

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

La determinazione del valore dei servizi aggiuntivi museali tra appalto e concessione: considerazioni sulla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19 del 6 agosto 2013

di FRANCA IULIANO

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. I fatti; 3. I servizi museali: brevi e necessari cenni; 4. Concessione e appalto di servizi: i precedenti; 5. L'ordinanza di rimessione; 6. L'iter argomentativo della decisione dell'Adunanza plenaria; 7. Prime riflessioni; 8. Argomenti che depongono a favore di una diversa tesi; 8.1. Documenti di gara; 8.2. Dato normativo; 8.3. L'oggetto della garanzia e l'equilibrio contrattuale; 9. Questioni di carattere generale attinenti (non solo) l'equilibrio economico finanziario delle concessioni.

1. Premessa.

Sono state affidate al vaglio dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato due distinte questioni relative a clausole contenute nella *"lettera di richiesta di offerta vincolante"*, ed inerenti (i) la prima, il criterio di determinazione del valore della concessione ai fini del computo della cauzione provvisoria disciplinata dall'art. 75 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; (ii) la seconda, la legittimità della previsione, nella lettera di invito, in luogo della *sollecitazione* (che nelle gare in esame sostituisce il bando), della c.d. clausola sociale che obbliga l'offerente a garantire *"la continuità dei rapporti di lavoro in essere al momento del subentro, con esclusione di ulteriori periodi di prova, di tutto il personale già impiegato nei servizi oggetto della [...] concessione [...]"*. Il *dictum* del giudice amministrativo risolve definitivamente complesse problematiche esplorate dalla dottrina oltre che oggetto di pronunce giurisprudenziali ed interventi dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP); ma, in disparte i principi di diritto, pone altrettanto articolate questioni applicative, nello specifico, per i concessionari dei servizi museali. In generale, la soluzione ipotizzata sembra muovere in una direzione affatto divergente rispetto a quella che, nelle stesse emanande nuove linee guida MIBACT – Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, vede favorire la massima partecipazione alle gare nonché la cooperazione tra ente concedente ed impresa concessionaria in un settore caratterizzato da scarsi margini di remuneratività oltre che connotato da una frequente carenza di *expertise* commerciale specifico e di competenze di analisi economico finanziaria all'interno dell'Amministrazione.

2. I fatti.

Il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, Soprintendenza Speciale per i Beni Archeologici di Napoli e Pompei, con distinti gravami, ha impugnato le sentenze n. 677 e n. 678 del 2012 con le quali il Tar Campania, Napoli, sez. I, relativamente a due procedure di gara inerenti le concessioni di servizi aggiuntivi riguardo a musei ed edifici appartenenti al demanio dello Stato a Pompei, Napoli ed altri centri della Campania¹ aveva annullato (i) la clausola di cui al punto 4,

¹ Le pronunce hanno ad oggetto la procedura di gara per l'affidamento dei servizi aggiuntivi relativi agli scavi di Pompei, Ercolano, Oplonti, Boscoreale e Stabia, per un valore stimato di € 83.889.120 IVA esclusa e quella per l'affidamento dei servizi relativi al Museo Archeologico Nazionale di Napoli, al Complesso Vanvitelliano Reggia di Caserta, agli Appartamenti Storici di Palazzo Reale di Napoli, al Museo di Capodimonte, al Museo Pignatelli Cortes, al Museo Duca di Martina Castel S. Elmo e al Museo di San Martino, per un valore stimato di € 17.426.328 IVA esclusa.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

lett. b), della “lettera di richiesta di offerta vincolante”, con la quale si impone, a pena di esclusione, l'obbligo di prestare una cauzione provvisoria, ai sensi dell'art. 75 del d.lgs n. 163 del 2006 commisurata ai valori stimati delle concessioni; (ii) la clausola di cui al punto 4, lett. a), della “lettera di richiesta di offerta vincolante” che, sempre a pena di esclusione, impone ai concorrenti di rendere una dichiarazione con cui si impegnano a garantire la continuità dei rapporti di lavoro in essere al momento del subentro, con esclusione del periodo di prova, a tutto il personale già impiegato nei servizi oggetto della precedente concessione (così *detta clausola sociale*) in forza delle precedenti convenzioni, in quanto per la prima volta inserita nella lettera di invito piuttosto che nella sollecitazione, che tiene luogo del bando di gara. La Sezione VI del Consiglio di Stato, riuniti gli appelli, ha ritenuto le questioni meritevoli dell'esame dell'Adunanza plenaria, in quanto connotate da novità e complessità e, quindi, suscettibili di originare contrasti giurisprudenziali. Le clausole gravate, a carattere tipizzato, in realtà sono comuni alla quasi totalità delle gare per l'affidamento dei servizi museali espletate sul territorio nazionale a far data dal 2010, in quanto predisposte sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'AVCP ai sensi dell'art. 64, comma 4 *bis*, del d.lgs. 163/2006. Le relative sollecitazioni e/o lettere di invito, in alcuni casi, sono stati sottoposti a censure di legittimità dinanzi agli organi di giustizia amministrativa; talvolta hanno formato oggetto di esposto all'AVCP da parte degli operatori del settore e delle associazioni di categoria, talaltra annullate in sede di autotutela². Alcune procedure sono state sospese *sine die*, avuto riguardo ai molteplici (ed ulteriori rispetto a quello giunti all'esame del Consiglio di Stato) profili di illegittimità lamentati in sede giustiziale dalle imprese partecipanti alle procedure di gara.

3. I servizi museali: brevi e necessari cenni.

La pronuncia verte in materia di servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico, riconducibili alla valorizzazione³ dei beni culturali (c.d. “servizi aggiuntivi”⁴) ai sensi dell'art. 117, comma 2⁵, del codice dei beni culturali e del paesaggio ex decreto legislativo del 22 gennaio 2004, n. 42, nonché quelli di pulizia, vigilanza e di biglietteria (c.d. “servizi strumentali”). La valorizzazione è rimessa all'iniziativa privata o pubblica. Nella maggior parte dei casi, ed al fine di assicurare il migliore livello di valorizzazione dei beni culturali, la gestione di detti servizi viene esternalizzata ed affidata a privati all'esito di procedure ad evidenza pubblica (sia nella forma “aperta”

2 La gara relativa all'affidamento dei servizi aggiuntivi presso i siti di Villa Adriana, Villa D'Este, il Santuario di Ercole Vincitore, il centro di orientamento presso Rocca Pia a Tivoli, pubblicata con bando del 23.10.2010, all'esito dell'aggiudicazione, è stata annullata in autotutela con determinazione dirigenziale in data 23.7.2012.

La procedura di gara per l'affidamento dei servizi integrati in n. 7 Musei di pertinenza della Soprintendenza Speciale per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico e per il Polo Museale della città di Roma con provvedimento del 21 giugno 2013 è stata annullata in autotutela da parte del MIBACT (cfr. *sub* 8.4).

3 A norma dell'art. 6 del decreto legislativo del 22 gennaio 2004, n. 42, “la valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, anche da parte delle persone diversamente abili, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale. In riferimento al paesaggio, la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati”.

4 I servizi aggiuntivi erano disciplinati dal decreto legge del 14 novembre 1999, n. 433 (c.d. Legge Ronchey). La legge, come il relativo regolamento di esecuzione, disciplinavano l'esternalizzazione a terzi mediante il ricorso al modulo concessorio.

