

E' LEGITTIMO L'AFFIDAMENTO SEPARATO DEI SERVIZI DI BIGLIETTERIA E DEI SERVIZI DI VALORIZZAZIONE DEI BENI CULTURALI

[Cons. Stato, sez. V, 3.10.2023 n. 8638](#)

Massime (segue testo)

<< unque, laddove l'amministrazione intenda bandire una gara avente per oggetto (cumulativo) la concessione dei servizi (integrati) di biglietteria e di quelli cd. "aggiuntivi", costituisce requisito imprescindibile di legittimità della stessa la prevalenza funzionale di questi ultimi, quand'anche il primo possa determinare (come generalmente accade) un maggior volume di incassi: *"La concessione di servizi non ammette che il servizio di biglietteria quand'anche caratterizzato da un maggiore volume di incassi possa avere prevalenza funzionale sì da precludere la partecipazione di soggetti attivi in servizi aggiuntivi di bookshop e di editoria"* (Cons. Stato, V, n. 6549 del 2020), sì che non può ritenersi la *"legittimità di una concessione integrata avente ad oggetto quale prestazione principale il servizio di biglietteria e i servizi di assistenza alla visita e quale prestazione secondaria il servizio di bookshop"* (Cons. Stato, V, n. 6549 del 2020; n. 5214 del 2020, n. 4311 del 2020 e n. 4307 del 2020).

Se pertanto la scelta di bandire una gara avente ad oggetto entrambi i servizi di cui si è detto rientra nella piena discrezionalità dell'amministrazione, fermo l'obbligo di cui sopra, è parimenti del tutto legittimo che la stessa amministrazione eventualmente decida ad un certo punto di procedere con due gare separate, oppure di gestire direttamente lei stessa uno o entrambi i servizi>>

Pubblicato il 03/10/2023

N. 08638/2023REG.PROV.COLL.

N. 02298/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 2298 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da D'Uva s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino, 2/A;

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 e Consip s.p.a. in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati;

nei confronti

Confcultura, Gestione Multiservizi s.r.l., Aditus s.r.l., Gestione Multiservizi s.r.l. e Mille e Una Notte soc. coop. soc., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio; Consorzio Stabile Primo Nomine, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenico Gentile e Maria Lucia Civello, con domicilio digitale come da PEC Registri di giustizia; Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. - CNS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Aristide Police, Gennaro Rocco Notarnicola, Fabio Cintioli, David Astorre ed Alessandro Parini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, viale Liegi, 32;

per l'ottemperanza

della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5773 del 2017, resa tra le parti, nonché della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2259/2021.

Visti il ricorso per ottemperanza, i motivi aggiunti ed 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, della Soprintendenza speciale per il Colosseo e l'Area archeologica centrale di Roma, del Consorzio Stabile Primo Nomine e del Consorzio Nazionale Servizi soc. coop.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2023 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Vulpetti, Police, Cintioli, Astorre (anche in dichiarata delega dell'avvocato Notarnicola) e Gentile, nonché l'avvocato dello Stato Gentili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con l'odierno ricorso per ottemperanza la società D'Uva s.r.l. – operante nel settore dei servizi di informazione, di guida e di assistenza didattica realizzato anche tramite lo strumento delle audio e video guide – chiede l'esecuzione delle sentenze n. 5773 del 2017 e n. 2259 del 2021 con le quali la Sezione, in accoglimento delle impugnative già proposte dalla suddetta società, dapprima disponeva (con sentenza 5773/2017) l'annullamento della procedura di gara indetta da Consip s.p.a. – su delega del Ministero della cultura – con bando pubblicato sulla GURI n. 19 del 15 febbraio 2017, per l'affidamento in concessione dei servizi di valorizzazione ex art. 117 del d.lgs. 42/2004 (integrati dal servizio di biglietteria) presso il Colosseo di Roma; quindi dichiarava (con sentenza 2259/2021), in sede di ottemperanza della precedente decisione, la nullità del successivo bando pubblicato sulla GURI n. 127 del 28 ottobre 2019 emesso da Consip s.p.a., sempre su delega del Ministero della cultura.

