



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 21 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dal Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del Ministro p.t. e dalla Soprintendenza Speciale per il Patrimonio Storico, Artistico ed Etnoantropologico e Polo Museale città di Roma, in persona del Soprintendente p.t., rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria per legge presso la sede di Roma, via dei Portoghesi, 12;

***contro***

Società Culturespaces S.A., in Proprio e quale mandataria di Ati; società Mondomostre Srl e Skira Editore Spa, rappresentate e difese dagli avvocati Antonello Lirosi, Marco Martinelli, con domicilio eletto presso lo studio legale Gianni, Origoni, Grippo & Partners in

Roma, via delle Quattro Fontane, 20;

***e con l'intervento di***

ad adiuvandum:

Uiltucs - Unione Italiana Lavoratori Turismo Commercio e Servizi,  
rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Cardarelli, con domicilio  
eletto presso lo stesso in Roma, via G.P. Da Palestrina, 47;

ad opponendum:

Confcultura, rappresentata e difesa dall'avv. Marcello Cardi, con  
domicilio eletto presso lo stesso in Roma, viale Bruno Buozzi N.51;

***per la riforma del dispositivo della sentenza del t.a.r. lazio –  
roma, sezione ii quater, n. 09264/2011 e della sentenza n.  
239/2012, resa tra le parti, concernente affidamento in  
concessione della biglietteria ed altri servizi presso alcuni  
musei di roma***

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Culturespaces  
S.A., Mondomostre Srl e Skira Editore Spa;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2012 il Cons.  
Gabriella De Michele e uditi per le parti l'avvocato dello Stato  
Fiorentino, l'avv. Lirosi, l'avv. Cardarelli e l'avv. Cardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, sez. II quater, n. 239/2012 in data 11.1.2012 (che non risulta notificata) veniva accolto il ricorso proposto dalle società Culturaspaces SA, Mondomostre s.r.l. e Skira Editore s.p.a., avverso la lettera di richiesta di offerta vincolante n. 112 del 4.8.2011, per l'affidamento in concessione della rivendita di biglietti ed altri servizi presso il cosiddetto "Polo museale Romano" (comprendente la Galleria Nazionale di Arte Antica di Palazzo Barberini, la Galleria Nazionale di Arte Antica di Palazzo Corsini, il Museo Nazionale di Palazzo Venezia, la Galleria Borghese, la Galleria Spada, il Museo Nazionale di Castel Sant'Angelo e il Museo Nazionale degli Strumenti Musicali). La lettera di invito in questione era contestata con esclusivo riferimento al punto 4, lettere C e A, rispettivamente finalizzate ad imporre l'obbligo di prestare una cauzione pari ad €. 811.586,58, ai sensi dell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 e a richiedere, a pena di esclusione, 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..."

Nella citata sentenza si rilevava, in primo luogo, come per concorde ammissione delle parti si trattasse di valutare nella fattispecie le regole applicabili ad una concessione di servizi dal contenuto complesso, comprensivo della vendita dei biglietti per l'ingresso ai

musei sopra indicati e di una serie di ulteriori prestazioni, quali la prenotazione e la prevendita, l'accoglienza, l'informazione ed orientamento, il marketing, il noleggio audio guide, le visite guidate, la progettazione e realizzazione di eventi, mostre, gestione del sito internet, assistenza didattica ecc. (cosiddetti "servizi aggiuntivi", ora disciplinati dall'art. 117 del d.lgs. n. 42/2004). La pacifica natura concessoria del rapporto – come definito dall'art. 3, comma 12 e dall'art. 30, comma 2 del d.lgs. n. 163/2006 (codice dei contratti pubblici) – non avrebbe escluso la possibilità per l'Amministrazione di auto vincolarsi, inserendo nel bando e nella lettera di sollecitazione una clausola riproduttiva dell'art. 75 del citato codice dei contratti, concernente la prestazione di cauzione provvisoria. Una volta ammessa tale possibilità, doveva poi stabilirsi come calcolare la percentuale del 2%, rapportata dalla norma richiamata "al prezzo base indicato nel bando o nell'invito". Tale prezzo base – facilmente identificabile per gli appalti nell'importo totale da corrispondere all'imprenditore, al netto dell'IVA, per l'esecuzione dell'opera o l'effettuazione del servizio (come specificato anche nell'art. 29 del codice dei contratti) – sarebbe stato di più difficile determinazione per i servizi svolti dal concessionario, in assenza di un "vero e proprio corrispettivo pagato dall'amministrazione concedente". In quest'ultimo contesto, secondo il giudice di primo grado, il corrispettivo in questione avrebbe dovuto essere individuato "sulla base degli introiti spettanti al concessionario, al lordo delle spese per