5 A norma dell'art. 117 comma 2 del d.lgs. n. 42 del 2004, “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 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 guardiola; g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali”.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

che “ristretta”⁶) sulla base anche di una valutazione comparativa dei singoli progetti, in applicazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La valorizzazione rimessa all’iniziativa pubblica è improntata ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione. Ed infatti, a norma dell’art. 115, *“la gestione indiretta è attuata, anche in forma congiunta ed integrata, mediante concessione ai terzi delle attività di valorizzazione da parte della amministrazioni cui appartengono i relativi beni”*.

È noto che l’ordinamento nazionale, come d’altronde quello comunitario, non conosce una compiuta disciplina della concessione, per la prima volta definita dalla direttiva 2004/18/CE, che ne individua i principi, riconoscendone la matrice contrattuale. Il legislatore nazionale ha recepito i principi del Trattato CE, richiamandoli all’art. 30 del codice dei contratti pubblici, il quale estende alle concessioni anche *“i principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, [de] i principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità”*. L’Amministrazione può prevedere l’affidamento dei servizi aggiuntivi, discrezionalmente (non essendo obbligata a farlo), in forma *integrata* con quelli *strumentali*⁷. L’integrazione può avvenire mediante accorpamento di più servizi all’interno di ciascun sito (c.d. “integrazione verticale”) ovvero dei medesimi servizi tra più siti (c.d. “integrazione orizzontale”). La decisione viene generalmente assunta all’esito di un’istruttoria e di complesse valutazioni a carattere tecnico discrezionale o discrezionale che valorizzano la convenienza delle specifiche tipologie di gestioni oltre che la praticabilità dell’integrazione⁸, nonché sulla base di un esame della sostenibilità economica degli oneri di gestione. Laddove, per ragioni tecniche e/o economiche, non sia possibile l’integrazione, l’Amministrazione, facendo ricorso anche a diversi tipi contrattuali, può procedere mediante affidamento in *concessione* dei servizi aggiuntivi e con *appalto* dei servizi c.d. *strumentali*.

4. Concessione e appalto di servizi: i precedenti.

La distinzione tra appalto e concessione dei servizi museali è stata posta al centro di un importante dibattito dottrinale e giurisprudenziale negli ultimi anni.

La decisione dell’Adunanza plenaria, pur muovendo dai precedenti in materia, considerati non risolutivi, perviene ad una conclusione che sembra prescindere dalla distinzione tra l’appalto di servizi pubblici e la concessione di servizi, cui alternativamente è stata negli anni ricondotta la gestione dei servizi di biglietteria, come chiarito, “strumentali” rispetto ai “servizi aggiuntivi” museali ed afferma al riguardo quanto segue: *“è da osservare, in primo luogo, che la richiamata sentenza delle Sezioni Unite (n. 12252 del 2009) non impone di concludere che le due tipologie di ser-*

6 A norma dell’art. 55 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo del 12 aprile 2006, n. 163, *“le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa”*.

7 La gestione integrata dei servizi museali è stata oggetto di intervento normativo con decreto legge del 1° ottobre 2007 n. 159, convertito con modificazioni dalla legge 29 novembre 2007 n. 222, il quale, all’art. 14, ne aveva disposto l’affidamento in forma integrata, rimettendo ad un successivo decreto la disciplina specifica. Detto decreto, intervenuto in data 29 gennaio 2008, veniva caducato a seguito dell’entrata in vigore del decreto legge n. 64 del 30 aprile 2010, convertito in legge 29 giugno 2010, n. 100 che abrogava il richiamato art. 14. A seguito della modifica e del vuoto normativo, le Amministrazioni hanno, comunque, fatto ricorso all’integrazione, con le modalità previste dalle linee guida intervenute in materia.

8 In sede di emanando (nuove) linee guida in materia di attivazione e affidamento in concessione dei servizi per il pubblico negli istituti della cultura italiani, il MIBACT ha ribadito che la gestione integrata dei servizi di valorizzazione non deriva da un preciso obbligo in tal senso, trattandosi di valutazione discrezionale. Ed infatti, la determinazione di una gestione integrata non può prescindere dall’esame delle caratteristiche del sito, delle sue dimensioni (es. non possono essere trascurate le economie di scala nella gestione), del numero di visitatori, del prezzo praticabile.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

vizi, assistenza al pubblico e biglietteria, debbano in ogni caso soggiacere ad una disciplina differenziata". La non lontana sentenza delle SS.UU. del 27 maggio 2009, n. 12252, premessa l'elencazione della tipologia di servizi museali, aveva statuito che mentre l'affidamento dei servizi aggiuntivi dà luogo ad una concessione, viceversa il servizio di biglietteria rientrerebbe nell'appalto di servizio pubblico. Il giudice di legittimità afferma che l'Amministrazione cui il bene appartiene, "ammettendo il pubblico alla fruizione del bene culturale eroga un servizio agli utenti, non diverso da quello dell'istruzione" e "trasferendo al privato la messa a disposizione (degli utenti) di servizi, integrativi di quello della fruizione del bene culturale e che potrebbe rendere la stessa p.a., concede il pubblico servizio al privato terzo". Da tale considerazione discende la natura di concessione di pubblici servizi, tesi che sarebbe prevalsa su quella dell'appalto pubblico di servizi nonché su quella della concessione di beni pubblici e si sarebbe consolidata a seguito dell'entrata in vigore del codice dei beni culturali di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, che ne riserva la disciplina all'art. 115. Venendo alla distinzione, ben chiarita dalla giurisprudenza comunitaria oltre che dalla Commissione Europea (in una comunicazione interpretativa sulle concessioni del diritto comunitario del 12.4.2000 in G.U.C.E. del 29.4.2000) e dalla giurisprudenza amministrativa nazionale, mentre l'appalto pubblico di servizi (i) ha ad oggetto servizi resi in favore della pubblica Amministrazione, (ii) è caratterizzato da una controprestazione in denaro costituente il prezzo del contratto, (iii) non determina l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario; per contro, la concessione (i) riguarda servizi resi alla comunità di utenti (fruitori del servizio)⁹, (ii) comporta il trasferimento del diritto di gestione, (iii) è caratterizzata dall'allocation del rischio imprenditoriale in capo al concessionario (secondo una variabile dipendente dal modello di partenariato pubblico privato prescelto, di cui la concessione costituisce solo il più comune dei tipi¹⁰). Inoltre il concessionario sostiene direttamente i costi della gestione del servizio, che riversa sugli utenti, versando una *royalty* all'Amministrazione e (in molti casi) un canone fisso. Il tutto a fronte di una controprestazione consistente nel trasferimento al privato del diritto di gestire il servizio. Nella concessione di servizi, quindi, l'Amministrazione non versa alcun corrispettivo, elemento di per sé solo escludente l'appalto e che la Corte di Giustizia considera fattore differenziale rispetto all'appalto di servizi¹¹. La Suprema Corte di Cassazione, nella richiamata pronuncia, ha confermato che i servizi aggiuntivi rientrano nello schema concessorio, sussistendo "a) l'imputabilità e la titolarità del servizio in capo alla p.a., imposta all'Ente pubblico ex lege; b) la destinazione del servizio alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) la predisposizione da parte della p.a. di un programma di gestione, vincolante anche per il privato incaricato di erogare il servizio, con obblighi di condotta e livelli di qualità, d) il mantenimento in capo alla p.a. di poteri di indirizzo, vigilanza e di intervento, perchè il servizio venga assicurato dal gestore all'utenza nel rispetto del programma". Lo schema concessorio prescelto dal legislatore ben si adatterebbe all'attività di valorizzazione dei beni culturali. Il servizio di

9 L'indicazione comunitaria è che i servizi pubblici resi alla collettività realizzano una missione di interesse generale; cfr. libro bianco sui servizi di interesse generale Bruxelles, 12 maggio 2004, in www.europa.eu.

