



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 346 del 22 aprile 2020**

**Fascicolo n. 3412/2019**

**Oggetto:** Affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e promozione di eventi culturali da parte del Comune di Mantova, nell'ambito del «Programma espositivo a carattere temporaneo sulle avanguardie artistiche del 900, triennio 2018/2020» presso il Palazzo della Ragione.

**Riferimenti normativi:** art. 63 comma 1 e comma 2, lettera b) del d.lgs. 50/2016

**Parole chiave:** procedura negoziata senza bando; creazione o acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica

### **Massima:**

La procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisce una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e può essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma, trattandosi di disciplina di stretta interpretazione.

Il ricorso alla procedura di cui all'art. 63, comma 2, lettera b) n. 1 del d.lgs. 50/2016 è ammissibile solo quando lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica e dunque quando un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa.

Nella determina a contrarre deve essere data adeguata e idonea motivazione in merito all'accertamento dell'unicità e dell'infungibilità dell'opera d'arte o della rappresentazione artistica oggetto di affidamento.

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

Visto il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

Visto il Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

Vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture

### **Premessa**

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza e controllo sui contratti pubblici attribuite all'Autorità dagli art. 211 e 213 del d.lgs. 50/2016, sulla base di una relazione del Nucleo Speciale Anticorruzione della Guardia di Finanza, in seguito ad una segnalazione del Nucleo Speciale Antitrust, è stato possibile verificare che il Comune di Mantova ha affidato alla società Mondadori Electa S.p.A la realizzazione di due mostre presso il Palazzo della Regione Lombardia:

1. “Marc Chagall come nella pittura così nella poesia” terminata a febbraio 2019 (valore dell'affidamento € 150 mila oltre Iva);

2. “Braque vis a vis” terminata a luglio 2019 (valore dell'affidamento € 100 mila oltre Iva).

Entrambe gli affidamenti sono avvenuti tramite l'utilizzo della procedura negoziata senza bando ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016.

Al fine di valutare la legittimità degli affidamenti, l'Ufficio istruttore ha avviato il procedimento di vigilanza dando comunicazione di avvio dell'istruttoria al Comune di Mantova ed all'appaltatore Mondadori Electa S.p.A. a mezzo nota prot. n. 13697 del 18 febbraio 2020.

Il Comune di Mantova ha formulato le proprie controdeduzioni ai rilievi formulati con nota dell'11 marzo 2020, acquisita al prot. Anac n. 21042 del 12.3.2020.

All'esito dell'istruttoria effettuata è stato possibile riscontrare quanto segue.

## **Fatto**

### **1. Affidamento della realizzazione della mostra « Marc Chagall come nella pittura così nella poesia» alla Mondadori Electa S.p.A. (CIG 7575326CC3)**

In attuazione del Bilancio di Previsione 2018/2020 il Comune di Mantova, con delibera n. 10 del 24 gennaio 2018, approvava il Piano esecutivo di gestione per l'anno 2018 - 2020, ai sensi dell'art. 169 del d.lgs. 267/2000. Il Piano esecutivo di gestione conteneva tra gli altri l'obiettivo Operativo 9C1 «Sviluppo e valorizzazione delle attività culturali e loro programmazione integrata».

In data 8 febbraio 2018 il Comune di Mantova riceveva da parte della Mondadori Electa S.p.A. una proposta formale riguardante un programma espositivo a carattere temporaneo sulle avanguardie artistiche del '900, da svolgersi nel triennio 2018/2020.

In seguito alla ricezione della proposta della Mondadori Electa, la Giunta Comunale dava un primo atto di indirizzo con delibera n. 22 del 13 febbraio 2018 con la quale condivideva il programma espositivo suggerito e, in particolare, la proposta della mostra di Chagall per l'autunno 2018.

Con la stessa delibera la Giunta Comunale disponeva di verificare il numero e l'importanza delle opere ottenibili dalla Galleria proprietaria delle stesse (Tret'jakov di Mosca) e proposte da Electa S.p.A., nonché la sostenibilità dell'evento sia dal punto di vista organizzativo che economico.

