

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale
Sezione Quinta

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso per ottemperanza iscritto al numero di registro generale 5023 del 2020,
proposto da

D'U. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dall'avvocato Va. Vu., con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via (...);

contro

Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, in persona del Ministro pro
tempore, nonché Soprintendenza speciale per il Colosseo e l'Area archeologica centrale di
Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi ex lege
dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via (...), sono elettivamente
domiciliati;

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa
dagli avvocati Cl. Gu. e Ma. Fe., con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma,
via (...);

nei confronti

Confcultura e Ge. Mu. s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore,
non costituite in giudizio;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Consorzio Stabile Pr. No., rappresentato e difeso dall'avvocato Do. Ge., con domicilio eletto
presso il suo studio in Roma, via (...);

ad opponendum:

Consorzio Na. Se. soc. coop., ed altri, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati An. Gu. e Ce. Ma., con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via (...);

per l'ottemperanza

della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 5773/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso per ottemperanza ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del di Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, della Soprintendenza speciale per il Colosseo e l'Area archeologica centrale di Roma e di Consip s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.-l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Vu., Gu., Ge., Gu. e Ma., nonché l'avvocato dello Stato Ge.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. n. 19 del 15 febbraio 2017, Consip s.p.a. indicava - in esecuzione del disciplinare sottoscritto con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo 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) - 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 tutta la lex specialis di gara relativa al lotto 1), ritenuto immediatamente lesivo, la società D'U. s.r.l. - operante nel settore dei servizi di guida e di informazione ai visitatori dei luoghi di interesse artistico e culturale - proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, sostenendo che la gara non avrebbe avuto solamente

ad oggetto il servizio di biglietteria, ma avrebbe ricompreso anche attività riconducibili ai cd. "servizi aggiuntivi" di cui d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), in violazione della normativa vigente.

La stazione appaltante avrebbe infatti 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 avrebbero avuto un ruolo principale, a scapito appunto dei servizi aggiuntivi, 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, Consip avrebbe operato uno stravolgimento del modello legale di riferimento, includendo nel servizio di biglietteria una parte essenziale delle prestazioni riconducibili invece al servizio di guida ed assistenza didattica.

Nel costituirsi in giudizio, le controparti eccepivano l'inammissibilità del ricorso, sia per carenza di interesse, sia perché volto a censurare il merito dell'azione amministrativa.

Consip contestava anche l'ammissibilità dell'intervento ad adiuvandum spiegato da Confcultura, sul presupposto che 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 laddove (come nel caso di specie) si controverta su questioni capaci di dividere la categoria stessa in posizioni contrapposte.

Deduceva inoltre l'inammissibilità dell'intervento ad adiuvandum spiegato da Ge. Mu. s.r.l., reputando che il "servizio di guida ed assistenza didattica" - costituente il principale oggetto dell'attività di quest'ultima - avrebbe esulato dal perimetro oggettivo della gara.

Nel merito, le parti resistenti contestavano poi la fondatezza delle censure, concludendo per il rigetto del ricorso.

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'U. s.r.l. proponeva appello, articolato nei seguenti motivi di gravame:

- 1) 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".
- 2) 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.
- 3) 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.
- 4) 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.

5) 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.

6) 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.

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'ammissibilità del gravame (andando le censure ad incidere sulla discrezionalità dell'amministrazione) e, comunque, la sua fondatezza.

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

Con sentenza 7 dicembre 2017, n. 5773 la V Sezione del Consiglio di Stato accoglieva il gravame, dichiarando per l'effetto 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".

A fronte di ciò, Consip s.p.a. indiceva, con bando di gara pubblicato in GURI n. 127 in data 28 ottobre 2019 (doc. 2), una nuova gara a procedura aperta per la concessione dei servizi museali presso il parco archeologico del Colosseo (ID 2031), suddivisa in due lotti:

Lotto 1 - Servizi di biglietteria, accoglienza e assistenza alla visita - CIG 8060108389;

Lotto 2 Servizi di editoria e di vendita di prodotti editoriali, di merchandising e di oggettistica - CIG 8060140DEE.