10 Negli ultimi anni il MIBACT, anche recependo le diverse istanze delle associazioni di categoria e dei concessionari ha aperto al ricorso a strumenti alternativi di gestione, quale il dialogo competitivo (da ultimo escluso) e la finanza di progetto. Quest'ultima forma di gestione, che ben si presta a gestioni complesse laddove oggetto della concessione sia anche l'esecuzione dei lavori relativi ai contenitori ospitanti i luoghi di cultura (si pensi alle ristrutturazioni e restauri dei musei ovvero dei palazzi da destinare a luoghi espositivi), trasferisce un importante rischio imprenditoriale in capo al partner privato.

11 Corte di Giustizia CE, sez. II, 18 luglio 2007, n. C-382/05, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 579.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

biglietteria viceversa, non sarebbe ascrivibile nei servizi aggiuntivi, in quanto, afferma la Suprema Corte, *“il costo di tale servizio è a carico delle risorse della p.a., poiché il prezzo del biglietto, che dovrebbe essere riversato direttamente e per intero alla p.a., viene in parte trattenuto dal gestore del servizio”*. A ciò si aggiunga che il servizio viene reso direttamente nei confronti della p.a., da cui riscuote il prezzo e non dagli utenti. Conclude il giudice di legittimità: *“ne consegue che il servizio di biglietteria affidato ad un privato non può costituire, per le ragioni sopra esposte, una concessione di servizio pubblico, ma un appalto di servizio pubblico”*¹².

5. L'ordinanza di rimessione.

Riepilogando sinteticamente, la prima questione rimessa all'esame dell'Adunanza plenaria afferisce la determinazione del valore della concessione ai fini del computo della cauzione *ex art. 75* del codice dei contratti pubblici, la seconda la legittimità della previsione della clausola sociale nella lettera di invito.

Sul primo argomento, la Sezione rimettente premette la censura di parte appellante fondata sul rilievo della necessaria commisurazione al valore dell'intero rapporto in ragione, da una parte, della complessità del servizio, connotato da una pluralità di partite reciproche, dall'altra, della necessità di tenere indenne l'Amministrazione dal rischio di mancata conclusione del contratto e, quindi, sia dalla mancata percezione dei canoni che dalla mancata fruizione del servizio.

Richiama in argomento la decisione del Consiglio di Stato 26 giugno 2012, n. 3764 la quale confermerebbe la correttezza della tesi degli appellanti, valorizzando la delicata attività di maneggio del denaro, da parte del concessionario, che precede il versamento del corrispettivo all'Amministrazione.

Così come menziona la determinazione del 6 marzo 2013, n. 10 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, di segno contrario che, viceversa, distinguerebbe i servizi strumentali, per cui il valore andrebbe commisurato al corrispettivo del servizio reso, dai restanti servizi per il pubblico, il cui valore andrebbe commisurato alla remuneratività per il concessionario.

La sesta Sezione opta, quindi, per una soluzione che, distinguendo i *servizi aggiuntivi* (affidati in concessione) dai *servizi strumentali*, esternalizzati mediante appalto, ancorché affidati in forma integrata, conduce a parametrare il valore ai soli introiti spettanti al concessionario.

In punto di legittimità della previsione della c.d. *clausola sociale* ove menzionata per la prima volta nella lettera di invito, la Sezione chiarisce che la questione non involge la legittimità della clausola, riconosciuta dalla sentenza non definitiva del 30 aprile 2013, n. 2374 (con la quale, riuniti gli appelli, e superate le eccezioni di inammissibilità dedotte dagli appellanti, la stessa sezione riteneva di rimettere le questioni all'Adunanza plenaria) bensì la legittimità della sua previsione nella lettera di invito invece che nella sollecitazione. Il Collegio attribuisce rilievo alla tesi di parte appellata, che opterebbe per una soluzione fedele alla lettura testuale dell'art. 69 del codice dei

¹² Al riguardo, si ribadisce che il decreto legislativo dell'8 agosto 1999, n. 490 ed il d.lgs n. 42 del 2004, distinguendo i servizi aggiuntivi tipici da quelli relativi alla pulizia, vigilanza e biglietteria, ammette la possibilità di gestione integrata.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

contratti pubblici (norma che sancisce la tassativa previsione della clausola, ascrivibile ad una *“condizione particolare per l'esecuzione del contratto”*) e ritiene che quanto considerato dalla sentenza n. 3764/2012 in ordine ad una possibile integrazione del bando di gara non sia sufficiente a superare la tassativa previsione da parte del legislatore.

6. L'iter argomentativo della decisione dell'Adunanza plenaria.

La premessa da cui muove la decisione in commento è che l'analisi compiuta dai giudici di legittimità *“non impone di concludere che le due tipologie di servizi, assistenza al pubblico e biglietteria [n.d.r. rispettivamente ricondotti al tipo negoziale concessorio e all'appalto di servizi] debbono in ogni caso soggiacere ad una disciplina differenziata”* (cfr. sentenza SS.UU. n. 12252/2009). Conclude: *“secondo l'avviso della Suprema Corte, l'astratta distinzione tra i contenuti tipici della concessione e quelli propri dell'appalto non è di ostacolo a che un determinato rapporto sia considerato, a determinati fini, in modo unitario, quando – come nella specie – sia la legge ad indicare la forma giuridica, e quindi il regime, cui il rapporto deve soggiacere”*. In realtà, i giudici di legittimità sembrano considerare che entrambe le categorie di servizi possono essere (contestualmente) affidate mediante il ricorso ad una procedura ad evidenza pubblica (le cui regole sono riconducibili al d.lgs. n. 163/2006) che esita in un unico atto concessorio. La decisione dell'Adunanza Plenaria prende le distanze dalla determinazione n. 10 del 6 marzo 2013 dell'AVCP, di cui ne contesta l'“esattezza”, per avere ammesso l'“assorbimento dell'appalto nella concessione” ed al riguardo chiarisce che [l'assorbimento] *“rileverebbe esclusivamente da un punto di vista procedurale non sostanziale ossia con limitato riferimento alla procedura di individuazione del contraente”*¹³. A sostegno della tesi proposta, il Supremo consesso richiama gli artt. 115 e 117 del codice dei beni culturali che parlerebbero di forma integrata con riferimento alla gestione ossia non al dato procedurale delle gare, bensì alla modalità di svolgimento dei servizi in esecuzione di un rapporto di carattere unitario. Lo stesso art. 117, comma 5, laddove dispone che *“i canoni di concessione dei servizi sono incassati e ripartiti ai sensi dell'art. 110”* indurrebbe a prediligere la tesi della disciplina unitaria del versamento de *“i proventi derivanti dalla vendita dei biglietti di ingresso agli istituti ed ai luoghi della cultura nonché dei canoni di concessione e dei corrispettivi per la riproduzione dei beni culturali”*. Ulteriore disposizione a conforto di tale orientamento sarebbe quella di cui al comma 3 dell'art. 110, a norma del quale i proventi derivanti dalla vendita dei biglietti di ingresso negli istituti e luoghi di cultura sono destinati alla realizzazione di interventi per la sicurezza oltre che alla conservazione dei luoghi medesimi. Posto, quindi, che quando la p.a. si determini per l'affidamento ai terzi in concessione ex art. 115, comma 2, persegue un interesse finanziario *“in modo da non rinunciare a quei proventi che avrebbe acquisito nella gestione diretta”*, viene ritenuto non irragionevole parametrare la misura della garanzia sull'intero valore del rapporto affinché sia assicurata la copertura del rischio di mancata formalizzazione dell'accordo (come di successiva non corretta