la gestione del servizio”. Nella situazione in esame, invece, l’Amministrazione aveva individuato il valore della concessione in base alla “media del fatturato annuale degli ultimi tre anni (2007 – 2009), al netto dell’IVA e al lordo di eventuali corrispettivi, moltiplicato per la durata della concessione”: in tal modo, tuttavia, si sarebbe fatta confusione “tra ....il valore economico della gestione del polo museale romano in sé e per sé” (in misura pari al fatturato medio annuo, derivante dalla vendita dei biglietti, che si afferma “non oggetto di concessione a terzi, ma....gestito direttamente dal Ministero per i beni e le attività culturali”) e il “valore economico della concessione dei servizi aggiuntivi”. Nella sentenza appellata, pertanto, si ritiene che la cauzione provvisoria dovesse essere calcolata sul “totale dei corrispettivi che il concessionario trae per la gestione del servizio”, non anche sulla “quota parte spettante all’amministrazione per la fruizione del museo da parte del pubblico, attività estranea all’oggetto della concessione”.

Ugualmente fondata, secondo il giudice di primo grado, sarebbe stata la censura riferita all’obbligo di assunzione del personale già in servizio da parte del nuovo concessionario, in base ad una prescrizione – inserita per la prima volta nella lettera di invito – non idonea a modificare il bando precedentemente emanato, in cui erano precisati i requisiti di ammissione alla procedura selettiva.

Avverso il dispositivo della decisione sopra sintetizzata, pubblicato il 25.11.2011, il Ministero per i beni culturali ed ambientali ha proposto

l'atto di appello in esame (n. 21/2012, notificato il 22.12.2011), in base alle seguenti argomentazioni difensive, non singolarmente formalizzate:

a) applicabilità dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici alle concessioni di servizi, in quanto – pur essendo queste ultime escluse dall'ambito di applicabilità del codice, a norma dell'art. 30 del medesimo – non sarebbe comunque vietata l'applicazione delle regole dettate in materia di appalto, ove logicamente compatibili con il meccanismo della concessione, come confermato dall'Autorità di vigilanza nel parere n. 118/2011;

b) valutabilità del valore dei servizi, affidati in concessione, tramite sommatoria di tutti i proventi che il concessionario percepisce, nell'intero arco temporale della durata del contratto;

c) inammissibilità del ricorso, se non fondato sulla necessaria contestazione del valore della concessione, come determinato dal seggio di gara, ovvero di “tutti gli aspetti relativi alle dimensioni soggettive ed oggettive dell'offerta”, in quanto strettamente correlate;

d) fissazione del valore economico convenzionale della concessione, per servizi aggiuntivi negli Istituti di cultura statali – in conformità alla circolare ministeriale n. 49/2009 – in base alla somma degli importi di tutte le componenti del regolamento economico dei rapporti contrattuali in questione. Anche l'omessa impugnazione della predetta circolare, peraltro, determinerebbe l'inammissibilità del gravame;

e) calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici, secondo la deliberazione dell'Autorità Garante per il settore n. 9/2010, in base all'importo totale pagabile al netto dell'IVA. Il valore della concessione sarebbe quindi costituito dall'intero flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti al concessionario per la durata del contratto, senza sottrazione delle somme destinate all'Amministrazione concedente;

f) insussistenza della pretesa non conformità della lettera di invito rispetto al bando (nella fattispecie identificabile con la sollecitazione alla domanda di partecipazione), con ulteriore asserita prevalenza di quest'ultima, in quanto la cosiddetta "clausola sociale" (ovvero l'impegno del concessionario a garantire la continuità dei rapporti di lavoro, in essere al momento del subentro) corrispondeva nella fattispecie ad un protocollo di intesa con le organizzazioni sindacali, sottoscritto dal Ministero per i beni e le attività culturali il 10.12.2010, in aderenza alle finalità riconosciute dalla Commissione Europea con comunicazione interpretativa in data 15.10.2001 "sul diritto comunitario degli appalti pubblici e possibilità di integrare aspetti sociali negli appalti pubblici". Quanto all'inserimento della clausola in questione solo nella lettera di invito, non sarebbe ravvisabile alcun contrasto col bando, trattandosi di mera integrazione del medesimo.

Dopo il deposito della sentenza, avvenuto in data 11.1.2011, il medesimo Ministero proponeva motivi aggiunti di gravame,

notificati il 13.2.2012, riproponendo le argomentazioni già sopra sintetizzate, circa l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame proposto in primo grado.