Con delibera n. 140 del 18 luglio 2018 la Giunta Comunale approvava l'elenco delle opere da esporre e la scheda relativa a orari e tariffe dei biglietti della mostra «Marc Chagall come nella pittura così nella poesia» da tenersi presso il Palazzo della Ragione dal 5 settembre 2018 al 13 gennaio 2019, con inaugurazione il 4 settembre 2018. Dava quindi mandato al dirigente del Settore Cultura, Turismo e Promozione della Città di compiere gli atti necessari alla realizzazione della mostra, incluso idoneo contratto con Mondadori Electa per la definizione degli aspetti organizzativi ed economici relativi alla gestione operativa dell'evento (progettazione, grafica, comunicazione, gestione biglietteria, custodia e sorveglianza, logistica e pulizia). Con il medesimo atto deliberativo si dava atto che la spesa a carico del Comune in favore di Mondadori Electa era prevista in € 150.000,00 oltre Iva.

In esecuzione di detti atti deliberativi, con determinazione n. 1809 del 1 agosto 2018 del Settore Cultura, Turismo e Promozione della Città, il Comune di Mantova stabiliva di affidare la realizzazione della mostra alla Mondadori Electa S.p.A. per un importo di € 150.000,00 oltre Iva, approvando lo schema di contratto predisposto in accordo con Mondadori Electa S.p.A.

L'affidamento veniva effettuato in applicazione dell'art. 63, comma 2, lettera b) del d.lgs. 50/2016 ovvero l'affidamento ad un operatore economico determinato quando la concorrenza è assente per motivi tecnici, per ragioni di tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, e quando lo scopo dell'appalto consiste nell'acquisizione di un'opera d'arte unica.

Con la stessa determinazione n. 1809/2018 veniva disposta l'esecuzione del servizio in via di urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016.

## **2. Affidamento della realizzazione della mostra «Braque vis a vis» alla Mondadori Electa S.p.A. (CIG 7816445E74)**

Con delibera n. 20 del 7 febbraio 2019 la Giunta Comunale del Comune di Mantova, richiamata la delibera di G.C. n. 22 del 13 febbraio 2018 con cui è stato dato un primo atto di indirizzo e la proposta inviata dalla società Mondadori Electa Spa di Milano per la realizzazione di un nuovo progetto espositivo dedicato a Braque e la sua opera, approvava l'elenco delle opere da esporre e la scheda relativa a orari e tariffe dei biglietti della mostra «Braque, vis a vis» da tenersi presso il Palazzo della Ragione nella primavera del 2019. Con la stessa delibera veniva dato mandato al dirigente del Settore Cultura, Turismo e Promozione della Città di compiere gli atti necessari alla realizzazione della mostra «Braque, vis a vis», inclusa la sottoscrizione del contratto con Mondadori Electa S.p.A. per la definizione degli aspetti organizzativi ed economici relativi alla gestione operativa dell'evento (progettazione, grafica, comunicazione, gestione, biglietteria, custodia e sorveglianza, logistica e pulizia). In esecuzione di tali atti deliberativi, con determinazione n. 685 del 12 marzo 2019 del Settore Cultura, Turismo e Promozione della Città il Comune di Mantova stabiliva di affidare tutte le attività necessarie per la realizzazione della mostra alla società Mondadori Electa S.p.A. per un importo di € 100.00,00 oltre Iva (così come prevista dalla D.G.C. n. 20/2019). Approvava altresì lo schema di contratto predisposto in accordo con Mondadori Electa S.p.A. con cui erano stati precisati i reciproci impegni. L'affidamento veniva effettuato tramite l'utilizzo della procedura negoziata senza bando prevista dall'art. 63, comma 2, lettera b) del d.lgs. 50/2016 che consente l'affidamento ad un operatore economico determinato quando la concorrenza è assente per motivi tecnici, per ragioni di tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, e quando lo scopo dell'appalto consiste nell'acquisizione di un'opera d'arte unica. Con la stessa determinazione veniva disposta l'esecuzione del servizio in via di urgenza ai sensi dell'art. 32, comma 8, del d.lgs. 50/2016.

### **Diritto**

Relativamente ad entrambe gli affidamenti si rileva quanto segue.