13 Un'ampia trattazione in tema di vincolatività dei pronunciamenti dell'A.V.C.P. è offerta dalla recente sentenza del Tar Lazio, sez. II quater, del 18 giugno 2013, n. 6094, in *Foro Amm. TAR* 2013, 6, 1928 (s.m.), la quale riconosce agli stessi il carattere di qualificata valutazione dotata di una attendibilità privilegiata pur confermandone la natura non imperativa e cogente nei confronti delle stazioni appaltanti.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

gestione del servizio). Gli argomenti che indurrebbero a considerare *l'intero rapporto*, ai fini della determinazione del valore della concessione, sarebbero ricondotti (i) alla sostanziale *unitarietà* del regime giuridico (per determinati fini) della concessione e dell'appalto (ii) alla finalizzazione della gestione al perseguimento dell'interesse pubblico ed al *profilo finanziario* (anche) del modulo concessorio prescelto quale alternativa alla gestione diretta dei servizi. Conseguenza logica degli assunti sembra essere, da una parte, che anche per gli appalti la determinazione del valore avverrebbe con riferimento all'intero rapporto, dall'altra che il ricorso al modulo concessorio (rispetto alla gestione diretta) potrebbe far dubitare del carattere patrimoniale del rapporto. In punto di legittimità della così detta *clausola sociale*, ove contenuta nella lettera di invito invece che nella *sollecitazione*, la questione posta muove dal precetto di cui all'art. 69 del codice dei contratti, a mente del quale ove la stazione appaltante, per esigenze sociali, intenda prevedere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, è obbligata a prevederle nel bando di gara ovvero nella lettera di invito nella sola ipotesi di procedure senza bando. Sul punto la decisione in esame conferma quanto statuito dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 3764 del 2012 la quale avrebbe concluso per l'insussistenza della lamentata violazione in ragione del fatto che, viceversa, l'integrazione del bando di gara determinerebbe un inutile azzeramento dell'intera procedura.

Aggiungono i giudici di Palazzo Spada che la disposizione di cui al richiamato art. 69 non troverebbe applicazione alle concessioni in quanto esclusa proprio dall'art. 30, norma che in materia di concessioni richiamerebbe i soli principi mutuati dal pertinente paradigma comunitario, nonché i principi generali in materia di contratti pubblici, in particolare quello di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità¹⁴.

Per il Supremo consesso, la regola dettata dall'art. 69 non costituisce applicazione dei richiamati principi non trovando negli stessi la sua *ratio* fondante, così come non troverebbero applicazione alle concessioni le disposizioni del codice dei contratti pubblici se non nel caso in cui si configurino quali "*estrinsecazioni essenziali dei principi medesimi*". La norma garantirebbe, poi, il principio, che nel caso in esame sarebbe stato osservato, che il concorrente sia messo in condizioni di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, tutti gli oneri della partecipazione alla gara. Conclude, quindi, la decisione per la legittimità dei documenti di gara e l'accoglimento degli appelli.

14 Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale comunitario (sentenza 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, *Telaustria contro Telekom Austria AG* e sentenza 13 ottobre 2005 in causa C-458-2003, *Parking Brixen contro Comune di Bressanone*), recepito dalla giurisprudenza nazionale (*ex multis* Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 7-8, 1474, s.m.), se la disciplina della c.d. "direttiva settori classici" ha escluso dal proprio ambito applicativo la materia delle concessioni di servizi, l'affidamento di dette concessioni deve, comunque, avvenire nel rispetto dei principi del TFUE in materia di procedure ad evidenza pubblica e, segnatamente, del principio di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità, principi recepiti nel codice dei contratti pubblici all'art. 30. La giurisprudenza ha, poi, rimesso all'Amministrazione la scelta dei criteri di gara conformi ai canoni di riferimento. Nello specifico, posta la regola generale della sottrazione delle concessioni di servizi alle disposizioni del codice, l'Amministrazione dovrà, nel caso concreto, verificarne l'applicazione motivandola volta per volta. Così come in concreto va condotta la conformità della procedura di gara ai richiamati principi di matrice comunitaria (cfr. Cons. St., sez. III, 12 luglio 2011, n. 4168, in *Ragiusan* 2012, 341-343, 85; Id., sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332; Id., sez. V, 24 marzo 2011, n. 24; Id., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1255, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

Per una compiuta ricostruzione della disciplina comunitaria e nazionale in materia di concessione di servizi si segnala la richiamata pronuncia del Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 18 giugno 2013, n. 6094, in *www.giustizia-amministrativa.it*, la quale interviene in merito alla legittimità di un bando di gara inerente la gestione di servizi museali da svolgersi presso il complesso monumentale del Vittoriano in Roma.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

7. Prime riflessioni.

Una prima suggestione è che gli argomenti esplorati per risolvere la questione se il valore della concessione debba essere determinato con riferimento all'*intero rapporto* ovvero limitato alla misura dei proventi in favore del concessionario non sembrano dirimenti; non appaiono, infatti, determinanti (i) né la conclusione che vede accomunare concessione ed appalto da un regime unitario (ii) né il rilievo della finalizzazione dell'attività amministrativa all'interesse pubblico ovvero il *profilo finanziario* dell'attività esternalizzata, che connota, comunque, la gestione di un servizio, sia che essa avvenga direttamente da parte dell'Amministrazione, sia in caso di affidamento a terzi. I temi posti, infatti, ruotano attorno a questioni esterne allo statuto dell'atto di concessione e/o del contratto di appalto indagando sulla disciplina di gara ovvero sull'interesse pubblico e su quello finanziario, da ritenersi necessariamente presupposti, e ciò a prescindere dal modulo procedimentale scelto o dal tipo contrattuale individuato laddove l'Amministrazione decida di esternalizzare la gestione dei servizi museali e la valorizzazione dei beni culturali.