La ricorrente altresì chiede il connesso risarcimento del danno nonché, in via subordinata, previa rimessione al competente TAR, l'annullamento degli atti impugnati.

Deduce la ricorrente che l'amministrazione, nonostante i richiamati pronunciamenti del giudice amministrativo in ordine all'affidamento dei servizi aggiuntivi ex artt. 117 ss. del d.lgs. n. 42 del 2004, avrebbe continuato a porre in essere, tramite la delegata Consip s.p.a., azioni palesemente contrarie non solo alla normativa vigente in materia ma financo agli espressi precetti giurisdizionali promananti dalle dette sentenze.

In particolare, dopo le gare del 2017 e del 2019, entrambe ritenute illegittime ed annullate dal giudice amministrativo, in quanto contrarie al principio di legge che assegna prevalenza – nella gestione dei siti e dei luoghi di cultura – ai servizi volti alla valorizzazione, attribuendo carattere meramente ausiliario e strumentale ai servizi di biglietteria gestiti in forma integrata con i servizi aggiuntivi, nel 2022

l'amministrazione indicava una gara volta all'affidamento dei soli servizi di biglietteria, stavolta separandoli dai servizi di accoglienza e guida, sino ad allora gestiti invece in forma indiretta (ossia mediante affidamento a terzi ai sensi dell'art. 115, comma 3 del d.lgs. n. 42 del 2004) ed integrata con la biglietteria.

Secondo la ricorrente, con ciò facendo l'amministrazione avrebbe inteso *“mortificare le esigenze di valorizzazione del sito archeologico più importante d'Italia e forse del mondo intero, pretendendo di dare prevalenza, nella gestione dello stesso sito, ai servizi di biglietteria, sottraendoli così alla funzione strumentale ed ausiliaria che devono per legge rivestire rispetto alla valorizzazione, e svincolandoli dalla gestione dei servizi aggiuntivi volti alla valorizzazione del sito”*.

Invero, prosegue la ricorrente, *“anziché indire una gara con prevalenza dei servizi aggiuntivi volti alla valorizzazione e con assegnazione di funzione secondaria, strumentale ed ausiliaria ai servizi di biglietteria, come impongono le sentenze di Codesto Supremo Consesso, la p.a. ha adesso, dopo ben due gare già dichiarate illegittime e travolte dalle pronunce di giustizia, inopinatamente deliberato di gestire i servizi aggiuntivi in via diretta e di affidare a terzi la sola biglietteria in “appalto”, in palese contrasto con il comando giurisdizionale promanante dalle citate sentenze, così compromettendo non solo la valorizzazione del sito – che viene privata dell'apporto di quei terzi operatori professionali (come l'odierna ricorrente) finora sempre ritenuti essenziali per la valorizzazione del sito – ma anche la situazione soggettiva di tali operatori ed in particolare della ricorrente, la quale – nonostante le favorevoli pronunce ottenute in sede giurisdizionale – continua ad essere privata della possibilità di concorrere all'affidamento dei servizi volti alla valorizzazione del sito”*.

Il ricorso non è fondato.

Come ricordato dalla stessa ricorrente, con sentenza del 7 dicembre 2017, n. 5773 la Sezione dichiarava 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»”.

La sentenza della quale si chiede l’ottemperanza, dunque, espressamente individuava come legittima una gara d’appalto avente ad oggetto il solo servizio di biglietteria (come sarebbe appunto il caso dell’avversato appalto del 2022), illegittima invece essendo la pretesa di estendere la procedura concorrenziale anche “*ai servizi di «fornitura, noleggio e gestione di radioguide, audioguide / videoguide» e di «di guida e assistenza didattica»”* ove asserviti a quelli di biglietteria: laddove l’amministrazione avesse inteso disporre un affidamento integrato di entrambe le tipologie di servizi, infatti, avrebbe dovuto ricorrere (stante le previsioni di legge) allo speciale schema giuridico della concessione, in cui i servizi aggiuntivi avrebbero comunque dovuto svolgere un ruolo centrale e dominante rispetto a quelli – serventi e strumentali ai primi, ancorché rispetto ad essi più remunerativi – di biglietteria.