A tal punto, sul presupposto che il Lotto 1 comprendeva nell'affidamento in concessione sia il servizio di biglietteria, sia i servizi aggiuntivi di cui alla lett. e) dell'art. 117 del d.lgs. n. 42 del 2004 e, nonostante quanto disposto nella richiamata sentenza d'appello, il servizio di biglietteria tuttora rimaneva prevalente (essendo, di converso, i servizi di assistenza alla

visita relegati in funzione secondaria e accessoria), la società D'U. s.r.l. proponeva ricorso per ottemperanza.

Evidenziava, al riguardo, che la disciplina di gara assegnava al servizio di biglietteria il ruolo di prestazione principale, mentre i servizi di assistenza alla visita sono qualificati quale prestazione secondaria; tale stato di cose, però, non era conforme a quanto statuito con la richiamata sentenza della Sezione n. 5773 del 2017, dal momento che i servizi indicati come "prestazione secondaria" (ex art. 9.3 capitolato) costituivano a tutti gli effetti dei "servizi aggiuntivi" che, in quanto tali, avrebbero necessariamente dovuto essere qualificati come prevalenti, ai fini dell'affidamento.

Concludeva pertanto chiedendo che, previa declaratoria di nullità e/o inefficacia degli atti della gara, venisse ordinato a Consip s.p.a. di affidare la concessione de qua "mediante indizione di una gara che - conformemente ai comandi ivi espressi - preveda come prestazione principale lo svolgimento in via integrata dei servizi aggiuntivi di cui all'art. 117 co. 2 d.lgs. 42/2004 e preveda requisiti di qualificazione e criteri di valutazione delle offerte riferiti alla prestazione principale suddetta, restando comunque esclusa la qualificazione della biglietteria come prestazione prevalente".

Costituitasi in giudizio, Consip s.p.a. obiettava l'impossibilità pratica di indire una gara con le caratteristiche indicate dalla ricorrente, in quanto insuscettibile di raggiungere già solo il pareggio tra costi di gestione del personale impiegato nei "servizi aggiuntivi" di assistenza ai visitatori e valorizzazione culturale del sito ed i ricavi: invero, come motivato a pag. 8, par. 3 del disciplinare di gara, la ragione dell'accorpamento dei servizi di biglietteria e di assistenza alla visita discenderebbe innanzitutto dagli "evidenti profili di connessione funzionale e prestazionale dei due servizi", che "necessitano di una gestione integrata: unica piattaforma informatica per vendita di biglietti, audioguide, visite guidate; in alcuni punti vendita del Parco inoltre i servizi condividono lo stesso spazio".

Ciò premesso, continua la resistente, "vi è una ragione ancor più oggettiva e dirimente che ha reso la scelta di Consip in un certo senso vincolata, ovvero la mancata sostenibilità del piano economico-finanziario se formulato per la sola gestione dei servizi di valorizzazione culturale.

Dalla analisi del PEF allegato al Capitolato tecnico con riferimento al Lotto 1 [...] si evince l'assoluta necessità degli introiti derivanti dall'aggio dal servizio di biglietteria per garantire l'equilibrio economico-finanziario della concessione".

Anche il MIBACT si costituiva in giudizio, deducendo in primo luogo l'inammissibilità del gravame, sul presupposto che, nella sostanza, le censure ivi dedotte sarebbero riferite al nuovo bando pubblicato il 28 ottobre 2019, ma per motivi inerenti al contenuto di questo che non

presenterebbero alcun rapporto diretto con il contenuto conformativo della sentenza n. 5773 del 2017. Nel merito concludeva comunque per l'infondatezza del ricorso, chiedendo che fosse respinto.