Da una parte, infatti, un attento esame della questione dovrebbe indurre a valorizzare nella concessione di servizi l'elemento negoziale e, superando le difficoltà che la teorica amministrativa ha riscontrato nella qualificazione dell'istituto, approdare alla ricostruzione che vede prevalere, sempre nell'ambito della categoria concettuale del contratto di diritto pubblico, la componente contrattuale rispetto a quella provvedimentale. La nuova costruzione dell'istituto in termini di concessione-contratto, figura creata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, si è presentata quale soluzione di maggior tutela della posizione del privato rispetto alla impostazione precedente che prediligeva, nell'ambito del rapporto, l'elemento autoritativo e provvedimentale rispetto a quello negoziale. L'elaborazione teorica della figura del contratto di diritto pubblico venne proposta dal Sandulli¹⁵ il quale sosteneva l'estensione a detti contratti della disciplina dei contratti di diritto comune. Secondo tale impostazione, lo statuto del rapporto Amministrazione – privato è dettato dalla disciplina contrattuale nella quale si sintetizza il concorso sinallagmatico della volontà delle parti. La concessione è stata ricostruita in termini di contratto di diritto pubblico anche da M.S. Giannini¹⁶, che colloca le concessioni-contratto nei contratti di diritto pubblico *accessivi* e li vede “costituiti da quei moduli convenzionali nei quali il provvedimento sarebbe di per sé fonte di obbligazioni, e per meglio disciplinare questi, al provvedimento si usa accompagnare un contratto che contiene la disciplina di specie delle obbligazioni”¹⁷. Nella prassi amministrativa e, soprattutto, nell'ambito delle concessioni di servizi pubblici, il ruolo del contratto è stato spesso preminente rispetto a quello del provvedimento, in quanto fonte esclusiva di disciplina dell'intero rapporto. Corollario di detta impostazione, imprescindibile nell'esame del caso all'attenzione del Supremo consesso, è l'applicazione delle norme sulle obbligazioni e sui contratti.

Sotto un diverso profilo, ritornando ai temi esaminati dalla decisione in commento, non può esse-

15 A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 585.

16 M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 350.

17 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 344.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

re, poi, revocato in dubbio la sussistenza dell'interesse finanziario in ipotesi di esternalizzazione dei servizi; d'altronde la concessione è notoriamente connotata dall'allocatione, o meglio dal trasferimento, del rischio imprenditoriale interamente, ovvero in misura significativa, in capo al concessionario. Al riguardo, la Commissione europea, vigente la direttiva 93/37/CEE, con un'importante comunicazione individuava nel trasferimento al concessionario il rischio relativo alla gestione della concessione¹⁸. Nello specifico, il riferimento era ad un fattore di rischio ulteriore rispetto a quello imprenditoriale in quanto inerente quello relativo ad un investimento finanziario fondato su prospettive di remuneratività del servizio.

L'opinione interpretativa ormai consolidata nella giurisprudenza nazionale è che il criterio distintivo tra appalto e concessione risiede non tanto nella connotazione autoritativa della seconda né nel fatto che trattasi di trasferimenti di pubblici poteri, bensì nella *"traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato"*¹⁹.

D'altra parte, nemmeno può sostenersi che la scelta tra gestione diretta e in *outsourcing* sia dettata dal solo interesse finanziario. Il ricorso alla concessione è spesso necessitato dall'esigenza dell'Amministrazione di meglio rispondere alle richieste dei cittadini, all'esito di un'adeguata istruttoria (secondo quanto espressamente previsto dallo stesso art. 115 comma 4 del codice dei beni culturali), selezionando operatori dotati delle adeguate competenze tecniche e di esperienza non reperibili nelle piante organiche dell'Amministrazione.

In punto di legittimità della clausola sociale ove inserita nella lettera di invito, i giudici di palazzo Spada hanno ritenuto che ben può l'Amministrazione, in un momento successivo alla predisposizione del bando di gara, introdurre condizioni particolari nell'appalto, anche a tutela dell'interesse sociale, a ciò non ostando la previsione di cui all'art. 69 del codice dei contratti, in quanto norma di non diretta applicazione dei principi di cui all'art. 30, piuttosto, destinata a salvaguardare il principio *"questo certamente non eludibile, e nella specie osservato, che il concorrente sia messo in condizioni di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri assume con la partecipazione alla gara"*.

Nella sostanza, per il Supremo consesso, ben potrebbe l'aspirante concessionario conoscere le condizioni a cui sarà chiamato a svolgere l'appalto in un momento successivo della procedura di gara rispetto a quello della sua bandizione.

La sensazione è che, invece, il principio richiamato costituisca proprio la diretta emanazione dell'art. 30 ed, in quanto tale, andrebbe osservato mediante il puntuale rispetto delle condizioni e dei termini prescritti dall'art. 69.

D'altronde lo stesso art. 69 introduce il requisito di compatibilità con il diritto comunitario delle condizioni particolari di esecuzione del contratto perché le stesse non ingenerino turbativa nella concorrenza del mercato e violazione del relativo principio dettato a tutela.

¹⁸ In G.U.C.E. 29 aprile 2000, n. C-121/2, punto 2.1.2; in *Foro It.*, 2000, IV, 389, con nota di BARONE e BASSI (vedi nome); cfr. Corte di Giustizia CE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, causa Acoset S.p.A.

¹⁹ Cons. St., sez. IV, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, 1309.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

È senz'altro vero, da un punto di vista formale, che la lettera di invito interviene prima della presentazione dell'offerta, ma la *ratio* dell'art. 69 è quella di consentire un'adeguata conoscenza delle condizioni di gara in un momento ancora precedente, che è quello della sua bandizione.

In punto di tutela sostanziale, la questione da esaminare verte sulla verifica della congruità del tempo concesso al concorrente per predisporre un'offerta che tenga conto degli oneri da assumere in ipotesi di aggiudicazione.

Non vi sono dubbi in ordine alla significativa riduzione dei tempi per la richiesta di chiarimenti, per le risposte da parte dell'Amministrazione, per la predisposizione dell'offerta.

In ipotesi di incisione della posizione giuridica soggettiva, si assiste alla posticipazione della tutela caducatoria e, soprattutto, al rischio di arresti procedurali in fase di avanzata esecuzione della procedura selettiva, con effetti pregiudizievoli senz'altro per i concorrenti offerenti ma sicuramente per l'Amministrazione, esclusiva destinataria anche delle possibili azioni risarcitorie²⁰.

8. Argomenti che depongono a favore di una diversa tesi.

La questione relativa alla misura della fideiussione non può essere, quindi, risolta ragionando su tematiche, di politica economica più che propriamente di diritto civile o amministrativo, che militano a favore della scelta del modulo concessorio, bensì soffermandosi sugli elementi della concessione-contratto, in quanto tecnicamente ed imprescindibilmente legata allo statuto contrattuale, alla struttura del negozio, nonché all'equilibrio degli interessi di entrambe le parti.

8.1. I documenti di gara.

La sollecitazione alla domanda di partecipazione relativa alla gara per l'affidamento della concessione dei servizi aggiuntivi riguardo agli scavi di Pompei, Ercolano, Oplonti, Boscoreale e Stabia prevede, quale valore stimato della concessione quello di "€ 83.889.120 (IVA esclusa), così distribuiti: biglietteria, controllo accessi e guardaroba: € 81.432.504,00; prenotazione e prevendita: non stimabile; progettazione, realizzazione e noleggio audio guide e whisper, visite guidate: € 2.456.616,00; progettazione, organizzazione e realizzazione eventi e mostre: non stimabile; e commerce e gestione sito internet: non stimabile; assistenza didattica e laboratori didattici: non stimabile". È precisato in nota [a chiarimento di valore stimato] che "per i servizi già attivi la stima è pari alla media del fatturato annuale degli ultimi 3 anni (2007-2008-2009), al netto di IVA e al lordo eventuali corrispettivi, moltiplicato per la durata della concessione".