Nella comunicazione di avvio dell'istruttoria è stato evidenziato come l'art. 63 comma 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016 ammetta la possibilità di affidare un appalto di servizi tramite procedura negoziata senza bando quando i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico, per una serie di ragioni tassativamente indicate dalla norma.

Nel caso degli affidamenti posti in essere dal Comune di Mantova viene in rilievo il caso di cui al punto 1 dell'art. 63 comma 2 lettera b) ovvero quando «lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica».

In base a quanto verificato, il Comune di Mantova non ha acquistato delle opere d'arte, poiché le opere oggetto di esposizione sono state concesse in prestito dalla Galleria Tret'jakov di Mosca per quanto riguarda la mostra di Chagall, e da altri musei e collezioni internazionali per quanto riguarda la mostra di Braque (Kunstmuseum Picasso di Münster, Museo di Belfort, Fondazione Maeght di Saint Paul de Vence, National Gallery di Praga, Museo del Novecento di Milano).

Inoltre la società Mondadori Electa non è l'artista di cui le opere d'arte sono frutto di espressione di specifica identità.

È stata rilevata, altresì, la violazione del comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016 in quanto non risulta espletata, da parte dell'amministrazione comunale, una verifica sulla circostanza per cui i servizi in esame potevano essere forniti unicamente da quel determinato operatore economico attraverso una consultazione preliminare di mercato, di cui occorre dare conto nella motivazione della determina a contrarre (comma 1 dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016).

L'oggetto dell'affidamento è stato quindi qualificato quale appalto di servizi di organizzazione di mostre di cui all'Allegato IX del d.lgs. 50/2016 (CPV 79950000 -8), in relazione ai quali, se sotto soglia, nel MePa è presente un bando relativo alla categoria merceologica dei servizi di organizzazione di eventi, tra cui l'organizzazione di mostre ed eventi.

La società Mondadori Electa S.p.A. non risulta quindi l'unico operatore economico in grado di offrire il servizio, essendo il mercato dell'organizzazione di mostre ed eventi caratterizzato dalla presenza di una pluralità di operatori economici, che vi operano in concorrenza. Il Comune di Mantova, pertanto, avrebbe potuto approvvigionarsi del servizio attraverso tale strumento, in modo da garantire la più ampia concorrenza tra operatori economici.

### Controdeduzioni

Nelle proprie controdeduzioni il Comune di Mantova ha rappresentato come la proposta ricevuta da Mondadori Electa S.p.A. (società che opera nel settore culturale conosciuta per aver organizzato tra le più importanti esposizioni d'arte in Italia) non fosse generica, cioè commercialmente vendibile a qualunque ente, consistendo invece in un programma espositivo pensato specificatamente per la Città di Mantova, con ambientazione nel Palazzo della Ragione.

Dunque, le proposte pervenute al Comune di Mantova riguardavano progetti espositivi ed allestitivi non "preconfezionati" e proponibili in altre sedi nazionali ma progetti unici, ideati, e pensati e proposti specificamente da Electa per il Comune di Mantova.

Ha evidenziato, inoltre, come nel campo dell'arte sia nota la difficoltà di ottenere prestiti di opere di carattere eccezionale per eventi espositivi ed anche tale aspetto renderebbe le proposte di mostre formulate da Mondadori Electa non sovrapponibili o confrontabili.

Il Comune di Mantova ha richiamato, altresì, la giurisprudenza che ha riconosciuto alle mostre ed ai format espositivi la qualifica di opera dell'ingegno di carattere creativo, tutelata dal diritto di autore con riconoscimento al coautore/autore dei diritti morali e patrimoniali di autore.

Ad avviso del Comune tale orientamento può essere esteso anche ai progetti espositivi di carattere creativo, caratterizzati non da genericità ma da specificità, frutto di format non standardizzati e replicabili, quale quello di Mondadori Electa, che è stato ideato, pensato e proposto specificamente per il Comune di Mantova. Per il Comune non è quindi da escludersi che le mostre in questione possano essere qualificate quali proprietà intellettuali.