A sua volta, il Consorzio Na. Se. soc. coop. (membro di un costituendo Rti aspirante concorrente alla gara indetta da Consip) spiegava intervento ad opponendum, chiedendo che il ricorso per ottemperanza presentato da D'U. s.p.a. venisse respinto in quanto inammissibile ed infondato.

Interveniva invece ad adiuvandum della ricorrente il Consorzio Stabile Pr. No., insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza 31 agosto 2020, n. 5135, la Sezione disponeva, a fronte delle argomentazioni esposte da Consip s.p.a., una verifica volta ad appurare se effettivamente, nel caso di specie (alla luce dei dati esposti nel PEF allegato al capitolato tecnico), sussistesse "l'impossibilità economico-finanziaria di disporre un'autonoma gara - cui restino estranei i servizi di biglietteria - per la concessione dei soli servizi "aggiuntivi", alla luce delle particolarità del caso concreto".

Ciò al fine di verificare l'esistenza o meno dei presupposti che consentono all'amministrazione di esternalizzare i suddetti servizi, anziché gestirli in proprio.

Con relazione del 9 gennaio 2021, il verificatore incaricato concludeva nei termini che seguono:

"1. insostenibilità del piano economico-finanziario ove formulato per la sola gestione dei servizi di valorizzazione culturale - il verificatore evidenzia l'assoluta necessità degli introiti derivanti dall'aggio dal servizio di biglietteria per garantire l'equilibrio economico-finanziario della concessione; infatti, il PEF relativo alla sola Area Strategica di Affari dei servizi di valorizzazione culturale presenta risultati negativi per i diversi anni oggetto di analisi;

2. insostenibilità del piano economico-finanziario ove formulato per la sola gestione dei servizi aggiuntivi (ovvero accorpendo l'assistenza alle visite ai servizi di bookshop) - il Verificatore rileva, anche in questo caso, la non sostenibilità dei servizi aggiuntivi in quanto i risultati sono comunque negativi".

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza dell'11 febbraio 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

Va preliminarmente affrontata, per questioni di priorità logica, l'eccezione di parte appellata secondo cui il ricorso in ottemperanza sarebbe da considerarsi inammissibile in quanto proposto successivamente allo scadere del termine di cui all'art. 120 Cod. proc. amm., decorrente dalla pubblicazione del nuovo bando adottato da Consip in data 28 ottobre 2019 (contro il quale, nella sostanza, sarebbero proposti i motivi di censura in ottemperanza).

Il motivo va respinto, in quanto l'azione di ottemperanza non è soggetta al termine decadenziale di cui all'art 120 Cod proc. amm., bensì al diverso termine decennale di prescrizione dell'actio iudicati (in termini, Cons Stato, Ad. plen., 4 dicembre 2020, n. 24).

Nel merito, il ricorso è fondato.

Ai sensi dell'art. 117, comma 3, del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), "I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria. Qualora l'affidamento dei servizi integrati abbia ad oggetto una concessione di servizi ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera vv), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, l'integrazione può essere realizzata anche indipendentemente dal rispettivo valore economico dei servizi considerati. E' ammessa la stipulazione di contratti di appalto pubblico aventi ad oggetto uno o più servizi tra quelli di cui al comma 1 e uno o più tra i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria".

I servizi di cui al primo comma - ossia quelli di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico (cd. "servizi aggiuntivi") - sono individuati nel successivo comma 2, secondo il seguente elenco: "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 diapoteche 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".

Regola generale è che l'affidamento di servizi aggiuntivi di assistenza agli utenti costituisce, in principio, una figura di concessione di servizio pubblico, mentre l'esternalizzazione dei servizi complementari di biglietteria, pulizia e vigilanza dà luogo ad un appalto di servizi (da ultimo, Cons. Stato, V, 31 luglio 2020, n. 4869).