La lettera di richiesta di offerta vincolante alla sezione 7. busta 3 – offerta economica così indica la "composizione dell'offerta economica, base d'asta e relativi punteggi: corrispettivo fisso annuale a favore dell'Amministrazione da riconoscere a fronte dell'affidamento dei servizi, per il quale si richiede un'offerta a rialzo a partire dalla relativa base d'asta € 75.000, punteggio massimo 4; corrispettivo percentuale biglietteria a favore dell'Amministrazione a fronte dell'affidamento del servizio di biglietteria

20 Per un'analisi degli effetti connessi alla previsione della clausola sociale in sede di lettera di invito si rinvia alle note n. 22 e 23.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

per il quale si richiede un'offerta al rialzo a partire dalla relativa base d'asta: € 88,00 %, punteggio massimo 14; corrispettivo percentuale royalties a favore dell'Amministrazione a fronte dell'affidamento dei servizi di prenotazione, prevendita, noleggio audio guide e whisper, visite guidate, vendita e commerce, assistenza didattica, laboratori didattici per i quali si richiede un'offerta al rialzo a partire dalla relativa base d'asta 10 %, punteggio massimo 12”.

Entrambi i documenti fanno riferimento al *corrispettivo* per indicare la quota di spettanza dell'Amministrazione concedente, posta a *base d'asta*, mentre una nota a *“valore stimato”* chiarisce che questo è calcolato sulla base del fatturato del concessionario. Se a base d'asta è posto il corrispettivo da garantire all'Amministrazione e se, come affermato nella decisione dell'Adunanza plenaria, elemento dirimente e *componente essenziale* della concessione è costituito dai *proventi che* [l'Amministrazione] *avrebbe acquisito nel sistema della gestione diretta*, tutt'al più, è solo a questi che bisognerebbe far riferimento al fine di individuare il valore della concessione, mentre il Supremo Consesso, confermando la legittimità dei documenti di gara, ritiene che lo stesso vada parametrato all'intero valore del rapporto, includente la quota spettante al concessionario.

Viceversa, volendo valorizzare il fatturato del concessionario, aderendo alla concezione (superata) che individua quale scriminante nella concessione la traslazione al concessionario dei poteri dell'Amministrazione, a detto importo andrebbe scomputata la quota di spettanza dell'Amministrazione. Il criterio adottato e ritenuto legittimo, invece – sempre apparendo presupposto lo scopo di offrire una soluzione di massima garanzia per l'ente concedente – sembra svincolato dall'esigenza di un equilibrio economico finanziario, che pure l'Amministrazione, a tutela dell'interesse pubblico, dovrebbe perseguire, e sovrapponendo la posizione dell'Amministrazione a quella del concessionario, somma gli importi dei corrispettivi spettanti alle due parti contrattuali.

8.2. Dato normativo.

Stando al dato normativo, non si può prescindere dalla lettera dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 a mente del quale la garanzia *“è pari al 2 % del prezzo base indicato nel bando o nella lettera di invito”*.

Una piana lettura dei documenti di gara e della citata norma indurrebbe semplicemente a calcolare il 2% sui corrispettivi indicati a base d'asta nella lettera di richiesta di offerta vincolante; la soluzione porterebbe a parametrare il valore dell'affidamento al corrispettivo spettante all'Amministrazione, ovviamente al netto dell'aggio per il concessionario, e ciò a prescindere se si tratti di appalto o di concessione.

Vediamo, quindi, l'applicazione della norma ai due diversi tipi negoziali.

a. Laddove il servizio di biglietteria vada ricondotto allo schema concessorio, il riferimento non può che essere l'art. 30 del codice dei contratti pubblici, il quale dispone: *“nella concessione di servizi la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio. Il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare”*. A norma del comma 12 dell'art. 3 del richiamato codice, la *“concessione di servizi”* è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30”.

Nella concessione il prezzo base, ovvero la controprestazione contrattuale equivale *ad diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio*. Nelle ipotesi in cui il concessionario sia obbligato a praticare agli utenti prezzi talmente bassi da non garantire la remuneratività del servizio, il prezzo stesso viene stabilito dall'ente concedente. Il legislatore, quindi, (i) stabilisce una correlazione tra il diritto di gestione funzionale e sfruttamento del servizio (controprestazione) ed il prezzo, (ii) intende assicurare, proprio a tutela dell'interesse pubblico, che la gestione del servizio avvenga *perseguendo l'equilibrio economico finanziario degli investimenti*; le stesse gare per l'affidamento dei servizi museali sul territorio nazionale hanno previsto che l'offerta fosse corredata da un piano economico finanziario perchè l'Amministrazione possa valutare la gestione e la qualità del servizio, così ritenendo valutando la idoneità dell'offerta.

Si aggiunga che a norma dell'art. 29 del codice dei contratti, *“il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti”*. La norma sembra far chiaro riferimento all'importo di spettanza del concessionario. c. Alla medesima conclusione conduce la soluzione ermeneutica proposta dai giudici di legittimità, che vede riferire il servizio di biglietteria all'appalto, in quanto prestato in favore dell'Amministrazione e non degli utenti.

L'art. 29 del codice dei contratti pubblici, infatti, parametrizza il valore dell'appalto all'importo corrisposto dall'Amministrazione; il comma 12, nelle diverse articolazioni (servizi assicurativi, bancari, progettazione) valorizza sempre la remunerazione prevista per l'appaltatore.

8.3. L'oggetto della garanzia e l'equilibrio contrattuale.

La cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del codice dei contratti pubblici ed oggetto del caso giunto all'esame dell'Adunanza plenaria garantisce l'affidabilità dell'offerta e, quindi, la serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla disciplina di gara, ivi compresa la correttezza delle dichiarazioni relative al possesso dei requisiti. La garanzia di cui al successivo art. 113, invece, copre gli oneri conseguenti al mancato o inesatto adempimento delle prestazioni contrattuali.

La garanzia, di cui assumiamo la legittimità, ove parametrata alla prestazione in favore dell'Amministrazione, come statuito dalla decisione in esame, non può che riferirsi al valore della concessione al netto dei compensi spettanti al concessionario. Nell'economica del contributo non possono, invece, assumere rilievo né la considerazione che la *non corretta gestione del servizio* (cfr. sentenza alla pag. 13) inerisce la fase esecutiva mentre il caso in esame ha, invece, ad oggetto la garanzia *ex art. 75*; nemmeno la valutazione che un così forte strumento di tutela vada ad aggiungersi ai restanti rimedi interni allo statuto contrattuale quali la risoluzione, la decadenza dalla concessione e le clausole risolutive espresse, oltre che al risarcimento del danno.

Corollario della tesi condivisa dal Supremo consesso è, viceversa, che il concessionario con una polizza parametrata sul valore globale della concessione garantisca una prestazione che lo stesso eroga in proprio favore (si parla dell'aggio) il che potrebbe addirittura far pensare alla illegittimità della garanzia per insussistenza del rischio e, quindi, della causa.

Concludendo, stando alla lettera della norma, il valore della garanzia dovrebbe essere parametrato al corrispettivo spettante al concessionario, ovvero, se, come ipotizzato dalla sentenza in com-

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

mento, va assunto a riferimento il corrispettivo versato all'Amministrazione, da questo andrebbe, tutt'al più, scomputato l'aggio spettante al concessionario.

9. Questioni di carattere generale attinenti (non solo) l'equilibrio economico finanziario delle concessioni.

Gli approdi interpretativi raggiunti dal Supremo Consesso hanno, quindi, chiarito alcuni aspetti di una disciplina di grande complessità e difficoltà applicativa ma i principi affermati non potranno prescindere dagli effetti dell'attuazione in concreto e dalla verifica della loro tenuta ove calati nel settore di riferimento.