Sono intervenute nel presente giudizio – rispettivamente, “ad opponendum” e “ad adiuvandum” – l'Associazione Confcultura e l'Unione Italiana Lavoratori Turismo Commercio e Servizi (UILTuCS)

Le società Culturaspaces S.A., MondoMostre s.r.l. e Skira s.p.a., a loro volta costituite in giudizio, hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità dell'intervento della citata UILTuCS, per potenziale contrasto con gli interessi dei lavoratori rappresentati (essendo tutelati dalla clausola sociale in contestazione solo i lavoratori già occupati, ma non anche gli altri potenziali aspiranti ai posti di lavoro di cui trattasi e non avendo, comunque, la medesima unione comprovato l'iscrizione degli attuali dipendenti del Polo Museale romano); nessun interesse, poi, sarebbe riconducibile alla medesima Unione circa l'entità della cauzione provvisoria ed i relativi criteri di determinazione. Oggetto del giudizio sarebbe stato, comunque, solo l'individuazione, ai sensi dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici, del corretto parametro per il calcolo delle cauzioni in materia di concessione di servizi pubblici, senza necessaria coincidenza con il valore riferibile ad altri elementi della procedura di gara. Gli interessi della medesima Amministrazione, d'altra parte, dovrebbero ritenersi adeguatamente garantiti dai meccanismi sanzionatori previsti nella

convenzione. Nella situazione in esame, in definitiva, l'Amministrazione intenderebbe essere illegittimamente garantita anche rispetto allo svolgimento delle attività di sua spettanza, mentre la cauzione dovrebbe, viceversa, essere calcolata sul valore dei servizi oggetto di concessione, con conseguente corretto parametro di calcolo delle garanzie, riferito in via esclusiva al "reale perimetro delle attività oggetto di concessione", ovvero al "valore dei servizi, corrispondente al totale dei corrispettivi che il concessionario trae per la loro gestione".

In effetti, l'attività più remunerativa data in concessione sarebbe proprio quella di biglietteria, per la quale però il servizio svolto (mera vendita dei biglietti) non richiederebbe un grande impegno per il concessionario, con conseguente giusta assegnazione di una bassa percentuale degli introiti in questione (25%); altrettanto giusta sarebbe, tuttavia, la parametrizzazione della cauzione prestata dal concessionario "alla parte di incassi inerenti all'attività da esso svolta" (ovvero all'aggio, ivi compreso quello relativo agli altri servizi aggiuntivi), escludendo dal computo l'ingente quota di introiti spettanti all'Amministrazione, per lo svolgimento delle attività di relativa competenza (conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale).

La cosiddetta clausola sociale, infine, introdurrebbe un criterio di ammissibilità dell'offerta, ovvero un requisito di ammissione, e non una condizione di esecuzione della prestazione, in quanto

configurata come dichiarazione da rendere, a pena di esclusione, nella busta contenente la documentazione amministrativa: situazione, quella appena indicata, che differirebbe rispetto alla fattispecie disciplinata dall’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP). I precedenti giurisprudenziali citati a sostegno della legittimità della predetta clausola non sarebbero comunque pertinenti, mentre contrasterebbe con il diritto comunitario la preclusione imposta all’imprenditore di avvalersi liberamente del personale, che costituisce il nucleo dell’impresa, per la più efficace attività di quest’ultima. La soluzione proposta, inoltre, avrebbe favorito il gestore uscente, frustrando l’obiettivo di aprire il mercato dei servizi aggiuntivi a nuovi soggetti, anche portatori di soluzioni innovative. UILTuCS, a sua volta, eccepisce l’inammissibilità, per difetto di legittimazione, dell’intervento dell’Associazione Confcultura.

## DIRITTO

La questione sottoposta all’esame del Collegio concerne la legittimità delle seguenti condizioni, apposte alla lettera di invito rivolta ad imprese – già prequalificate – affinché presentassero la propria offerta per una concessione, avente ad oggetto la vendita dei biglietti di accesso ed altri servizi collaterali nell’ambito del cosiddetto “polo museale romano”:

a) applicabilità alla concessione di cui trattasi dell’art. 75 del codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), circa la prestazione di cauzione provvisoria;

b) definizione del valore della predetta concessione, ai fini del calcolo percentuale della cauzione stessa e conseguente possibilità, o meno, di riportare quest'ultima anche all'intero incasso previsto per la vendita dei biglietti, pur essendo detto incasso in massima parte destinato all'Amministrazione;

c) apponibilità della cosiddetta "clausola sociale", implicante obbligo di conservazione del posto di lavoro dei dipendenti del precedente concessionario e validità, o meno, di tale clausola benché prevista nella sola lettera di invito e non anche nel bando.

Nella sentenza appellata, come già ricordato nella parte in fatto della presente decisione, viene data risposta positiva soltanto al quesito, di cui al precedente punto a), con successiva proposizione di appello da parte del Ministero per i beni e le attività culturali, seguito da intervento ad adiuvandum dell'Unione Italiana Lavoratori Turismo, Commercio e Servizi (UILTuCS); si sono quindi costituite in giudizio, per resistere all'accoglimento dell'appello, le società Culturespaces S.A., Mondo Mostre s.r.l e Skira Editore s.p.a., coadiuvate da intervento ad opponendum dell'Associazione Confcultura.

In ordine agli specificati atti di intervento debbono, in via preliminare, essere esaminate opposte eccezioni di inammissibilità, per assenza o conflitto degli interessi riconducibili ai medesimi.

In effetti, secondo principi oggetto di giurisprudenza pacifica, l'interesse di fatto ad intervenire nel processo amministrativo, in

primo grado o anche per la prima volta in appello, deve essere comprovato dall'interventore a pena di inammissibilità; detto interesse inoltre – così come non può essere personale e diretto, ovvero tale da legittimare al ricorso in via principale – non può nemmeno coincidere col mero interesse alla legalità, economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, dovendo invece avere carattere dipendente e riflesso, rispetto a quello azionato, in modo tale da tradursi in una vantaggiosa aspettativa in ordine all'esito della causa, senza pregiudizio di alcun altro interesse, di cui il medesimo soggetto sia portatore (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. V, 30.10.1995, n. 2247, 25.7.2011, n. 4454, 20.6.2011, n. 3702 e 20.12.2011, n. 6702; Cons. St., sez. IV, 5.9.1990, n. 632, 30.5.2005, n. 2804 e 4.11.2009, n. 6866).

Una situazione soggettiva del tipo sopra indicato non appare riconducibile all'Associazione sindacale in precedenza specificata, né all'Associazione culturale, aderente a Confindustria, cui si affermano aderenti “la maggior parte dei concessionari italiani di servizi museali”, nonché “imprese che operano nella cultura, nel turismo culturale e nell'innovazione tecnologica per i beni culturali”. Per quanto riguarda il sindacato, in primo luogo, è esposto nella memoria di replica del medesimo come il numero dei lavoratori, il cui mantenimento in servizio sarebbe garantito dalla “clausola sociale”, risulterebbe attualmente ridotto a nove unità, ovvero ad un “numero esiguo e assolutamente inidoneo a pregiudicare le aspirazioni

occupazionali degli altri lavoratori appartenenti alla categoria”, in astratto rappresentati o rappresentabili dal sindacato stesso. Quest’ultimo, inoltre, sarebbe comunque legittimato all’intervento, avendo sottoscritto con altre parti sociali il Protocollo d’intesa contestato.

La prima delle argomentazioni sopra riportata non smentisce ed anzi rafforza l’ipotesi di inammissibilità prospettata dalle controparti, essendo pacifica l’inammissibilità di interventi in giudizio a favore degli interessi di una parte soltanto dei soggetti rappresentati, quando non sia in concreto configurabile una totale omogeneità di posizioni dei medesimi soggetti a livello di categoria; è corollario di tale affermazione, d’altra parte, quella secondo cui un sindacato di lavoratori non può agire – o anche solo intervenire in giudizio - se non per far valere interessi propri ed esclusivi, ovvero istanze riconducibili a tutti i lavoratori del settore, senza alcuna possibilità di rappresentanza di singoli associati, anche in base al principio di cui all’art. 81 cod. proc. civ. (cfr. in tal senso, fra le tante, Cons. St., sez. VI, 10.3.2011, n. 1540 e 18.4.2012, n. 2208; Cons. St., sez. V, 7.9.2007, n. 4692 e 11.7.2008, n. 3451; Cons. St., sez. IV, 30.5.2005, n. 2804 e 9.2.2012, n. 686). Nella situazione in esame, il sindacato interveniente non solo non fornisce alcuna prova di avere o non avere tra i propri iscritti alcuni dei (pochi) dipendenti, del cui posto di lavoro si discute, ma contesta sotto ogni profilo una concessione di servizi, da cui potrebbero derivare numerose assunzioni a favore

dei lavoratori rappresentati, certamente indifferenti in ordine all'entità della cauzione, richiesta ai potenziali concessionari, ma portatori di un interesse di segno opposto rispetto a quello dei soggetti già assunti, in ordine al mantenimento di una clausola limitativa delle nuove, prospettate possibilità di accesso al lavoro. Le considerazioni appena svolte appaiono al Collegio assorbenti rispetto all'unico ragionevole interesse, riconducibile al medesimo sindacato (in quanto sottoscrittore del protocollo di intesa) in ordine alla generale legittimità delle "clausole sociali"; tale interesse, infatti, risulta limitato ad una minima parte delle argomentazioni difensive sostenute e, per come nella fattispecie rappresentato, deve ritenersi recessivo rispetto al sostanziale conflitto delle aspettative, rapportabili alla questione concreta dedotta in giudizio.