Sostiene inoltre il Comune che per la tipologia ed il valore delle opere a disposizione per entrambe le mostre, per l'intendimento dell'amministrazione comunale di organizzare eventi espositivi di assoluto richiamo e importanza, la proposta di Mondadori Electa assumeva il carattere della infungibilità, nel senso che non era rinvenibile sul mercato un possibile operatore alternativo nella materiale possibilità di presentare proposte di analoga valenza.

In altri termini le due mostre di cui si tratta, con quelle determinate opere d'arte, non potevano che essere organizzate con Mondadori Electa, non essendoci sul mercato altri operatori in grado di offrire, per l'esposizione, dette opere.

Le ragioni sopra esposte farebbero ritenere, per il Comune di Mantova, le condizioni per la legittimità del ricorso alla procedura negoziata senza bando, rientrando la fattispecie nella previsione di cui all'art. 63, comma 2, lettera b) n. 1 del d.lgs. 50/2016.

Tale norma, ad avviso del Comune, con particolare riferimento alla lettera b) n. 1 dell'art. 63, sarebbe estensibile a casi del tutto analoghi, quale quello di specie, in cui il servizio è consistito nel poter mettere a disposizione, per mostre, opere d'arte in prestito altrimenti non ottenibili a questi scopi.

Da ultimo, il Comune di Mantova ha chiarito che Mondadori Electa ha svolto esclusivamente i servizi di allestimento della mostra, mentre gli altri servizi pur attinenti e complementari all'evento (quali il servizio di guardiania, custodia, pulizia e biglietteria) sono stati svolti dalla Società Verona 83 s.c.r.l., a cui il Comune di Mantova ha affidato, in esito a procedura di gara, la concessione dei servizi logistici e sussidiari alla gestione delle sale e monumenti civici.

Gli ulteriori servizi di trasporto delle opere sono stati svolti dai soggetti individuati dai soggetti prestatori esteri delle opere, come spesso avviene per tale peculiare attività.

### Valutazioni

Occorre evidenziare, in primo luogo, come la procedura negoziata senza bando disciplinata dall'art. 63 del d.lgs. 50/2016 costituisca una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e possa essere utilizzata soltanto nei casi tassativamente previsti dalla norma, trattandosi di disciplina di stretta interpretazione.

La scelta di tale modalità di affidamento, in quanto derogatoria dell'evidenza pubblica, richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza (Corte di giustizia europea sentenza 8 aprile 2008, causa C-337/05; Consiglio di Stato, V, 13.6.2016 n. 2529).

Nel caso specifico, il ricorso alla procedura di cui all'art. 63, comma 2, lettera b) n. 1 del d.lgs. 50/2016 è ammissibile solo quando «lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica».

La procedura di cui si tratta può essere quindi utilizzata solo quando un unico operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto, in quanto l'identità dell'artista determina intrinsecamente il carattere e valore unico dell'opera d'arte stessa (Cfr. Relazione AIR alle Linee guida n.8, emanate dall'Autorità con delibera n. 950 del 13.9.2017).

Non si condivide pertanto la tesi, sostenuta dal Comune di Mantova, di un'estensione analogica della norma ai prestiti di opere d'arte da parte di società terze rispetto al creatore della stessa opera d'arte o della rappresentazione artistica.

Per quanto riguarda l'asserito carattere creativo delle mostre ideate *ad hoc* da Mondadori Electa per il Comune di Mantova, che qualificerebbe le mostre in quanto tali opere d'arte, tutelate dal diritto di autore, e dunque con diritti di esclusiva quali la proprietà intellettuale, si osserva in primo luogo che gli atti della procedura (delibere di giunta e determine a contrarre) non fanno riferimento alle ipotesi disciplinate dall'art. 63 comma 2 lettera b) punto 3 del d.lgs. 50/2016 (tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale).

Gli atti di Giunta fanno invece riferimento all'utilizzo della negoziazione diretta senza previa pubblicazione di bando «trattandosi di opera d'arte».

Le determine a contrarre fanno un generico riferimento all'art. 63, comma 2, lettera b) del d.lgs. 50/2016 «che consente l'affidamento ad un operatore economico determinato quando la concorrenza è assente per motivi tecnici, per ragioni di tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale, e quando lo scopo dell'appalto consiste nell'acquisizione di un'opera d'arte unica».

