debitamente fruito causa la mancata attivazione di ulteriori contratti pubblici per la gestione-fruizione dello stesso. Tali servizi di gestione (in appalto o in concessione ex-art. 115 e 117 C.b.c.⁶² su istituti e luoghi della cultura) sono, infatti, affidati con diverso procedimento amministrativo.

Si ripete, infine, che, per come sopra esposto, la sopra esposta normativa fa letterale riferimento ad *“attività economiche finanziate dai contributi dei visitatori o degli utenti o attraverso altri mezzi commerciali (ad esempio, cinema, spettacoli musicali e festival a carattere commerciale”* e giammai ad appalti per lavori di restauro, scavo, etc., per definizione esclusi dalle verifiche sugli aiuti di Stato per gli effetti dell'applicazione del richiamato principio trattatizio del MEOP.

Si ribadisce ancora che, per come superiormente esplicitato, le attività di restauro e conservazione finanziate dai contributi dei visitatori o degli utenti, laddove remunerazione del servizio prestato, sono oggetto dei contratti in concessione e in PPP, per come logico causa la stessa natura di tali rapporti contrattuali.

Last but not least, giova ricordare, in ultimo, che i lavori di restauro di beni culturali hanno ad oggetto, per gli effetti dei punti 34 e 36 della Comunicazione 262/16, beni non commerciali e non sostituibili (infungibili), per come oggi sono (e, si auspica, saranno in futuro) i *“beni culturali”*⁶³. Alla luce delle sopra esposte evidenze e considerazioni, non vi è difficoltà a considerare l'ipotesi di verificare, anche a mezzo di possibili griglie ed indicatori⁶⁴, l'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato agli appalti di lavori destituita di fondamento giuridico, in quanto contraria tanto alla semantica lessicale e frasale, quanto al senso reso palese dalle ripetute pronunce della Commissione, dalla normativa regolamentare, dalla Comunicazione NOA 262/16 e, soprattutto, dai principi dei Trattati Unionali.

Avv. Bruno Salvatore Aurelio

62 Sui limiti tecnico-giuridici, che incidono negativamente anche sul piano della redditività economica del patrimonio culturale, del sistema di esternalizzazione della gestione delle funzioni relative ai beni culturali, di cui gli artt.115 e 117 si veda A.L.TARASCO “L’esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali: profili problematici di diritto dell’economia” in *Urbanistica e appalti*, n. 10/2007, pagg. 1203-1206. Circa soluzioni per l’utilizzazione economica del patrimonio si veda dello stesso autore A.L.TARASCO “Diritto e Gestione del Patrimonio Culturale”, Laterza 2019, pag.262 e ss.

63 “Ma è del tutto discutibile anche l’affermazione che gli operatori del settore agiscono in concorrenza fra loro e che dunque il finanziamento pubblico possa appunto falsare la concorrenza e, più ancora, possa incidere sugli scambi tra Stati membri. La concorrenza si ha fra beni fungibili, mentre le opere d’arte sono ciascuna un unicum”, in C.E.BALDI “Finanziamento della cultura e regole di concorrenza. Nuove prospettive dal ripensamento della Commissione europea” in *AEDON* 2018, 3, pag. 2

64 Non si fa riferimento al documento di lavoro non vincolante dei Servizi CE della Commissione europea, redatto su impulso del COCOF (Comitato di coordinamento dei Fondi strutturali) a partire dal 2012 (prima versione) per supportare l’applicazione delle regole sugli aiuti di Stato nell’attuazione dei programmi operativi 2007-2013, nell’ambito del progetto di modernizzazione degli aiuti di Stato [COM(2012) 209 dell’8 maggio 2012]. Attualmente le griglie sono 11, e il settore culturale è interessato dalla Griglia analitica Infrastruttura n° 5 - Costruzione di infrastrutture culturali. Per definizione i documenti di lavoro europei devono mantenere una certa “genericità a-tecnica” al fine della compatibilità con i diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri.