

L'inderogabilità del modulo concessorio per la gestione indiretta delle attività di valorizzazione dei beni culturali di proprietà pubblica

di Maria Nunzia Natale

Data di pubblicazione: 12-12-2017

Non risulta accettabile l'asservimento dei servizi di valorizzazione dei beni culturali di proprietà pubblica rispetto ai servizi strumentali di biglietteria, in antitesi all'opzione abbracciata dalla legge, che considera centrale il momento della valorizzazione, integrabile con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria, in una visione unitaria e universale dei servizi per il pubblico da affidare con il modello concessorio.

E' illegittimo il bando di gara – nonché tutti gli atti ad esso connessi ed oggetto di espressa impugnazione – nei limiti in cui dispone una gara d'appalto non circoscritta al solo servizio di biglietteria ed alle attività ad esso meramente accessorie (ivi comprese le attività di informazione), bensì esteso anche ai servizi "aggiuntivi" di cui all'art. 117 del D.Lgs. 42/2004.

Conformi: Cons. Stato, VI, 4 settembre 2012, n. 4682; V, 9 settembre 2011, n. 5068; V, 6 giugno 2011, n. 3377

Guida alla lettura

Oggetto della pronuncia in commento è la corretta interpretazione del disposto dell'art. 115 del D.Lgs. 42/2004 (Codice dei Beni Culturali), che individua nello strumento della concessione a terzi, la modalità di gestione indiretta delle attività di valorizzazione dei beni culturali di proprietà pubblica.

L'art. 117, a sua volta, prevede il medesimo strumento della concessione per l'ipotesi di gestione indiretta dei servizi di assistenza e di ospitalità per il pubblico che possono svolgersi negli istituti e nei luoghi di cultura indicati dall'art. 101, aggiungendo, altresì, che tali servizi possono svolgersi in forma integrata con quelli di pulizia, vigilanza e di biglietteria e, in tale ipotesi, assoggettando questi ultimi al medesimo regime concessorio. Pertanto, solo al di fuori dell'ipotesi di gestione integrata, tali ultimi servizi possono essere affidati a privati secondo il regime degli appalti di servizi.

Ciò premesso, la questione si è posta a seguito della pubblicazione sulla G.U.R.I. da parte di Cosip S.p.A. – in esecuzione del disciplinare sottoscritto con il Ministero dei beni e delle attività

culturali e del turismo (MIBACT) – di una gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza presso i siti del Colosseo, Foro Romano-Paladino e Domus Aurea, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Avverso tale bando proponeva, infatti, ricorso una società operante nel settore dei servizi di guida e informazione ai visitatori dei luoghi di interesse artistico e culturale, sostenendo che la gara in questione non sarebbe stata limitata affatto all'affidamento del servizio di biglietteria, ma avrebbe altresì ricompreso una serie di attività riconducibili al servizio "aggiuntivi" di cui all'art. 117 prima citato, con conseguente violazione della relativa normativa.

In particolare, **la violazione denunciata attiene alla circostanza che, rendendo centrali come oggetto della gara, i servizi di biglietteria e vigilanza, e soltanto accessori quelli "aggiuntivi", si sarebbero sottratti anche questi ultimi al regime concessorio delineato dal Codice, in completo stravolgimento della relativa normativa.**

Laddove, nelle intenzioni del Legislatore, i servizi di biglietteria e vigilanza risultano serventi rispetto a quelli di cui all'art. 117, i quali, pertanto, dovevano risultare il vero oggetto delle prestazioni, da affidare in concessione ad operatori qualificati attivi nel settore dei servizi aggiuntivi.

Del resto, si aggiunge che la scelta dello strumento della concessione da parte del legislatore non è causale in quanto trasferendo sul concessionario l'alea della gestione del servizio, lo motiverebbe e lo spronerebbe ad elaborare modelli efficienti di gestione e ad incrementare i guadagni mediante la valorizzazione e lo sviluppo qualitativo dell'offerta culturale.

La tesi sostenuta dall'Amministrazione resistente muove dal rilievo secondo cui, nella gara in questione, i servizi aggiuntivi risulterebbero meri sotto servizi di carattere operativo al servizio principale di biglietteria, per i quali si tratterebbe al più di mera vendita degli stessi, ma non anche della loro erogazione operativa. Inoltre, essa si riservava di affidare successivamente gli stessi mediante una successiva gara, verosimilmente con il modulo concessorio, in attesa della definizione del giudizio.

Si tratta tuttavia di una ricostruzione ritenuta non accoglibile dal Consiglio di Stato in quanto, il Capitolato tecnico non si limitava a prevedere la vendita di detti servizi, ma anche la relativa gestione, ossia un intervento organizzativo incompatibile con l'autonomia operativa e gestionale del concessionario.

Il concessionario, infatti, – ossia colui cui dovrebbe eventualmente essere affidata in concessione l'erogazione dei servizi aggiuntivi di valorizzazione – come insegna consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 4 settembre 2012, n. 4682; V, 9 settembre 2011, n. 5068; V, 6 giugno 2011, n. 3377), assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa (per contro, nel caso dell'appalto, l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione).

Nel caso di specie, però, i penetranti poteri organizzativi dell'appaltatore del servizio di

biglietteria appaiono del tutto incompatibili con la piena libertà organizzativa ed operativa del (futuro e diverso) concessionario, che rappresenta il “corrispettivo” dell’assunzione, da parte di quest’ultimo, del rischio di impresa (salvi, ovviamente, eventuali vincoli individuati dall’amministrazione o per legge, per obiettive esigenze di tutela dei beni culturali).

Proprio perché tale, il concessionario deve poter perlomeno organizzare lui direttamente – secondo le proprie esigenze, anche d’impresa – i servizi erogati, laddove qui sarebbe incomprensibilmente etero-organizzato da un terzo soggetto privato, ossia l’appaltatore del servizio di biglietteria.

Alla luce di quanto sopra, il Consiglio di Stato ritiene fondato il nucleo centrale delle censure, volto a stigmatizzare l’avvenuto asservimento dei servizi di valorizzazione rispetto ai servizi strumentali di biglietteria, in antitesi all’opzione abbracciata dalla legge, che considera centrale il momento della valorizzazione, integrabile con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria, in una visione unitaria e universale dei servizi per il pubblico da affidare con il modello concessorio.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5593 del 2017, proposto da:
D’Uva s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino n. 2/A;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;

Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo - MIBACT, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall’Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12, è elettivamente domiciliata;

Soprintendenza speciale per il Colosseo e l’Area archeologica centrale di Roma, in persona

del Soprintendente *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Confcultura, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Cardi, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Bruno Buozzi n. 51;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Gestione Multiservizi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentina Lipari, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino n. 2/A;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE II n. 08009/2017, resa tra le parti, concernente affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza per i siti del Colosseo, Palatino - Foro romano e Domus Aurea.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a., del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, nonché di Confcultura;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Vulpetti, Lipani, Sbrana, Lipari e Cardi, nonché dell'avvocato dello Stato Aiello;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che Consip s.p.a. – in esecuzione del disciplinare sottoscritto con il Ministero dei

beni e delle attività culturali e del turismo (MIBACT), nell'ambito delle attività di supporto alle amministrazioni assegnate dall'art. 16, comma 1, del d.l. n. 78 del 2015 (convertito con l. n. 125 del 2015) – indicava, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 19 del 15 febbraio 2017, una "gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza presso i siti del Colosseo, Foro Romano-Palatino e Domus Aurea", della durata di 48 mesi, suddivisa in 2 lotti,

da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un valore complessivo di euro 45.000.000,00.

Avverso il suddetto bando (nonché il disciplinare del 23 dicembre 2015, siglato tra il MIBACT e Consip s.p.a., *in parte qua*, il disciplinare, il capitolato tecnico e tutta la *lex specialis* di gara relativa al lotto 1), ritenuto immediatamente lesivo, proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio la società D'Uva s.r.l., operante nel settore dei servizi di guida e di informazione ai visitatori dei luoghi di interesse artistico e culturale, anche mediante la progettazione, la realizzazione e la diffusione di sistemi multimediali.

La ricorrente sosteneva che la gara non sarebbe stata limitata all'affidamento del servizio di biglietteria, ma avrebbe pure ricompreso una serie di attività riconducibili ai cd. "servizi aggiuntivi" di cui d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*), con conseguente violazione della normativa vigente.

In particolare, con ciò facendo la stazione appaltante avrebbe eluso il principio di legge che individua la centralità di detti servizi – da assegnare mediante concessione (laddove nel caso di specie si era ricorsi al diverso strumento dell'appalto di servizi) – rispetto alle attività accessorie quali quelle di biglietteria e di vigilanza, che invece nel bando di gara impugnato avrebbero assunto un ruolo principale, a scapito dei servizi aggiuntivi (*recte*, di parte di essi) che, così facendo, sarebbero stati pure sottratti al regime concessorio per divenire mere appendici serventi dei primi.

Per l'effetto, lungi dal perseguire la valorizzazione del sito – come per legge – attraverso l'integrazione della biglietteria nei servizi aggiuntivi, operando uno stravolgimento del modello legale di riferimento, attraverso l'inclusione nella biglietteria di una parte essenziale delle prestazioni rientranti nel servizio di guida ed assistenza didattica, nella prassi corrente affidate in concessione ad operatori qualificati attivi nel settore dei servizi aggiuntivi.

Più nello specifico, la ricorrente articolava i seguenti motivi di ricorso:

Illegittimità dell'indizione della procedura aperta per l'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza per i siti del Colosseo, Foro Romano - Palatino e Domus Aurea. Violazione dell'art. 16 del d.l. n. 78 del 2015. Violazione in parte qua del disciplinare del 23.12.2015 sottoscritto tra il MIBACT e Consip Spa avente ad oggetto "lo svolgimento di attività di supporto in tema di acquisizione di beni e servizi e affidamento di concessioni".

In particolare, l'art. 16 del d.l. n. 78 del 2015 autorizza le amministrazioni aggiudicatrici preposte alla valorizzazione dei beni culturali ad avvalersi di Consip, anche quale centrale di committenza, per "*lo svolgimento*" delle procedure di gara per l'affidamento in concessione dei servizi di cui all'art. 117 d.lgs. n. 42 del 2004. Il contenuto della delega conferita da MIBACT a Consip è definito dal disciplinare siglato il 23 dicembre 2015.

Ad avviso della ricorrente, il MIBACT avrebbe abdicato alla propria funzione, lasciando che Consip provvedesse non solo allo svolgimento della gara, ma anche all'individuazione dell'oggetto del contratto posto a gara e delle attività ivi comprese: Consip non si sarebbe

quindi limitata a gestire il semplice “svolgimento” della procedura, ma avrebbe altresì definito le esigenze da soddisfare, i volumi da coprire e le caratteristiche del contratto da porre in gara (appalto e non concessione), in violazione delle prerogative della pubblica amministrazione.

Peraltro, laddove il disciplinare 23 dicembre 2015 avesse effettivamente inteso conferire a Consip tali poteri, lo stesso dovrebbe considerarsi illegittimo per violazione della norma primaria.

Violazione dell'art. 117 d.lgs. n. 42 del 2004, nella parte in cui prevede la concessione integrata.

Secondo la ricorrente, la scelta di scorporare la biglietteria dai servizi aggiuntivi e di includervi alcune attività rientranti nei servizi aggiuntivi non sarebbe stata conforme alla normativa vigente in materia.

Violazione dell'art. 103 del codice dei beni culturali e del decreto ministeriale 11 dicembre 1997, n. 507.

La gara in esame, relativamente al servizio di biglietteria, avrebbe contraddetto gli obiettivi di valorizzazione che ispirano la legislazione vigente, essendo stata concepita come appalto di servizi in cui le prestazioni rese non vengono remunerate attraverso una percentuale degli incassi, ma attraverso il pagamento di una somma costituente il corrispettivo della prestazione di piattaforme informatiche, attività di *back office* gestionale e di tesoreria.

Sempre secondo la ricorrente, l'importo previsto quale corrispettivo del servizio reso dall'appaltatore sarebbe stato svincolato dall'entità dei biglietti venduti, così come dagli interventi proposti dal concorrente per il miglioramento dei servizi medesimi e per l'attivazione o l'implementazione di strumenti informatici e telematici.

Violazione degli artt. 111, 115 e 117 del codice dei beni culturali nella parte in cui regolamentano le attività di valorizzazione dei siti e i servizi aggiuntivi. Violazione del DM 29 gennaio 2008.

Nell'appalto dei servizi di biglietteria sarebbero stati inclusi, inglobati e totalmente assorbiti il servizio di fornitura, noleggio e gestione di radioguide, audioguide/videoguide, il servizio di informazioni comprendente il servizio editoriale/comunicazione, nonché il servizio di gestione delle visite guidate.

La gara, pertanto, sarebbe stata indetta in violazione dell'art. 115 del d.lgs. n. 42 del 2004 nella parte in cui stabilisce che la gestione indiretta è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione. Lo strumento della concessione sarebbe stato prescelto dal legislatore poiché, trasferendo sul concessionario l'alea della gestione del servizio, lo motiverebbe e lo spronerebbe ad elaborare modelli efficienti di gestione e ad incrementare i guadagni mediante la valorizzazione e lo sviluppo qualitativo dell'offerta culturale.

Per contro, la privazione dei contenuti multimediali e l'affidamento della gestione e della

vendita del servizio di guida a soggetti non qualificati snaturerebbe del tutto il servizio di guida ed assistenza didattica come inteso dall'art. 117 e dai principi di valorizzazione dei beni culturali ivi espressi. Nel servizio di guida ed assistenza didattica, infatti, i contenuti costituirebbero un tutt'uno inscindibile con il supporto radio audio video/guida, dal momento che senza contenuto non vi sarebbe valorizzazione del bene culturale.

La gara separerebbe invece i servizi aggiuntivi che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero essere affidati in modo integrato tra di essi.

Carenza di istruttoria e di motivazione nella determinazione del prezzo, delle quantità, delle modalità di erogazione del servizio e delle dotazioni tecniche minime di radioguide / audioguide / videoguide.

Deduceva poi la ricorrente che i concorrenti avrebbero dovuto necessariamente fornire un supporto audioguida / videoguida privo di contenuti, come un *computer* senza *software*, vale a dire un supporto vuoto e non funzionante fino a che non venga installato, con un'operazione tecnica non scontata, l'applicativo informativo che lo attiva. La normativa di gara non avrebbe inoltre dato atto dello svolgimento di un'istruttoria volta a determinare un prezzo congruo ed adeguato a remunerare la fornitura dei supporti in questione.

Nel costituirsi in giudizio, le controparti eccepivano l'inammissibilità del ricorso, sia per carenza di interesse, sia perché il gravame sarebbe finalizzato a censurare il merito dell'azione amministrativa. A sua volta, Consip contestava altresì l'ammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* spiegato da

Confcultura, in quanto la legittimazione ad agire di un'associazione di settore presupporrebbe la lesione dell'interesse collettivo di tutti gli appartenenti alla categoria, unitariamente considerata, mentre sarebbe da escludere quando, come nel caso di specie, si controverta su questioni capaci di dividere la categoria stessa in posizioni contrapposte.

Deduceva altresì l'inammissibilità dell'intervento *ad adiuvandum* spiegato da Gestione Multiservizi s.r.l. in quanto il "*servizio di guida ed assistenza didattica*", costituente il principale oggetto dell'attività di quest'ultima, esulerebbe dal perimetro oggettivo della gara.

Nel merito, le parti resistenti contestavano poi la fondatezza delle censure dedotte da D'Uva s.r.l., concludendo per il rigetto del ricorso.

Con ordinanza 27 aprile 2017, n. 2026, il Tribunale adito respingeva l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, non ritenendo il gravame assistito da "*un interesse attuale e concreto all'impugnativa*", atteso che "*come espressamente indicato da Consip nella propria memoria difensiva, è imminente l'avvio della procedura finalizzata all'affidamento dei servizi di effettivo interesse per la ricorrente, vale a dire l'affidamento in concessione dei servizi di gestione delle visite guidate etc.*".

Avverso tale provvedimento la ricorrente interponeva appello al Consiglio di Stato, che lo accoglieva parzialmente con ordinanza 25 maggio 2017, n. 2214, con esclusione del solo

servizio di biglietteria. Evidenziava, in particolare, il giudice d'appello, che *“il bando di appalto impugnato ha ad oggetto il “servizio di biglietteria per i siti del Colosseo, Foro romano-Palatino e Domus*

Aurea”, includente, tra l’altro, come si evince dal capitolato tecnico, il servizio di informazione, di noleggio e gestione di radioguide, audio guide/video guide, e di gestione delle visite guidate;

Considerato che tali servizi rientrano tra i “servizi per il pubblico” che l’art. 117 del d.lgs. n. 42 del 2004 espressamente riconduce nell’ambito della speciale concessione di servizi, allorché sia scelta, come modalità di gestione, l’attività di valorizzazione indiretta;

Considerato che l’impropria riconduzione nel perimetro dell’appalto contestato di parte dei servizi in questione non appare tecnicamente esclusa dalla previsione del punto 7.3 del capitolato, laddove afferma che nella fornitura “non è compresa la fornitura del contenuto multimediale e culturale di audioguide/videoguide”.

A seguito di tale provvedimento, avendo Consip mantenuto fermo il termine di presentazione delle offerte per il 6 luglio 2017, la ricorrente D’Uva s.r.l. nuovamente adiva il Consiglio di Stato, al fine dell’ottemperanza all’ordinanza n. 2214 del 2017.

Con ordinanza n. 2866 del 6 luglio 2017, la V Sezione del Consiglio di Stato accoglieva la domanda di esecuzione, precisando che *“i chiarimenti della Consip, nella misura in cui disciplinano la gara, della quale con avviso di rettifica del bando è stato prorogato al 6 luglio 2017 e poi al 19 settembre 2017 il termine per il ricevimento delle offerte, risultano in parte elusivi dell’ordinanza n. 2214 del 2017 della Sezione, e cioè laddove ricomprendono il “servizio di fornitura, vendita e gestione di radioguide, audio guide/video guide” ed il “servizio di vendita e gestione delle visite guidate” nell’ambito del servizio di biglietteria”.*

Veniva inoltre evidenziato come fosse *“difficilmente concepibile, sul piano giuridico, una separazione del “dispositivo fisico” dal suo contenuto multimediale, come pure della vendita di visite guidate dalla fornitura del personale accreditato allo svolgimento del servizio di guida, atteso che il dispositivo è lo strumento, o comunque descrive un rapporto di accessoria rispetto all’oggetto della concessione”.*

Si concludeva pertanto che la gara poteva proseguire solamente per il servizio di biglietteria, inclusivo del “servizio di informazione”.

Con sentenza 7 luglio 2017, n. 8009, il Tribunale amministrativo del Lazio respingeva il ricorso, ritenendo in particolare che *“l’oggetto dell’appalto non ecceda il servizio di biglietteria per invadere i servizi di valorizzazione culturale indicati nell’art. 117, comma 2, d.lgs. n. 42 del 2004 - in particolare, la lett. a), relativa al “servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali”, e la lett. e), relativa ai “servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l’infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di ascolto” - per cui la gestione dei servizi poteva essere legittimamente affidata in appalto anziché in concessione”.*

In questi termini, proseguiva la sentenza, *“L’amministrazione ha inteso riservare all’appalto del servizio di biglietteria la fornitura dei supporti, vale a dire dell’hardware, delle audioguide e videoguide e tale scelta è compatibile, per quanto detto in precedenza, con il quadro normativo in materia trattandosi di un servizio strumentale e non aggiuntivo e non può dirsi ictu oculi manifestamente irragionevole, mentre la ricorrente potrà senz’altro partecipare, ove intenda farlo, alla eventuale futura gara per l’affidamento in concessione dei servizi strumentali sebbene la fornitura dei supporti non siano inclusi nel relativo oggetto”*.

Avverso tale decisione la società D’Uva s.r.l. proponeva appello, articolato nei seguenti motivi di gravame:

Violazione in parte qua dell’art. 16 del d.l. 78/2015 conv. in l. 125/2015 e del disciplinare del 23.12.2015 sottoscritto tra il MIBACT e Consip s.p.a. avente per oggetto “lo svolgimento di attività di supporto in tema di acquisizione di beni e servizi e affidamento di concessioni”. Violazione degli artt. 115 e 117 D.Lgs. 42/2004 nella parte in cui prevedono l’affidamento in concessione”;

Violazione degli artt. 111, 115 e 117 del Codice dei beni culturali (D.Lgs. 442/2004) e del d.m. 29.1.2008 nella parte in cui regolamentano la gestione integrata dei servizi aggiuntivi e dei servizi strumentali;

Violazione degli artt. 111 e segg. del D.Lgs. 42/2004. Illegittimità del bando e della lex specialis di gara per aver incluso nell’attività di biglietteria attività e prestazioni estranee a quest’ultima ed attinenti al servizio aggiuntivo di informazione, guida e assistenza didattica;

Violazione degli artt. 115-117 del D.Lgs. 42/2004 e dell’art. 83 del D.Lgs. 50/2016 e del principio di selezione dei concorrenti secondo le capacità economiche, finanziarie e tecniche adeguate al servizio da rendere;

Illegittimità della gara per difetto e comunque carenza di istruttoria e di motivazione nella determinazione del prezzo, delle quantità, delle modalità di erogazione del servizio e delle dotazioni tecniche minime di radio/audio/video-guide;

Violazione dell’art. 103 del Codice dei beni culturali e del decreto ministeriale 11 dicembre 1997, n. 507 - Regolamento recante norme per l’istituzione del biglietto di ingresso;

Con decreto monocratico 27 luglio 2017, n. 3186, adottato inaudita *altera parte*, il Presidente della V Sezione del Consiglio di Stato accoglieva la domanda cautelare proposta dall’appellante, per l’effetto sospendendo *“gli effetti dell’impugnata sentenza del Tribunale amministrativo del Lazio, II, 7 luglio 2017, n. 8009, inibendo come domandato la presentazione delle offerte di gara sino alla camera di consiglio, che fissa per il giorno 7 settembre 2017”*.

L’istanza cautelare veniva poi accolta dal giudice d’appello con ordinanza 8 settembre 2017, n. 3717.

Nel costituirsi in giudizio, Consip s.p.a. deduceva in parte l’inammissibilità dell’appello

(quanto ai motivi 4, 5 e 6), in parte la sua infondatezza.

Anche il Ministero, costituitosi in giudizio, contestava l'inammissibilità del gravame (andando le censure ad incidere sulla discrezionalità dell'amministrazione) e, comunque, la sua infondatezza, concludendo per il rigetto del medesimo.

Da parte sua Confcultura, costituitasi con memoria 4 settembre 2017, instava invece per l'accoglimento dell'appello.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano, con apposite memorie, le proprie tesi difensive, e all'udienza del 16 novembre 2017, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

DIRITTO

A un complessivo esame degli atti di causa, il Collegio ritiene di dover preliminarmente – e congiuntamente – esaminare, per ragioni di pregiudizialità logica, il secondo ed il terzo motivo di appello, entrambi attinenti al merito della controversia.

Con essi, D'Uva s.r.l. deduce la violazione, da parte del bando di gara, degli artt. 111, 115 e 117 del d.lgs. n. 42 del 2004, nonché del d.m. 29 gennaio 2008, nella parte in cui regolamentano la gestione integrata dei servizi aggiuntivi e dei servizi strumentali.

2. E' opportuna l'illustrazione delle fonti normative evocate dall'appellante.

L'art. 115 del codice del 2004 prevede che le attività di valorizzazione dei beni culturali di proprietà pubblica (i cui principi sono espressi all'art. 111) sono gestite in forma diretta o indiretta. Quest'ultima, rilevante nel caso su cui si controverte, *"è attuata tramite concessione a terzi delle attività di valorizzazione, anche in forma congiunta e integrata, da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono o dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti"*.

A sua volta, l'art. 117 così recita: *"1. Negli istituti e nei luoghi della cultura indicati all'articolo 101 possono essere istituiti servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico.*

2. Rientrano tra i servizi di cui al comma 1:

a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali;

b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario;

c) la gestione di raccolte discografiche, di diapositive e biblioteche museali;

d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni;

e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro;

f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba;

g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali”.

Il terzo comma della norma prevede poi che “I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria”, laddove il comma successivo ribadisce che la gestione dei servizi medesimi è attuata nelle forme previste dall'articolo 115 (ossia mediante concessione, nel caso di gestione indiretta).

La valorizzazione dei beni culturali, *in primis* attraverso i servizi di cui si è detto, assume una valenza centrale nel sistema del *Codice dei beni culturali*, essendole dedicato il Capo II della Sezione II del Titolo II (*Principi della valorizzazione dei beni culturali*).

Il decreto ministeriale 29 gennaio 2008 (*Modalità di affidamento a privati e di gestione integrata dei servizi aggiuntivi presso istituti e luoghi della cultura*, all'art. 1, lett. d), qualifica “servizi aggiuntivi: i servizi di assistenza culturale, di accoglienza e di ospitalità per il pubblico, nonché ogni altro servizio strumentale alla migliore valorizzazione e fruizione degli istituti e dei luoghi della cultura”.

Il successivo art. 3, comma 2 elenca poi, in via meramente esemplificativa, alcune tipologie di “servizi aggiuntivi”, tra cui “a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali nonché di merchandising; [...] e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro, il presidio medico”.

Il quarto comma ribadisce che “L'organizzazione dei servizi aggiuntivi avviene in forma integrata mediante affidamento di concessione a soggetti privati. Per organizzazione in forma integrata si intende una procedura di affidamento che consenta l'attivazione e la gestione di più servizi aggiuntivi integrati rispetto sia alle varie tipologie indicate nel comma 2 sia ai diversi istituti e luoghi della cultura, nei quali i servizi stessi devono essere svolti”, laddove il quinto comma chiarisce che “L'integrazione orizzontale tra diverse tipologie di servizi può essere estesa anche ai servizi di pulizia, di vigilanza, di custodia e di biglietteria. Al di fuori dell'ipotesi di gestione integrata, i suddetti servizi possono essere affidati a privati secondo il regime degli appalti di servizi”.

All'istituto della concessione dei servizi aggiuntivi, intesa quale esclusiva modalità di affidamento dei servizi di cui trattasi, sono infine dedicati gli artt. 5 e 6.

3. Tanto premesso sul piano della disciplina normativa interessata dai motivi di gravame ine esame, l'appellante deduce che, attraverso la predisposizione di un bando di gara d'appalto

apparentemente circoscritto ai servizi di biglietteria e vigilanza, ma in realtà ricomprendente anche dei servizi riconducibili al novero di quelli “aggiuntivi”, il Ministero e Consip – ognuno per quanto di propria competenza – avrebbero violato la normativa vigente, sopra richiamata, sotto due distinti profili.

Da un lato, si sarebbe eluso il vincolo di legge che ammette l’affidamento a privati dei suddetti servizi solo tramite concessione (e non anche a mezzo di appalto), dall’altro sarebbe stato sovvertito il principio che vuole la centralità dei suddetti servizi aggiuntivi rispetto a quelli, ad essi meramente accessori e strumentali, di biglietteria e vigilanza.

Il motivo di appello appare fondato.

3.1. Questione fondamentale della controversia è se i servizi indicati nel bando di gara quali oggetto dell’appalto, ulteriori rispetto a quelli di biglietteria e vigilanza, rientrano o meno nel novero dei servizi “aggiuntivi”, per i quali effettivamente il legislatore consente solamente l’affidamento a privati a mezzo concessione e che – data la loro rilevanza preponderante rispetto ai primi (come evincibile *a contrario* dal fatto che gli artt. 117 comma 3 d.lgs. n. 42 del 2004 e 3, comma 5 del d.m. 29 gennaio 2008 prevedono eccezionalmente la possibilità di gestire, in forma integrata e quali servizi accessori di quelli “aggiuntivi”, i servizi di biglietteria e vigilanza, ma non anche l’opposto) – non possono essere ridotti ad un loro mero strumento accessorio.

Ai sensi dell’art. 3 del *Capitolato tecnico*, “*Il presente Capitolato e le relative appendici si riferiscono ai Servizi di Biglietteria meglio descritti al capitolo 7 ed in particolare: 1. Servizio di supporto gestionale e di tesoreria; 2. Servizio di gestione postazioni di vendita sui Siti; 3. Servizio di fornitura, noleggio e gestione di radioguide, audioguide/videoguide; 4. Servizio di gestione delle code; 5. Servizio di supporto ai controlli di sicurezza; 6. Servizio informazioni; 7. Servizio di vendita e gestione delle visite guidate; 8. Servizio di controllo accessi e uscite; 9. Servizi di biglietteria off site; 10. Servizio di gestione gruppi*”.

Più nello specifico, l’art. 7.6 (*Servizio informazioni*) precisa, per quanto qui interessa, che “*Il servizio consiste nella erogazione di informazioni ai visitatori nei Siti del Colosseo e del Foro romano-Palatino. Le informazioni saranno erogate sia dal personale operativo previsto nell’appalto sia dai sistemi di cui al paragrafo 9.5.*

Le informazioni ai visitatori saranno fornite, sia all’esterno dei Siti che all’interno degli stessi ...”.

Ancora, l’art. 7.7 (*Servizio di vendita e gestione delle visite guidate*) chiarisce che “*Il servizio consiste nella vendita delle visite guidate e nell’organizzazione del calendario giornaliero e orario delle stesse, per i Siti oggetto della gara. Il Fornitore dovrà gestire tutte le visite con richieste provenienti sia da visitatori singoli che da gruppi. Il servizio prevede la gestione sia delle visite guidate richieste alla biglietteria fisica, sia di quelle acquistate sui canali off site*”.

Al riguardo, il successivo art. 7.7.1, relativo alle modalità di erogazione del suddetto servizio, precisa che “*Il servizio sarà gestito attraverso la realizzazione di un programma gestionale*

basato su un database della turnazione di tutte le visite guidate. Il database, realizzato grazie all'infrastruttura informatica di supporto secondo le indicazioni che saranno fornite dall'Amministrazione, dovrà gestire sia le visite a orari fissi sia quelle su richiesta. Le caratteristiche del database dovranno includere a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- elenco delle guide classificate per: tipologia di accreditamento, lingua, disponibilità orarie e giornaliera;*
- tipologia di visita;*
- itinerari;*
- numero persone del gruppo;*
- elenco feedback dei visitatori.*

Dovrà anche prevedere orari prefissati di visite guidate e relativa copertura e i meccanismi di rotazione e priorità delle guide (first in,first out). Si specifica che il presente appalto non comprende né la fornitura del personale accreditato allo svolgimento del servizio di guida né il contenuto culturale della visita stessa. Pertanto il Fornitore darà un supporto organizzativo e logistico al servizio e si coordinerà con l'Amministrazione o con eventuali terzi.

Il Fornitore dovrà dettagliare in Offerta Tecnica, nel Piano di Erogazione dei Servizi, le modalità di gestione del servizio, incluso il personale operativo impiegato nei Siti, per favorire l'incontro tra le guide e i fruitori delle visite guidate.

Le visite guidate vendute, dovranno essere gestite nel rispetto degli orari previsti pena l'applicazione delle penali di cui al paragrafo 17.2. La penale sarà applicata in caso di mancata erogazione della visita o di ritardo nell'erogazione per cause dipendenti dall'organizzazione ed esecuzione del servizio di gestione e vendita".

Quindi, l'art. 7.10, relativo al "Servizio di gestione gruppi", stabilisce che "La visita di gruppo rappresenta un importante strumento di fruizione dei Siti oggetto della gara. In particolare sia la vendita del titolo di accesso, sia la vendita di eventuali servizi accessori (visite guidate e radioguide), nonché le modalità di accesso ai Siti, devono prevedere delle procedure in linea con quanto definito al capitolo 13. Nella categoria gruppi si comprendono anche gli studenti delle scuole in uscita didattica".

Infine, per quanto concerne le modalità di erogazione di tal ultimo servizio (art. 7.10.1), viene precisato che l'aggiudicatario dovrà "come minimo" svolgere le seguenti attività: "ricevere le richieste di accesso ai Siti tramite Call Center,web o nelle postazioni fisiche di vendita; verificare la disponibilità dei turni di accesso in coerenza con la richiesta; promuovere, sia presso le postazioni di vendita fisiche che off site, i turni di accesso di visita liberi o con meno affluenza; vendere i titoli di accesso; controllare la regolarità dell'accesso; organizzare e gestire i turni di accesso per i gruppi che si formano on site". Inoltre "dovrà essere incentivata la vendita in anticipo (prevendita) attraverso i canali off site, pertanto, sia il sistema che gli

operatori del Call Center, dovranno garantire la massima efficienza per favorire tale obiettivo. Il servizio dovrà essere pertanto gestito mediante la realizzazione di un unico calendario integrato [...]’.

3.2. Come già anticipato, la valorizzazione dei siti culturali, attuata tramite l'erogazione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico (ex art. 117 d.lgs. n. 42 del 2004), detti anche “servizi aggiuntivi”, rappresenta lo scopo centrale del sistema tracciato dal vigente *Codice dei beni culturali*, rispetto ai quali quelli di biglietteria e vigilanza assumono carattere meramente accessorio e strumentale.

Nel caso di specie – come già rilevato dalla Sezione con le menzionate ordinanze 25 maggio 2017, n. 2214 e 6 luglio 2017, n. 2866 – i servizi di informazione, di noleggio e gestione di radioguide, audio guide/video guide, e di gestione delle visite guidate vanno ricondotti, sul piano letterale e sul versante teleologico, ai “servizi per il pubblico” che l'art. 117 del d.lgs. n. 42 del 2004 espressamente riconduce nell'ambito della speciale concessione di servizi, allorché sia scelta, come modalità di gestione, l'attività di valorizzazione indiretta.

Non appare infatti persuasiva la tesi di Consip, secondo cui l'inclusione di tali servizi nell'oggetto dell'appalto – anziché in apposita e separata concessione – sarebbe legittima in quanto si tratterebbe di meri “sotto servizi” di carattere operativo al servizio (principale) di biglietteria, per i quali si tratterebbe al più di mera vendita degli stessi, ma non anche della loro erogazione operativa.

Per tale ragione, detti servizi – “lungi dall'essere qualificabili quali servizi di valorizzazione ai sensi dell'art. 117, comma 1, del predetto Decreto e, dunque, dall'aver dignità autonoma rispetto al servizio di biglietteria, sono strettamente connesse a detto servizio – risultando necessarie ai fini della corretta e completa erogazione dello stesso – e, dunque, ad esso integralmente riconducibili”.

Sempre ad avviso di Consip, e come ribadito nella discussione orale in udienza, ai servizi di aggiuntivi di valorizzazione avrebbe dovuto essere dedicata una successiva – ed autonoma – gara (verosimilmente, con il modulo concessorio), nelle more sospesa in attesa della definizione del presente giudizio.

La ricostruzione della stazione appaltante, benché articolata e suggestiva, non può essere condivisa.

Invero, va rilevato come il Capitolato tecnico non si limiti a prevedere la vendita di detti servizi, ma anche la relativa gestione, ossia un intervento organizzativo incompatibile con l'autonomia operativa e gestionale del concessionario.

Gestione che, come in precedenza riportato, concerne ad esempio – oltre alla loro stessa vendita – la fissazione dei turni e della tipologia delle visite guidate, di orari prefissati per le visite guidate e la relativa copertura, nonché addirittura i meccanismi di rotazione e priorità delle guide.

Il concessionario – ossia colui cui dovrebbe eventualmente essere affidata in concessione l'erogazione dei servizi aggiuntivi di valorizzazione – come insegna consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Cons. Stato, VI, 4 settembre 2012, n. 4682; V, 9 settembre 2011, n. 5068; V, 6 giugno 2011, n. 3377), assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa (per contro, nel caso dell'appalto, l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione).

Nel caso di specie, però, i penetranti – per non dire quasi totalitari – poteri organizzativi dell'appaltatore del servizio di biglietteria appaiono del tutto incompatibili con la piena libertà organizzativa ed operativa del (futuro e diverso) concessionario, che rappresenta il “corrispettivo” dell'assunzione, da parte di quest'ultimo, del rischio di impresa (salvi, ovviamente, eventuali vincoli individuati dall'amministrazione o per legge, per obiettive esigenze di tutela dei beni culturali).

Proprio perché tale, il concessionario deve poter perlomeno organizzare lui direttamente – secondo le proprie esigenze, anche d'impresa – i servizi erogati, laddove qui sarebbe incomprensibilmente etero-organizzato da un terzo soggetto privato, ossia l'appaltatore del servizio di biglietteria.

Neppure risulta chiarito, nel *Capitolato tecnico*, se ed in che modo (nonché in quale percentuale) il detto appaltatore dovrebbe riversare al concessionario il corrispettivo del servizio venduto, ma dallo stesso non direttamente erogato.

Non è poi dirimente la circostanza, su cui insistono la sentenza gravata e le parti appellate, che l'appaltatore, limitandosi a un'attività di carattere meramente organizzativa e commerciale, non determini il “contenuto culturale” della visita guidata o il *software* dell'audioguida e non fornisca il personale incaricato di fare da guida, posto che, sul versante positivo, il tenore letterale del comma 2 dell'articolo 117 cit non ammette tale distinzione volta a scorporare contenuto culturale e profilo commerciale dei servizi aggiuntivi, e che, sul piano concettuale e operativo, non appare possibile separare – nell'ambito di un rapporto concessorio *naturaliter* esclusivo – dette prestazioni dalla gestione organizzativa (e strumentale) del servizio aggiuntivo.

La pregnanza dei poteri (etero-) organizzativi dell'appaltatore emerge implicitamente anche dalla previsione, di cui all'art. 7.7.1 del *Capitolato*, di una precisa responsabilità verso l'amministrazione – con pagamento di una penale – laddove le visite guidate vendute, non vengano poi *gestite* nel rispetto degli orari previsti, subendo cancellazioni o ritardi: è infatti del tutto evidente che, per potersi giustificare una tale responsabilità, l'appaltatore deve poter esercitare un reale e diretto potere gestorio in relazione ai servizi culturali venduti, pena in caso contrario una forma di responsabilità oggettiva per il fatto di terzi.

Ciò anche in ragione del fatto che l'appaltatore, in virtù della medesima norma, si vede attribuito il potere di “prevedere orari prefissati di visite guidate e relativa copertura”, nonché addirittura “i meccanismi di rotazione e priorità delle guide”. Dunque, un potere gestorio pieno dell'organizzazione operativa del servizio di guida turistica, con l'unica eccezione del

contenuto esplicativo della visita guidata.

Né, ad escludere tale ricostruzione, potrebbe valere il rilievo che il *Capitolato tecnico* circoscrive quanto sopra ai soli disservizi originati da “cause dipendenti dall’organizzazione ed esecuzione del servizio di gestione e vendita”: quest’ultimo, infatti – in quanto non limitato alla materiale attività di vendita dei biglietti, ma ricomprensivo una serie di “sottoservizi” (per usare l’espressione indicata da Consip) tra i quali alcuni obiettivamente riconducibili, *in parte qua*, al novero di quelli “aggiuntivi” di valorizzazione culturale – in concreto finisce per attingere la sfera di operatività del concessionario, del quale verrebbe a regolamentare i principali aspetti organizzativi del servizio.

Considerazioni analoghe possono essere fatte per il servizio di audioguida, laddove la fornitura dell’*hardware* (i.e., dell’apparecchio radiofonico) ad opera dell’appaltatore di fatto non potrà non vincolare – in primo luogo per le caratteristiche tecniche, che dovranno risultare compatibili – l’ipotetico, eventuale futuro concessionario del *software*.

Invero, se anche può ben ipotizzarsi, in astratto, la fornitura separata delle due componenti del servizio, è pur vero che – in concreto – occorrerà fare riferimento allo specifico servizio oggetto di concessione, al fine di verificare se quanto sopra possa in qualche modo contraddirne (o comunque ostacolarne) le finalità: nella specie, vertendosi in materia di servizi di valorizzazione di beni culturali, mal si concilia con le responsabilità di un concessionario di pubblico servizio l’obbligo per quest’ultimo di soggiacere alle scelte imprenditoriali di un altro soggetto *privato*, per di più asseritamente riferite ad un settore diverso (quale, appunto, quello delle mere attività di biglietteria).

Atteso che la prestazione cui il concessionario è tenuto è riconducibile ai cd. “obblighi di risultato” (e non semplicemente di mezzi), risultato che non può però prescindere – nel caso di specie – dalla gestione degli strumenti fisici (l’*hardware*) mediante i quali necessariamente il servizio viene reso agli utenti, deve concludersi per l’obiettiva inscindibilità operativa e funzionale dei due elementi, proprio ai fini concreti della valorizzazione del bene culturale (che presuppone la pratica possibilità, per il visitatore, di utilizzare i servizi di guida).

Per quanto infine concerne le cd. attività “di informazione”, che l’ordinanza della Sezione n. 2866 del 2017 aveva ritenuto riconducibili al servizio di biglietteria, il Collegio ritiene di dover confermare tale indicazione, nei limiti in cui le stesse effettivamente siano riferite “*esclusivamente ad informazioni: i) volte alla migliore gestione dei flussi in accesso ai Siti, quali quelle riferite agli orari di apertura e chiusura della biglietteria, alla dislocazione degli accessi, ai supporti speciali per disabili e simili; ii) relative alla collocazione dei servizi igienici e simili*”, ossia alle attribuzioni proprie dell’appaltatore, con esclusione dei servizi di guida ed audioguida (come dedotto dalla nota di “*Chiarimenti*” depositata da Consip in data 15 giugno 2017 nell’ambito del sovra menzionato procedimento di ottemperanza cautelare, iscritto al numero di registro generale 4376 del 2017), chiarimenti espressamente riferiti ad ogni atto della procedura, ivi compreso il Capitolato tecnico.

Non potrà per contro ricadere nell’oggetto dell’appalto, al di fuori di detti limiti, l’attività di assistenza al pubblico, in quanto riconducibile al novero dei servizi aggiuntivi di cui all’art. 117

del d.lgs. n. 42 del 2004.

Alla luce di quanto sopra, il secondo ed il terzo motivo di appello devono trovare accoglimento, essendo fondato il nucleo centrale delle censure, volto a stigmatizzare l'avvenuto asservimento dei servizi di valorizzazione rispetto ai servizi strumentali di biglietteria, in antitesi all'opzione abbracciata dalla legge, che considera centrale il momento della valorizzazione, integrabile con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria, in una visione unitaria e universale dei servizi per il pubblico da affidare con il modello concessorio.

Il carattere assorbente delle questioni esaminate rende inutile la puntuale analisi degli ulteriori motivi di gravame, per i quali verrebbe a tal punto a profilarsi una carenza di interesse dell'appellante.

Conclusivamente, l'appello va accolto nei termini di cui in motivazione, dovendosi dichiarare illegittimo il bando di gara – nonché tutti gli atti ad esso connessi ed oggetto di espressa impugnazione – nei limiti in cui dispone una gara d'appalto non circoscritta al solo servizio di biglietteria ed alle attività ad esso meramente accessorie (ivi comprese le attività di informazione, come sopra precisate), bensì esteso anche ai servizi di *“fornitura, noleggio e gestione di radioguide, audioguide/videoguide”* e di *“di guida e assistenza didattica”*.

Ritiene infine il Collegio che la particolarità e complessità delle questioni trattate giustifichi l'integrale compensazione delle spese di lite, tra le parti, per entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso proposto da D'Uva s.r.l. nei limiti di cui in motivazione.

Compensa integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.