Il dato non trascurabile è che la concessione di servizi realizza una forma di partenariato pubblico privato di tipo *puramente contrattuale* (PPP) connotato, tra l'altro, da una forte cooperazione tra il settore pubblico e quello privato attraverso il quale le rispettive competenze e risorse si integrano per realizzare opere e gestire servizi in funzione delle rispettive responsabilità.

Ai fini della strutturazione di un'operazione di partenariato, si distinguono le opere e i servizi in funzione della loro potenziale remuneratività in progetti c.d. (a) *caldi*, relativi ad iniziative idonee a generare reddito attraverso i ricavi da utenza nella fase di gestione; ipotesi in cui il privato recupera integralmente i costi nell'arco della durata della concessione; (b) *tiepidi*, che richiedono una componente di contribuzione pubblica in quanto i ricavi commerciali da utenza sono di per sé scarsamente remunerativi; (c) *freddi*, sono quelli in cui il privato è remunerato direttamente dall'Amministrazione.

L'esperienza degli ultimi quindici anni porta a ritenere che la gestione dei servizi museali rientri tra i progetti *tiepidi* in quanto i ricavi da utenza non remunerano i costi di gestione dell'investitore privato. Di qui la necessità di ipotizzare un contributo pubblico perché la gestione avvenga nel rispetto dell'equilibrio economico finanziario di cui all'art. 30 del codice dei contratti. Nell'ambito di detto quadro, l'Amministrazione, nell'affidare i servizi, si preoccupa senz'altro di rispettare gli equilibri di bilancio ed il patto di stabilità interno; nondimeno deve accertare, a tutela dello stesso interesse pubblico, che l'investimento del privato sia sostenibile²¹.

Negli ultimi anni, la gestione è avvenuta ad opera dei privati con strumenti che non sempre si sono presentati adeguati rispetto alle criticità che poneva il rapporto e la complessa gestione dei servizi, mentre la difficoltà delle procedure di gara, la mancanza di esperienza nel settore pubblico, l'assenza di regole chiare hanno ulteriormente aggravato l'affidamento dei servizi e l'attuazione dei vari modelli di partenariato pubblico privato (PPP).

Si osserva che il modello concessorio *ex art. 30* del codice dei contratti pubblici, così come quello del *project financing ex art. 153*, cui pure fanno riferimento le emanande (nuove) linee guida, pongono quattro temi dominanti in questo contesto: (i) l'entità degli investimenti che il privato è tenuto a sostenere all'inizio del rapporto contrattuale; (ii) l'entità dei rischi trasferiti ai privati;

21 Ed infatti, lo stesso MIBACT, dopo anni di incertezze e di risultati contraddittori, ha ritenuto necessario, nelle emanande (nuove) linee guida, prevedere come onere da parte dell'Amministrazione la necessità di elaborare singoli piani economico finanziari i quali, nell'attestare l'esistenza di un equilibrio in termini di "sostenibilità" devono essere offerti obbligatoriamente in sede di gara ed ai quali i concessionari devono far riferimento nell'elaborare la propria offerta e nel predisporre i relativi piani economico finanziari.

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

(iii) l'entità dei rendimenti – intesi sia come rendimenti di un ipotetico capitale investito, quando siano presenti immobilizzi all'inizio del rapporto di partenariato, sia come flussi di cassa netti positivi quando prevalgono o siano esclusivi flussi di conto economico – che possono essere ragionevolmente stimati dalle parti; (iv) il periodo di durata del rapporto contrattuale di partenariato. È abbastanza evidente, oltre che noto a tutti gli operatori del settore che ricorrono alle diverse applicazioni di PPP, che i quattro elementi richiamati devono integrarsi in un quadro armonizzato, coerente e condiviso tra soggetto pubblico ed operatore privato, ancorché l'ambito di intervento sia quello della procedura competitiva caratterizzata dalla presenza di operatori con posizioni diversificate tra loro.

L'esigenza di individuare soluzioni interpretative condivise è tanto più avvertita nel settore in esame, notoriamente a rischio, se solo si consideri che (i) le soglie base sono rimaste immutate dal 1997 ad oggi, senza rivalutazioni Istat o meccanismi incrementali di altro tipo; (ii) alcuni dei servizi in gara sono, per loro natura, a ricavi zero e, quindi, strutturalmente in perdita (es. l'accoglienza in quanto gratuita); (iii) con decretazione ricorrente vengono imposte gratuità soggettive per legge oltre che giornate di accesso gratuite ai visitatori minorenni, ai militari, al clero, agli ultrasessantacinquenni (oltre alla c.d. settimana della cultura, alla notte bianca, alla festa di San Valentino ecc.); (iv) l'integrazione dei siti museali ha come unica logica quella di accorpate ad uno dei siti astrattamente remunerativi una pluralità di siti minori a bassissima affluenza e per altro spesso non accessibili per carenza di personale di custodia (servizio, quest'ultimo, insieme alla tutela, riservato all'Amministrazione); (v) il prezzo del biglietto di accesso è fissato unilateralmente ed autoritativamente dall'Amministrazione e non registra meccanismi di adeguamento automatico; (vi) nella maggior parte delle gare, le integrazioni orizzontali avvengono con criteri distanti da quelli che garantirebbero l'equilibrio economico finanziario della gestione; (vii) il partner privato gestisce una porzione minima della struttura (es il bookshop in uno spazio di 40 mq dei 3 o 4.000 mq di museo) per la rimanente parte (e, quindi, la quasi totalità dello spazio) gestita dal *partner* pubblico che osserva logiche gestionali completamente diverse.

In detto quadro, l'unico elemento bilanciante per il privato potrebbe essere la massimizzazione dell'aggio sulla biglietteria (ove previsto) o la minimizzazione del canone e delle *royalties* dovute all'Amministrazione.

Le coordinate interpretative imposte dalla decisione in commento incidono in modo significativo e discordante rispetto all'esigenza di limitare i richiamati fattori di rischio.

La prima immediata conseguenza è che gli operatori offerenti si vedono costretti a prestare una garanzia fideiussoria ovvero una cauzione su un importo esorbitante sia rispetto alla prestazione dell'ente concedente (messa a disposizione del bene) che alla prestazione del concessionario. In entrambi i casi, infatti, il valore assunto a riferimento è gravato dall'incidenza del corrispettivo previsto in favore dell'altra parte.

A ciò si aggiunga che per le gare in esame la garanzia provvisoria (che dovrebbe essere sostituita da quella definitiva) è richiesta con un periodo di validità di 365 giorni.

Ulteriore importante questione è rappresentata dalla incidenza del valore della concessione non solo ai fini della individuazione, secondo i principi di proporzionalità, dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi prescelti, ma anche ai fini della definizione degli altri parametri economici (aggio, *royalties* e canoni) che regolano la concessione.