A ciò si aggiunga che la rilevanza preminente dei servizi aggiuntivi rispetto a quello accessorio e strumentale di biglietteria è comunque implicita nella lettera della disposizione, come mostra il dato che l'art. 117, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2004 prevede la gestione concessoria integrata come mera possibilità, di suo la concessione essendo propria dei soli servizi aggiuntivi.

Sicché questi ultimi, in caso di uso di tale strumento giuridico - che costituisce una modalità di gestione finalizzata alla valorizzazione indiretta - non possono divenire in alcun caso (in assenza di deroghe previste dalla legge) né formalmente, né sostanzialmente accessori (ex multis, Cons. Stato, V, 31 luglio 2020, n. 4869).

La qualificazione in termini di concessione dell'affidamento della gestione a terzi dei "servizi aggiuntivi" è del resto conforme alle direttive europee, oltre che coerente con la struttura degli stessi, in quanto 1) l'amministrazione trasferisce il diritto di gestire il servizio in favore dei visitatori/utenti dietro pagamento di un canone e 2) sussistono altresì i caratteri del pubblico servizio per la valorizzazione dei beni culturali in presenza: a) della titolarità del servizio in capo all'amministrazione; b) della sua destinazione alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) della predisposizione, da parte dell'amministrazione, di un programma di gestione, con obblighi di condotta e livelli qualitativi vincolanti per il privato; d) del mantenimento da parte dell'amministrazione dei corrispondenti poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento (così Cons. Stato, V, 31 luglio 2020, n. 4869; V, 6 luglio 2020, n. 4307).

Più in generale, 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), rappresenta lo scopo centrale del sistema tracciato dal vigente Codice dei beni culturali e del paesaggio, rispetto ai quali quelli di biglietteria e vigilanza assumono carattere

meramente accessorio e strumentale (come chiarito dalla decisione di questa V Sezione, 7 dicembre 2017, n. 5773, di cui si chiede l'ottemperanza).

Per l'effetto, in tanto l'amministrazione può esternalizzare a privati tali servizi, in quanto ciò risulti strumentale alla valorizzazione culturale dei siti culturali.

Va rammentato infatti che, ai sensi dell'art. 115 (Forme di gestione), comma 4, del Codice dei beni culturali e del paesaggio "Lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali" (la gestione indiretta è, ai sensi del precedente comma 3, quella "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, [...] mediante procedure di evidenza pubblica, sulla base della valutazione comparativa di specifici progetti").

Questa è la funzione che legittima siffatta esternalizzazione e di fronte ad essa, dal punto di vista dell'amministrazione concedente, è secondaria - nell'ottica della legislazione vigente e della stessa ratio sottesa all'istituto della concessione di servizi - la stretta remuneratività dell'operatore privato. Non si tratta infatti di mettere a disposizione di privati un luogo della cultura per farne beni economici strumentali delle loro imprese, ma di meglio - organizzativamente - promuovere la fruizione e la conoscenza del patrimonio culturale che il luogo stesso rappresenta e per il quale è stato istituito, e delle collezioni che contiene.

A fronte di una tale configurazione di diritto pubblico, sta all'operatore economico privato di vagliare ex ante la sua convenienza e dunque di organizzarsi di fronte a questa prospettiva essenziale dotandosi di congrue capacità di corrispondere al compito di valorizzazione, non già di pretendere che questa resti secondaria e così venga piegata alle sue più facili e immediate convenienze lucrative, dequotando il primario obiettivo di interesse generale.

L'eventualità per costui, dunque, di trarne un utile privato - nell'ottica dell'amministrazione proprietaria e affidataria dei beni da valorizzare - è un elemento in sé non determinante, nell'ottica della disciplina giuridica della fattispecie e dell'amministrazione titolare dei beni da valorizzare. Del resto, l'amministrazione non ha l'obbligo di esternalizzare la gestione di siffatti servizi ben può procedere con la gestione diretta, a norma dell'art. 115, comma 2. Nel determinarsi all'esternalizzazione, deve valutare la convenienza di tale formula alternativa rispetto al superiore obiettivo della valorizzazione culturale. L'eventualità dell'esternalizzazione è invero solo una modalità

alternativa alla gestione diretta, in proprio, da percorrere solo se davvero risulta più proficua al fine esclusivo - appunto - del potenziamento della conoscenza del bene medesimo e di quanto contiene come istituto o luogo della cultura.