Nelle controdeduzioni presentate il Comune dichiara espressamente che la fattispecie oggetto di istruttoria rientra nell'art. 63, comma 2, lettera b) n. 1 del d.lgs. 50/2016 (acquisto di opera d'arte) e dunque non può assumere rilievo la casistica della tutela di diritti esclusivi e di proprietà intellettuale disciplinati dall'art. 62 comma 2 lettera b) punto 3 del d.lgs. 50/2016.

A riguardo occorre rilevare altresì, il mancato assolvimento, nella determina a contrarre, del particolare onere motivazionale richiesto dall'art. 63 comma 1 del d.lgs. 50/2016 nel caso di adozione della procedura negoziata senza bando, nella quale occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata.

In ogni caso, anche nell'ipotesi in cui le mostre organizzate da Mondadori Electa per il Comune di Mantova potessero essere tutelate come proprietà intellettuale, ciò non ne determinerebbe di per sé l'infungibilità.

Infatti, come evidenziato dall'Autorità Linee guida n.8 di cui alla delibera n. 950/2017, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi, in quanto un bene o un servizio è infungibile quando è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno dell'amministrazione. Pertanto, anche in presenza di diritti esclusivi, non è detto che il bisogno dell'amministrazione non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altre soluzioni,

A ciò deve aggiungersi che la delibera di Giunta n. 22 del 13 febbraio 2018, con cui il Comune di Mantova sulla scorta del Piano esecutivo di gestione ha dato gli indirizzi per la procedura di gara, fa riferimento alla generica realizzazione di un «Programma espositivo sulle avanguardie artistiche del 900».

Nulla esclude quindi che, una volta determinatosi a realizzare un programma espositivo sulle avanguardie artistiche del 900, il Comune di Mantova avrebbe potuto valutare, in alternativa alla proposta di Mondadori Electa, ulteriori soluzioni di altri operatori economici in grado di offrire progetti ideati ed allestiti *ad hoc* per il Comune di Mantova sulla stessa tematica, ad esempio tramite prestito di altre opere provenienti da altri musei di pari importanza, eventualmente a condizioni più vantaggiose, sia dal punto di vista tecnico che economico.

Da ultimo, ma non per importanza, la procedura posta in essere dal Comune di Mantova si rivela illegittima anche con riferimento alla disposizione di cui al comma 6 dell'art. 63 del d.lgs. 50/2016, in base alla quale la stazione appaltante deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso indagini di mercato, dando puntuale riscontro, nella determina a contrarre, degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio oggetto di affidamento (cfr. delibera n. 660 del 18 luglio 2018).

Risulta infatti che il Comune di Mantova non ha verificato la sussistenza di soluzioni alternative a quelle di Mondadori Electa, né attraverso consultazioni preliminari di mercato (art. 66 del d.lgs. 50/2016) né attraverso indagini di mercato (art. 63 comma 6 del d.lgs. 50/2016) e dunque non risulta accertata, nella determina a contrarre, l'infungibilità della fornitura o del servizio oggetto di affidamento, con la conseguenza che l'infungibilità della proposta si delinea come un'affermazione non comprovata.

In base alle risultanze istruttorie e per quanto prima considerato, il Consiglio

### **DELIBERA**

- l'affidamento da parte del Comune di Mantova, tramite procedura negoziata senza bando, dell'organizzazione delle mostre «Marc Chagall come nella pittura così nella poesia» e «Braque vis a vis» nell'ambito del Programma espositivo a carattere temporaneo sulle avanguardie artistiche del 900, triennio 2018/2020 presso il Palazzo della Ragione, si è posto in violazione delle disposizioni di cui all'art. 63 del d.lgs. 50/2016, essendo avvenuto, in base all'istruttoria effettuata, in assenza dei relativi presupposti applicativi;
  
- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera al Comune di Mantova ed alla Mondadori Electa S.p.A.

Il Presidente f.f.  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 28 aprile 2020

Il Segretario *Rosetta Greco*