Non diversamente le plurime finalità, anche di carattere squisitamente culturale, che si affermano perseguite da Confcultura non appaiono unitariamente riconducibili ad un intervento, volto a sostenere una riduzione delle garanzie da richiedere, per l'affidamento di un delicato settore di gestione del patrimonio museale romano; quanto sopra, in acritica aderenza ad un indimostrato interesse delle imprese – potenzialmente aspiranti a concessioni come quella in esame, o già concessionarie – a non assumere il personale già in servizio (anche se con notevole esperienza nel settore) e ad ampliare la platea degli aspiranti alle concessioni stesse, diminuendo i costi per partecipare alla selezione

concorsuale: un assunto con ogni evidenza non divisibile, quanto meno in modo generalizzato.

Entrambi gli interventi pertanto, ad avviso del Collegio, debbono essere dichiarati inammissibili.

Per quanto riguarda poi l'appello, proposto dal Ministero per i beni culturali ed ambientali, non appare più in contestazione l'applicabilità alla concessione di cui trattasi dell'art. 75 del codice degli appalti (d.lgs. 12.4.2006, n. 163), pur essendo le prescrizioni del codice stesso formalmente riferite ai pubblici appalti per forniture, lavori o servizi, con specifica esclusione, ai sensi del precedente art. 30, delle concessioni di servizi (salvo per quanto riguarda i principi generali in materia di scelta del concessionario, tramite gara informale in cui siano assicurati "trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità"). Come riconosciuto nella sentenza appellata, d'altra parte, l'applicazione di norme, anche non direttamente richiamate dal citato art. 30 d.lgs. n. 163/2006, può considerarsi rimessa alla discrezionalità dell'Amministrazione concedente, ove quest'ultima si sia esplicitamente vincolata in tal senso (cfr. Cons. St., sez. V, 24.3.2011, n. 1784 e 24.9.2010, n. 7108). Il medesimo articolo 30 del codice peraltro, nel dichiarare applicabili alle concessioni di cui trattasi "i principi generali relativi ai contratti pubblici", non può non recepire il carattere cogente della cosiddetta autodeterminazione vincolistica dell'Amministrazione, a tutela dell'interesse pubblico da

quest'ultima perseguito sia nell'attività autoritativa, sia (per la parte procedurale che l'affianca) in quella privatistica; i medesimi principi rendono, inoltre, congrua la previsione di adeguate garanzie per l'Autorità concedente, tenuto conto dei numerosi profili di affinità fra la concessione di cui trattasi e l'appalto di servizi, alla luce della normativa comunitaria e della giurisprudenza (senza sostanziale distinzione fra servizio di biglietteria e servizi aggiuntivi, in presenza di una procedura di affidamento unitaria, pur essendo stato ritenuto configurabile, limitatamente al primo, un vero e proprio appalto di servizi: cfr. direttive 95/50/CE, 2004/18/CE, CGCE, sentenza 13.10.2005, Parking Brixen GmbH, C- 458 – 03; Cons. St., sez. V, 30.4.2002, n. 2294; Cons. St., sez. VI, 15.5.2002, n. 2634; Cass. civ. SS.UU. 27.5.2009, n. 12252).

Resta da valutare come il predetto art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 dovesse trovare applicazione, per determinare l'entità della cauzione provvisoria, dalla citata norma rapportata al due per cento “del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione”. Tale prescrizione – riferita sostanzialmente al valore della commessa, da garantire nell'ipotesi di mancato perfezionamento dell'accordo – nei contratti di appalto è facilmente identificabile con le somme da corrispondere all'appaltatore per l'esecuzione dell'opera o l'effettuazione del servizio; in presenza di richiesta applicazione della medesima norma ad una concessione di servizi, tuttavia, il criterio del prezzo appare sotto svariati profili

inadeguato.

Secondo l'Amministrazione appellante, infatti, dovrebbero essere coperti da garanzia tutti i proventi derivanti dalla gestione del bene pubblico, per l'intero arco temporale di durata del rapporto, in conformità alla circolare n. 49/09 ("Linee guida in materia di attivazione ed affidamento in concessione dei servizi per il pubblico negli Istituti di cultura italiani"), circolare che commisura il valore economico convenzionale della concessione alla "somma degli importi di tutte le componenti del regolamento economico dei rapporti contrattuali in questione". Nella sentenza appellata, viceversa, si accoglie la prospettazione difensiva delle società ricorrenti, secondo cui il valore della concessione sarebbe commisurabile al "totale dei corrispettivi che il concessionario trae per la gestione del servizio". In rapporto a tale ultima statuizione, l'appellante ha eccepito, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso di primo grado, per non avvenuta contestazione del valore della concessione, "così come determinato dal seggio di gara" e per omessa impugnazione della predetta circolare n. 49/09. Dette eccezioni non appaiono condivisibili: la prima (in parte assorbita dalle considerazioni di merito di seguito esposte), poiché il "petitum" sottoposto all'esame del Collegio concerne in via esclusiva una possibile lettura restrittiva dell'art. 75 del codice degli appalti, secondo cui il valore di riferimento, cui applicare la percentuale prevista per la cauzione provvisoria, riguarderebbe il "prezzo", inteso

come corrispettivo sia per l'appaltatore che per il concessionario (tesi di cui può apparire contestabile la fondatezza, ma non l'ammissibilità); la seconda, poiché la circolare, quale normativa interna, pur potendo fornire linee di indirizzo per l'azione amministrativa, non risulta vincolante per l'interprete, né costituisce presupposto di legittimità – autonomamente impugnabile – dei conformi atti di amministrazione attiva.

Quanto alle modalità di applicazione del citato art. 75 alla fattispecie in esame, appare essenziale ribadire, in primo luogo, che il “prezzo base” su cui va calcolata la cauzione provvisoria deve considerarsi coincidente con il “valore stimato”, di cui all'art. 29, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 163/2006 (cfr. anche, in tal senso, Cons. St., sez. V, 5.8.2011, n. 4712); in secondo luogo, occorre operare una trasposizione della ratio normativa alla concessione di servizi, in cui l'Amministrazione trasferisce a privati la gestione e la valorizzazione di beni pubblici, tramite servizi da rendere non all'Amministrazione stessa (come nell'appalto di servizi), ma all'utenza, con remunerazione da parte di quest'ultima (cfr. al riguardo, per quanto qui interessa, artt. 110 e 115 d.lgs. n. 42/2004).

Nella sentenza in esame, in effetti, appare recepita una distinzione fra servizio di biglietteria e servizi aggiuntivi, essendosi ritenuto il primo di tali servizi corrispondente ad “attività estranea all'oggetto della concessione”: una distinzione, quella appena indicata, che può ritenersi sussistente, ma non con le conseguenze che nella medesima

sentenza vengono tratte.

E' vero infatti che – a norma dell'art. 110 del d.lgs. 22.1.2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) – i proventi derivanti dalla vendita dei biglietti di ingresso nei musei ed altri luoghi di cultura (al pari dei canoni di concessione ed altri corrispettivi per la riproduzione di beni culturali) debbono essere versati “ai soggetti pubblici cui gli istituti, i luoghi o i singoli beni appartengono”; le somme in questione vengono poi destinate – come specificato ai commi 3 e 4 della predetta norma – a finanziare la conservazione, l'incremento e la valorizzazione del patrimonio culturale. In tale ottica è stato autorevolmente ipotizzato (Cass. civ. SS.UU., n. 12252/2009 cit.) che l'affidamento a privati del servizio di biglietteria presso musei ed istituti di cultura configurasse non concessione, ma appalto di servizio pubblico: servizio reso all'Amministrazione e non ai cittadini fruitori del bene culturale interessato, dietro pagamento di un corrispettivo (poiché una quota parte del prezzo del biglietto viene trattenuto dal gestore del servizio stesso), mentre nella concessione “il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo” (art. 1 direttiva 2004/18/CE cit.).

Solo nell'ottica sopra indicata, in effetti, la sentenza appellata ha potuto distinguere fra “valore economico della gestione del polo museale romano” (pari principalmente al fatturato medio annuo derivante dalla vendita dei biglietti e gestito direttamente dal

Ministero) e “valore economico della concessione di servizi aggiuntivi svolti dal concessionario” (valore rappresentato, appunto, dal totale dei corrispettivi spettanti al concessionario stesso), facendo coincidere – in estrema sintesi – il valore dei servizi dati in concessione con il totale dei predetti corrispettivi.

Il Collegio non condivide le conclusioni sopra sintetizzate.

Deve essere sottolineato infatti, in via prioritaria, il carattere complesso della concessione di cui trattasi, nell’ambito della quale il servizio di biglietteria appare elemento accessorio, in sostanza assorbito in un contesto di gestione dei beni culturali di cui trattasi non diretta, ma globalmente affidata a soggetti privati terzi, chiamati a commisurare la convenienza economica del rapporto concessorio, tramite bilanciamento fra la più modesta percentuale (25%) trattenuta sui ricavi della vendita dei biglietti e la maggiore quota (85%), spettante agli stessi per i servizi aggiuntivi indirizzati all’utenza (assistenza culturale ed ospitalità per il pubblico, informazione ed orientamento, eventi, mostre ed altre iniziative, elencate nell’art. 117 del citato d.lgs. n. 42/2004).

Come in ogni rapporto concessorio, d’altra parte, la pubblica amministrazione (p.a.) non è tenuta a versare un compenso al fornitore del servizio ed è invece quest’ultimo che, sfruttando le potenzialità economiche del bene o del servizio concesso, corrisponde un canone per l’affidamento del medesimo (art. 117 cit., comma 5).

Appare difficile, in tale contesto, identificare l'aggio (che l'Amministrazione corrisponde al gestore dei servizi museali dopo la trasmissione, da parte di quest'ultimo, dei proventi complessivi dei servizi svolti) con il "valore" complessivo di tali servizi ai fini della prestazione di garanzia, di cui al più volte citato art. 75 del codice dei contratti.

Mentre infatti, di norma, il prezzo corrisposto all'appaltatore corrisponde al valore dell'opera o dei servizi richiesti (in misura grandemente superiore al guadagno, di solito stimato in una percentuale del 10%), per la concessione (svincolata dagli ordinari parametri sinallagmatici) il valore di riferimento non può che essere commisurato all'utilità complessiva che il bene è in grado di produrre e che lo stesso ente proprietario può trarre dalla relativa gestione diretta, o dall'affidamento a terzi, per le finalità di interesse pubblico di cui al ricordato art. 110 d.lgs. n. 42/2004.

Le medesime finalità di interesse pubblico impongono che le garanzie, richieste al concessionario, siano idonee ad assicurare la copertura del rischio di mancata formalizzazione dell'accordo (come di successiva non corretta gestione del servizio): una copertura che non può non comprendere la delicata attività di maneggio di denaro, corrispondente alla riscossione del prezzo dei biglietti, alla relativa contabilizzazione e custodia ed al successivo trasferimento alla sezione di Tesoreria provinciale dello Stato, in una complessa "partita di giro", che prevede poi il soddisfacimento con tali fondi –

nell'interesse della collettività, ma anche del privato concessionario – delle esigenze di sicurezza e conservazione dei siti museali

Il concessionario, a sua volta, deve avere una dimensione imprenditoriale adeguata, in rapporto al complessivo servizio da rendere e alle garanzie da prestare, nei modi richiesti dall'Amministrazione (ovvero, per quanto qui interessa, tramite cauzione, prima provvisoria e poi, eventualmente, definitiva: articoli 75 e 113 d.lgs. n. 163/2006, rispettivamente riferiti alla concreta sottoscrizione del contratto ed alla successiva corretta esecuzione del medesimo).

Sembra appena il caso di sottolineare, inoltre, come le clausole risolutive per inadempimento, apposte nei contratti per eventuale mancato versamento degli introiti, siano come per gli appalti aggiuntive e non sostitutive delle garanzie cauzionali, di più facile e rapida attivazione.

Le censure prospettate in primo grado avverso il punto 4, lettera C) della lettera di invito debbono pertanto, ad avviso del Collegio, essere respinte, non ravvisandosi nella fattispecie violazione della normativa di riferimento, né dei principi di proporzionalità e di massima partecipazione alle gare.

Quanto alla clausola di cui al medesimo punto 4, lettera A), riferita alla continuità dei rapporti di lavoro già instaurati, anche nei confronti del nuovo concessionario, vengono contestati sia l'astratta configurabilità della clausola stessa, sia la relativa apposizione solo

nella lettera di invito e non anche nella precedente sollecitazione (equiparabile a bando di gara).

Entrambe le prospettazioni difensive sopra indicate risultano non meritevoli di accoglimento.

La “clausola sociale” (detta anche “di protezione” o di “salvaguardia sociale”) corrisponde infatti, nel caso di specie, ad un protocollo di intesa trilaterale, sottoscritto il 10.12.2010 fra Ministero per i beni e le attività culturali e le principali Organizzazioni sindacali, in base al quale “in caso di subentro di un imprenditore ad un altro nella titolarità di una concessione di servizi al pubblico nei luoghi di cultura statali, il subentrante si obbliga a garantire la continuità dei rapporti di lavoro in essere al momento del subentro, con esclusione di ulteriori periodi di prova....ferma restando la facoltà di armonizzare l’organizzazione del lavoro, previo confronto sindacale, con le proposte e le esigenze dell’impresa subentrante”. A sostegno della legittimità di tale clausola nell’appello si richiamano l’art. 41 della Costituzione, che ammette limiti alla libertà di iniziativa economica per “fini sociali”, la pronuncia della Corte Costituzionale n. 68 del 3.3.2011 (che, in un diverso e non conforme contesto, richiama comunque l’avvenuto inserimento di tale clausola nella contrattazione collettiva e in diverse disposizioni legislative statali), nonché numerose pronunce giudiziali a livello sia nazionale che comunitario. Le società appellate affermano, viceversa, che il protocollo di intesa non potrebbe sostituirsi alla contrattazione

collettiva, né acquisire carattere vincolante, in assenza di specifica disposizione legislativa. Il Collegio ritiene non condivisibili le tesi della parte appellata, anche a prescindere dalla sopravvivenza, o meno, dell'interesse a coltivare censure, riferibili al mantenimento del posto di lavoro di nove dipendenti soltanto, dopo le puntualizzazioni dell'Amministrazione contenute nell'avviso pubblico in data 21.11.2011.

La clausola sociale, infatti, oltre ad armonizzarsi con le finalità di interesse collettivo, riconosciute come limite per la libertà di iniziativa economica privata, trova riscontro anche nell'art. 2, comma 2, del codice degli appalti, che subordina il principio di economicità – nel rispetto delle norme vigenti – “ai criteri...ispirati a esigenze sociali...”, non senza ampia sponda anche a livello comunitario (direttiva 14 febbraio 1977, 77/187/CEE e pronunce della Corte di Giustizia, citate dall'appellante, 7.3.1996, cause C-171/94 e C-172/94; 11.3.1997, causa C-13/95; 26.9.2000, causa C-175/99; 14.9.2000, causa C-343/98). A livello normativo primario nazionale, le esigenze di conservazione del posto di lavoro, in caso di trasferimento di azienda, sono recepite dall'art. 2112 cod. civ., la cui applicabilità è stata estesa dalla giurisprudenza ai casi in cui il trasferimento derivi non da un contratto fra cedente e cessionario, ma da un atto autoritativo della p.a., purché vi sia cessione di beni fra le due imprese. La non coincidente situazione, rilevata nel caso di specie dalle società appellate (con particolare riguardo al non

avvenuto trasferimento di beni), non incide sull'astratta legittimità della clausola, voluta dall'Amministrazione in ottemperanza all'intesa intervenuta con le organizzazioni sindacali: nella situazione in esame non si tratta infatti di riconoscere un diritto – in ogni caso rivendicabile – dei lavoratori dipendenti del concessionario in scadenza alla continuità del rapporto di lavoro col nuovo concessionario, ma dell'impegno richiesto a quest'ultimo di assicurare tale continuità.

Un impegno, quello appena indicato, che nei termini in precedenza illustrati non appare contrastante con i principi fondamentali, riconosciuti a livello nazionale e comunitario in materia di lavoro e di sicurezza sociale e che, pertanto, poteva costituire legittimo oggetto di una scelta discrezionale dell'Autorità concedente il servizio, circa le modalità di definizione del nuovo rapporto concessorio.

Non appare ravvisabile, in rapporto a detta scelta, una compromissione della libertà dell'imprenditore, essendo previsto nel protocollo d'intesa che l'organizzazione del lavoro fosse armonizzata “con le proposte e le esigenze dell'impresa subentrante”; ugualmente non ravvisabile appare un ipotetico vantaggio del precedente gestore, sia per il modesto numero di dipendenti, cui si assicurava la continuità del rapporto di lavoro, sia per l'assenza di qualsiasi vincolo, che trasformasse la presenza di tali dipendenti in un ostacolo per l'introduzione di nuovi moduli gestionali e di nuove soluzioni migliorative del servizio, innovative rispetto al periodo

precedente.

Resta da valutare se la scelta in questione fosse censurabile, in quanto inserita per la prima volta nella lettera di invito.

Il Collegio non ravvisa, a quest'ultimo riguardo, il prospettato contrasto fra sollecitazione (finalizzata alla prequalificazione delle imprese) e lettera di invito, dovendo qualificarsi la ricordata clausola sociale non come requisito di partecipazione, ma come modalità di esecuzione del servizio: modalità indicata in tempo utile – in via integrativa del bando – affinché le imprese potessero valutare, senza alcuna lesione della “par condicio”, la convenienza dell’offerta da presentare.

Il carattere non invalidante di tale integrazione corrisponde, peraltro, a ragioni di economia procedimentale, in quanto l’integrazione del bando – ritenuta necessaria nella sentenza appellata – presupporrebbe l’inutile azzeramento dell’intera procedura, anziché il completamento della stessa in una fase, antecedente alla presentazione delle offerte, in cui l’integrazione del bando – non implicante alcun contrasto con il contenuto del medesimo – doveva considerarsi legittimamente effettuabile (sulla differenza tra fase prequalificativa e fase valutativa vera e propria dell’offerta cfr. Cons. St., sez. VI, 4.6.2009, n. 3442).

Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l’appello debba essere accolto, con le conseguenze precisate in dispositivo; quanto alle spese giudiziali, tuttavia, la complessità e la relativa novità

della questione dedotta in giudizio ne rendono equa, ad avviso del Collegio stesso, la compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto in primo grado; dichiara inammissibili gli interventi in giudizio dell'Unione Italiana Lavoratori Turismo, Commercio e Servizi (UIL/TuCS) e dell'Associazione Confcultura.

Compensa le spese giudiziali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)