Del resto, nel caso di specie, la difficile conciliabilità di una gestione prettamente remunerativa (recte, lucrativa) del bene pubblico con la sua valorizzazione culturale - così come concepiti dalla stazione appaltante e rappresentati nel PEF posto a base di gara - emerge con adeguati elementi dalla relazione del verificatore tecnico a suo tempo incaricato dal Collegio di verificare "l'assoluta necessità degli introiti derivanti dall'aggio dal servizio di biglietteria per garantire l'equilibrio economico-finanziario della concessione".

L'esperto incaricato ha infatti concluso, all'esito di un'articolata disamina della vicenda controversa, condotta nel contraddittorio delle parti, per la "1. insostenibilità del piano economico-finanziario ove formulato per la sola gestione dei servizi di valorizzazione culturale", stante "l'assoluta necessità degli introiti derivanti dall'aggio dal servizio di biglietteria per garantire l'equilibrio economico-finanziario della concessione; infatti, il PEF relativo alla sola Area Strategica di Affari dei servizi di valorizzazione culturale presenta risultati negativi per

i diversi anni oggetto di analisi;

2. insostenibilità del piano economico-finanziario ove formulato per la sola gestione dei servizi aggiuntivi (ovvero accorpendo l'assistenza alle visite ai servizi di bookshop)" atteso che "anche in questo caso [...] i risultati sono comunque negativi".

Al riguardo, vanno ribaditi alcuni precedenti della Sezione, a mente dei quali - nell'indicata prospettiva di legge - in nessun caso il servizio di biglietteria può assumere carattere prevalente, neppure se di valore economico di gran lunga maggiore, ovvero laddove i servizi aggiuntivi non siano di per sé economicamente autosufficienti. In quel modo ragionando, infatti, si opererebbe un'inversione del rapporto di accessorietà, degradando la prevalenza dello scopo di valorizzazione culturale, che impronta l'art. 117 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, a mera eventualità, in pratica derogabile nel caso concreto in ragione della preponderanza dei servizi diversi da quelli aggiuntivi (come ad esempio il servizio di biglietteria).

In tal modo però si oblitererebbe che la concessione domina in quanto è lo strumento prescelto dalla legge (art. 117; art. 115) come funzionale alla, ipotizzata, maggior qualità in

concreto del servizio pubblico di valorizzazione culturale; e la si degraderebbe - contro la ratio dello stesso art. 117 - a mera strumentazione di esigenze economiche altrui, non già culturali della generalità. In tal modo non si garantirebbe più l'efficace perseguimento della dominante ragione della valorizzazione dei beni culturali, cioè del potenziamento delle condizioni di fruizione (più precisamente: si posporrebbe lo scopo di "promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso", nel che consiste la valorizzazione per l'art. 6 del Codice, che pone l'art. 117 nel contesto dei "Principi della valorizzazione dei beni culturali"); e si inciderebbe sulla causa della concessione, indebitamente tramutandola, di fatto, in quella di un ordinario appalto (ex multis, Cons. Stato, V, 6 luglio 2020, n. 4307).

Da ciò deriva che il tipo di concessione di servizi in questione di suo non ammette che il servizio di biglietteria, quand'anche implicante un maggiore volume di incassi, possa ottenere, con il suo regime, prevalenza funzionale sui servizi aggiuntivi: e, per conseguenza, che ciò in concreto possa portare a informare i requisiti di capacità economica e finanziaria, con l'effetto pratico, ben rilevante, di precludere la partecipazione di soggetti attivi in servizi aggiuntivi di bookshop e di editoria (ma senza che abbiano prima emesso biglietti per gli importi predetti).