Tali principi erano stati ribaditi nella successiva sentenza n. 2259 del 2021, resa nel giudizio di ottemperanza della precedente.

In tale circostanza, infatti, la *lex specialis* della gara bandita nel 2019 (avente anch’essa ad oggetto entrambi i servizi integrati) nuovamente assegnava al servizio di biglietteria il ruolo di prestazione principale (come evincibile dai criteri per l’assegnazione dei punteggi delle offerte), mentre i servizi di assistenza alla visita erano di fatto relegati a prestazione secondaria (ancorché costituissero, in ragione di quanto previsto all’art. 9.3 del capitolato, dei “servizi aggiuntivi” che, in quanto tali, avrebbero dovuto essere qualificati come prevalenti, ai fini dell’affidamento).

La prevalenza assegnata al servizio di biglietteria rappresentava dunque la ragione di illegittimità della gara, ponendosi “*pertanto in contrasto con il giudicato formatosi con la sentenza del Consiglio di Stato n. 5773/2017 e va pertanto dichiarata nulla in parte qua*”.

Dunque, laddove l’amministrazione intenda bandire una gara avente per oggetto (cumulativo) la concessione dei servizi (integrati) di biglietteria e di quelli cd.

“aggiuntivi”, costituisce requisito imprescindibile di legittimità della stessa la prevalenza funzionale di questi ultimi, quand’anche il primo possa determinare (come generalmente accade) un maggior volume di incassi: *“La concessione di servizi non ammette che il servizio di biglietteria quand’anche caratterizzato da un maggiore volume di incassi possa avere prevalenza funzionale sì da precludere la partecipazione di soggetti attivi in servizi aggiuntivi di bookshop e di editoria”* (Cons. Stato, V, n. 6549 del 2020), sì che non può ritenersi la *“legittimità di una concessione integrata avente ad oggetto quale prestazione principale il servizio di biglietteria e i servizi di assistenza alla visita e quale prestazione secondaria il servizio di bookshop”* (Cons. Stato, V, n. 6549 del 2020; n. 5214 del 2020, n. 4311 del 2020 e n. 4307 del 2020).

Se pertanto la scelta di bandire una gara avente ad oggetto entrambi i servizi di cui si è detto rientra nella piena discrezionalità dell’amministrazione, fermo l’obbligo di cui sopra, è parimenti del tutto legittimo che la stessa amministrazione eventualmente decida ad un certo punto di procedere con due gare separate, oppure di gestire direttamente lei stessa uno o entrambi i servizi.

Non vi è dunque “obbligo”, per l’amministrazione, di procedere sempre e comunque ad una gara “integrale”, ma solo una facoltà in tal senso, nell’ottica della migliore tutela dell’interesse pubblico salvaguardato; in questi termini, trova altresì smentita il motivo di ricorso (dedotto, in particolare, *sub* parr. 7.2 e 7.3) in base al quale la scelta dell’amministrazione di (re-)internalizzare i servizi di valorizzazione del sito sarebbe illegittima in quanto adottata *“in assenza di adeguata istruttoria volta ad individuare le migliori e più efficienti modalità di valorizzazione del sito”*.

Non compete infatti alla parte privata (né al giudice amministrativo) sostituirsi all’amministrazione nelle valutazioni tecnico-discrezionali (di sua esclusiva pertinenza) volte all’individuazione delle soluzioni più adeguate di tutela dell’interesse pubblico, in difetto degli stringenti presupposti (che qui non rilevano) della violazione delle regole procedurali ovvero dell’eccesso di potere per

manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà e travisamento dei fatti (cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, I, parere 30 novembre 2020, n. 1958).

Alla luce dei rilievi che precedono, il ricorso va dunque respinto.

La particolarità della vicenda controversa giustifica peraltro, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL SEGRETARIO