È facile comprendere che se si attribuisce ad una concessione il valore globale dell'intero rapporto diventano sempre più significativi i requisiti di fatturato richiesti alle imprese partecipanti alle

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

gare, fatturato, per altro, di difficile realizzazione in quanto maturato esclusivamente per servizi analoghi ed includente il solo aggio per il concessionario. Detto criterio determina un inaridimento del mercato dei potenziali *players* considerato che, allo stato attuale, quasi nessun concessionario con un *curriculum* idoneo a soddisfare i requisiti specifici può vantare nel triennio antecedente alla gara un fatturato sufficiente a rispettare i suddetti criteri, circostanza che viceversa potrebbe ricorrere solo a favore di aziende che, operando in settori diversi e più remunerativi, potrebbero soddisfare il solo requisito di fatturato ma non quelli tecnico-esperienziali (maturati in servizi identici o analoghi). L'inevitabile conseguenza è il restringimento della platea delle imprese partecipanti alla selezione con possibili dubbi di compatibilità con i principi comunitari di certa applicazione nelle procedure in esame; e, segnatamente, con quelli della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi oltre che quelli di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e trasparenza, richiamati al secondo considerando della direttiva 31 marzo 2004 n. 18, nonché di quello a tutela della concorrenza di cui al ventinovesimo considerando.

Ed infine, le stesse coordinate interpretative devono orientare la lettura del *dictum* *“in realtà la norma [ndr. art. 69] è destinata a salvaguardare il principio, questo certo non eludibile, e nella specie osservato, che il concorrente sia messo in condizione di conoscere, prima della presentazione dell'offerta, quali oneri assume con la partecipazione alla gara”* anche alla luce del disposto di cui all'art. 65 (cfr. sub 7).

Si è parlato dell'incidenza, sull'operatore offerente, del fattore tempo ai fini della predisposizione dell'offerta ove la conoscenza della clausola sociale venga assicurata immediatamente prima della scadenza dei termini per la presentazione dell'offerta.

Considerato che, come noto, il costo del personale rappresenta la voce preponderante nella gestione di un servizio, non è certo indifferente per un'impresa concorrente stimare detto fattore prima ancora di partecipare alla gara²² perché la stessa possa liberamente valutare la convenienza economica dell'intrapresa.

Se, infatti, è vero, come affermato dal Supremo consesso, che al concorrente è dato conoscere *“quali oneri assume con la partecipazione alla gara”*, stando alla lettera della gravata disciplina di gara, allo stato costui potrebbe dover valutare di non essere in grado di sostenere l'investimento solo dopo aver positivamente superato la prequalifica e, quindi, dopo aver sostenuto ingenti costi, mentre ben avrebbe, diversamente, potuto investire in più remunerative iniziative imprenditoriali²³.

22 Si aggiunga che il carattere indeterminato della clausola tipo rende ancora più difficile la costruzione del piano eco-fin. Al punto sub 4 A) n. 11 della lettera di invito, è prescritto l'impegno *“a garantire la continuità dei rapporti di lavoro in essere al momento del subentro, con esclusione di ulteriori periodi di prova, di tutto il personale già impiegato nei servizi oggetto della presente concessione in esecuzione di precedenti convenzioni e riportato nell'allegato 1)”*. L'allegato n. 1 non fornisce nessuno dei seguenti elementi incidenti sulla stima del relativo costo: (i) indicazione, per ogni lavoratore per il quale il nuovo concessionario dovrà garantire la continuità del rapporto di lavoro, del nominativo, della data di assunzione, della tipologia di contratto, del C.C.N.L. di riferimento, del livello retributivo, del dettaglio di ore lavorate per i lavoratori in *part-time*, della tipologia di servizi svolti, delle informazioni in merito alla sussistenza di eventuali contenziosi con il concessionario uscente cui succederebbe il nuovo concessionario; (ii) l'indicazione se la continuità del rapporto di lavoro dovrà essere assicurata esclusivamente con riferimento ai dipendenti strettamente necessari per lo svolgimento dei servizi oggetto della concessione. Si consideri, poi, che l'obbligo di assumere, senza alcun periodo di prova, il personale in forza presso il concessionario uscente limita la stessa libertà di iniziativa economica, tutelata dall'art. 41 della Costituzione, risultando del tutto compromessa la possibilità di organizzare il servizio in modo libero applicando al meglio le risorse; e nemmeno si può trascurare che l'assorbimento di detto personale impedisce alla concessionaria entrante di beneficiare delle agevolazioni fiscali e contributive legate all'assunzione di nuovo personale.

23 È, infatti, noto che il concorrente, prima di presentare l'offerta, deve svolgere le attività preliminari alla costituzione delle AT1, chiedere il rilascio della fidejussione provvisoria, redigere il piano economico finanziario, impiegare, spesso per mesi, il personale interno per la preparazione delle offerte tecnica ed economica, sostenendo i relativi ed ingenti costi. Anche in questa sede è uti-

L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2013

Le problematiche evidenziate sopravvivono, quindi, all'arresto giurisprudenziale in commento. Nel quadro di riferimento delineato, la Direzione Generale per la Valorizzazione del patrimonio culturale lo scorso 27 novembre 2012 svolgeva una giornata di consultazione pubblica con lo scopo di avviare un'attività conoscitiva coinvolgente non solo l'Amministrazione nelle sue articolazioni centrali e territoriali ma anche le imprese nonché le associazioni rappresentative dei vari *stakeholders*.

I contributi emersi hanno orientato la stesura delle emanande (nuove) linee guida in materia di procedure di gara ed aperto un utile dialogo tra le parti nel pieno spirito collaborativo del partenariato ed allo scopo di *indirizzare in modo trasparente, condiviso ed ottimale i successivi provvedimenti, le scelte e le attività del Ministero*.

Allo stato la preoccupazione di osservare la sostenibilità, in concreto, dell'offerta e la ricerca di soluzioni interpretative della disciplina che salvaguardino, al contempo, gli interessi dell'ente concedente e del concessionario, a tutela del migliore svolgimento del servizio, ha fatto registrare una situazione di sostanziale arresto delle procedure di gara su tutto il territorio nazionale (sospese dal 2010). La Soprintendenza Speciale per il Patrimonio Storico Artistico ed Etnoantropologico per il Polo Museale della città di Roma, lo scorso 21 giugno 2013, ha annullato in autotutela la procedura di gara per l'affidamento in concessione dei servizi integrati nei sette musei costituenti il Polo Museale Romano nonostante il Consiglio di Stato, con giudicato alla stessa favorevole, con la richiamata sentenza del 26 giugno 2012, n. 3764, statuendo in merito alle menzionate clausole, ne riconoscesse la legittimità.

Dette iniziative attestano l'estrema complessità di una disciplina la cui applicazione in futuro dovrà essere necessariamente orientata dall'autorevole arresto giurisprudenziale in commento ma che, ciò nonostante, potrà senz'altro conformarsi all'esigenza di un equilibrio in termini di sostenibilità delle gestioni cui dovranno adeguarsi *partner* pubblico e privato nella ricerca di una collaborazione che non potrà non connotare anche la forma di partenariato in esame.

le ricordare che la già richiamata comunicazione interpretativa della Commissione europea, nel dettagliare il principio di trasparenza al cui rispetto le Amministrazioni concedenti sono vincolate, proprio a tutela del concorrente e della libertà di scelta se partecipare o meno alla competizione, chiarisce espressamente al punto sub 3.1.2. che: *"siffatte forme di pubblicità contengono, in generale, le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari possano decidere se sono interessati a partecipare alla procedura (ad esempio, criteri di selezione e di attribuzione, ecc.), ivi compreso l'oggetto della concessione nonché la natura ed estensione delle prestazioni attese dal concessionario"*.