Secondo questa ratio si è del resto mosso il legislatore, nell'introdurre - con l'art. 8, comma 7-bis, della l. 11 settembre 2020, n. 120, di conversione del d.-l. 16 luglio 2020, n. 76 (cd. "decreto legge semplificazioni") - al termine dell'art. 117, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004 l'inciso "Qualora l'affidamento dei servizi integrati abbia ad oggetto una concessione di servizi ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lett. vv), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, l'integrazione può essere realizzata anche indipendentemente dal rispettivo valore economico dei servizi considerati. E' ammessa la stipulazione di contratti di appalto pubblico aventi ad oggetto uno o più servizi tra quelli di cui al comma 1 e uno o più tra i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria".

Nel caso in esame, le caratteristiche della gara disposta da Consip s.p.a. relativamente al Lotto 1 non sono conformi ai principi qui sopra riassunti.

In particolare, come bene rileva la ricorrente, anziché qualificare i "servizi aggiuntivi" di assistenza alla visita come prestazione principale e dominante (coerentemente con l'art. 117 del d.lgs. 42 del 2004 e dalla sentenza n. 5773 del 2017), la gara in esame nuovamente attribuisce al servizio di biglietteria il ruolo di servizio principale, laddove i servizi di assistenza alla visita sono stati relegati in funzione secondaria e accessoria.

Esplicitamente, infatti, il par. 3 del disciplinare di gara - relativamente al Lotto 1 - qualifica, nell'apposita tabella sinottica, come "principali" i "Servizi di musei (biglietteria)" e come "secondari" i "Servizi di musei (assistenza alla visita)"; per l'effetto, ai sensi dell'art. 9.3 del capitolato speciale d'appalto andrebbero ricomprese tra le prestazioni considerate secondarie:

- l'organizzazione, la gestione e l'erogazione di laboratori didattici e di attività didattiche;
- l'organizzazione, la gestione e l'erogazione di visite guidate;
- la fornitura, il noleggio ai visitatori e la gestione delle audio/videoguide di supporto alla visita;
- la fornitura il noleggio ai visitatori e la gestione delle radioguide (per il solo sito Colosseo);
- lo sviluppo di una Applicazione per dispositivi mobili di supporto alla visita.

Tali prestazioni, però, per l'art. 117, comma 2 del d.lgs. n. 42 del 2004 vanno ricomprese nei "servizi aggiuntivi", come del resto già rilevato dalla sentenza di cui oggi si chiede l'ottemperanza.

Non solo. Anche a prescindere dalla formale qualificazione di cui si è dato conto tra servizi principali e secondari (di per sé decisiva: cfr. Cons. Stato, V, 27 ottobre 2020, n. 6549), è lo stesso punteggio attribuito alle diverse componenti dell'offerta tecnica per il Lotto 1 a confermare la subalternità effettivamente attribuita ai "servizi aggiuntivi" rispetto a quelli di biglietteria, in evidente violazione del disposto di legge e del giudicato formatosi tra le parti.

Invero, risulta dalla lettura delle pertinenti disposizioni della lex specialis di gara che la migliore offerta dei servizi di biglietteria sarebbe stata premiata sul piano tecnico con 18,25 punti (cfr. art. 18 del disciplinare, criteri da 12 a 18) e su quello economico con 17,8 punti, risultando in effetti l'aspetto più valorizzato, ai fini dell'aggiudicazione, con 36,05 punti su 100), laddove i criteri relativi ai "servizi aggiuntivi" (da 21 a 29 e da 38 a 41) avrebbero al più consentito di raggiungere la soglia di 16,75 punti sotto il profilo tecnico, quello cioè che delinea la qualità della prestazione).

La predominanza, nel caso in esame, del servizio di biglietteria emerge infine dall'attribuzione proprio al gestore di quest'ultimo - come già nella precedente gara,

dichiarata illegittima dalla Sezione - dell'incarico di provvedere alla vendita delle visite guidate ed al noleggio delle audioguide, sia presso l'accesso fisico che online; ai sensi dell'art. 9.2.1 del capitolato, del resto, "La biglietteria è lo strumento mediante il quale i titoli di accesso e i servizi di assistenza alla visita [di cui all'art. 9.3] sono venduti al pubblico", sia online che presso la postazione fisica, così come al "noleggio e gestione delle audio/videoguide, nelle aree dove non è presente una postazione dedicata", alla "gestione degli incassi e servizi amministrativi" ed alla "distribuzione di materiale informativo" (art. 9.2.2 del disciplinare).

Ancora, la legge di gara finisce con l'operare in concreto una vera e propria preferenza per gli operatori di mercato qualificati soprattutto nella biglietteria, nei termini in cui fissa - quale requisito di accesso di capacità tecnica e professionale - la pregressa esecuzione di servizi di biglietteria e di controllo accessi, ai sensi del par. 7.3, lett. idel disciplinare di gara.

In realtà, è l'attitudine alla valorizzazione culturale che deve essere il parametro caratterizzante la migliore offerta e gli operatori economici che ambiscono alla concessione debbono organizzare la loro attività dando adeguato rilievo e assicurando qualità a tale profilo: questo è invero l'elemento dirimente che può fare della concessione un valore aggiunto per la collettività, tale da giustificarne, per l'amministrazione di beni culturali, la pratica. Non un'expertise particolare nella vendita dei biglietti.

In questi termini, i soli criteri di valutazione direttamente riferibili ai servizi di valorizzazione culturale sarebbero quelli riferiti alla didattica, alle visite guidate ed alle audioguide-radioguide per un totale di soli 21,5 punti su 80 (cfr. i già richiamati criteri sub art. 18 del disciplinare di gara).

Alla luce di quanto precede si deve dunque concludere che i criteri per l'aggiudicazione della gara enunciati nella *lex specialis* relativamente al Lotto 1 contraddicono il principio generale secondo cui la rilevanza preponderante dei servizi aggiuntivi rispetto a quello accessorio e strumentale di biglietteria è implicita nella lettera della norma di cui all'art. 117, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2004, che prevede come mera possibilità quella della gestione in concessione integrata: la concessione è di suo formula propria dei soli "servizi aggiuntivi", sì che questi ultimi in caso di uso di tale strumento giuridico (che è modalità di gestione finalizzata alla valorizzazione) non possono divenire né formalmente né sostanzialmente accessori.

Nel caso di affidamento integrato tramite un'unica procedura in concessione, ai sensi degli artt. 115 e 117 del d.lgs. n. 42 del 2004 - ipotesi questa scelta da Consip s.p.a. nel caso di specie - le biglietterie, in quanto servizi strumentali, non svolgono alcuna funzione di valorizzazione culturale e possono al più essere integrate nei servizi aggiuntivi qualora ciò consenta di perseguire meglio la finalità di valorizzazione del luogo della cultura in questione.

La gara attualmente in esame si pone pertanto in contrasto con il giudicato di cui alla sentenza n. 5773 del 2017 e va pertanto dichiarata nulla in parte qua.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto dichiarando nulle le disposizioni della lex specialis di gara fatte oggetto di impugnazione.

Condanna Consip s.p.a. al pagamento, in favore di D'U. s.r.l., delle spese di lite del giudizio di ottemperanza, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00) complessivi, oltre Iva e Cpa se dovute.

Compensa integralmente le spese di giudizio relativamente alle altre parti costituite.

Pone definitivamente a carico di Consip s.p.a. le spese di verifica, da liquidarsi con separato decreto.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini - Presidente

Fabio Franconiero - Consigliere

Valerio Perotti - Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca - Consigliere

Elena Quadri - Consigliere