

Deliberazione n. 13 Adunanza del 11 Marzo 2010

Rif. VISF/GE/09/48683

Oggetto: Procedura aperta della Fondazione Musei Civici di Venezia per l'affidamento, in appalto, della gestione integrata di servizi nei Musei Civici di Venezia e procedure aperte della soc. SMINT S.r.l. per l'affidamento, in concessione, del servizio di bookshop e del servizio di caffetteria nei Musei Civici di Venezia per la durata di 84 mesi

Stazione appaltante: Fondazione Musei Civici di Venezia; SMINT S.r.l.

Riferimenti normativi: D.Lgs. 42/2004; D.Lgs. 163/2006

Origine istruttoria: Su segnalazione

Il Consiglio

Vista la normativa sopra richiamata;

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

Con bando di gara pubblicato in G.U.C.E. il 4/6/2009 ed in G.U.R.I. il 12/06/2009 la Fondazione Musei Civici di Venezia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento, in appalto, della gestione integrata di vari servizi (sorveglianza, coordinamento di tutela del patrimonio, assistenza al pubblico, accoglienza, portineria, biglietteria, pulizia, vigilanza notturna e gestione delle emergenze) nelle numerose sedi museali di proprietà del Comune di Venezia in gestione alla Fondazione stessa, per la durata di sette anni.

I documenti di gara sono stati successivamente rettificati dalla Fondazione in relazione ad alcuni punti (in particolare, in ordine ai requisiti speciali dell'organico medio annuo - ridotto da 250 a 180 unità - e del fatturato globale dell'ultimo triennio - ridotto da 35.000.000 Euro a 27.000.000 Euro).

L'importo complessivo dell'appalto è pari ad Euro 66.048.570 complessivi, così suddivisi: Euro 53.496.450 per i servizi museali principali (retribuiti con aggio a base d'asta del 55,50% sugli incassi derivanti dalla vendita dei titoli di accesso ai musei: biglietteria, sorveglianza, coordinamento di tutela del patrimonio, assistenza al pubblico, accoglienza, portineria, gestione emergenze); Euro 9.339.120 per la prestazione secondaria pulizie; Euro 3.213.000 per la prestazione secondaria vigilanza notturna.

Con due distinti bandi, pubblicati su stampa e sul sito internet della suddetta Fondazione, la soc. SMINT S.r.l. (partecipata al 100% dalla Fondazione) ha inoltre indetto parallelamente due distinte procedure aperte per l'affidamento, in concessione, dei servizi di bookshop e di caffetteria in svariate sedi sempre tra quelle in gestione alla Fondazione.

Dagli avvisi di gara risulta che l'importo complessivo della concessione (della durata di sette anni) è stato stimato in Euro 2.800.000 per il bookshop ed in Euro 1.400.000 per la caffetteria; il calcolo di tale valore stimato è stato basato (punto 2.5 dell'avviso) sull'importo minimo annuo di canone da garantirsi al concedente (canone minimo bookshop: Euro 400.000; canone minimo caffetteria: Euro 200.000).

In relazione alle suddette procedure di gara, come sopra sinteticamente descritte, sono pervenute all'Autorità due segnalazioni. La prima è giunta da parte della ditta Miorelli Service S.p.a., interessata alla partecipazione alla gara di appalto, per lamentare, in particolare, la previsione di non cumulabilità, in caso di ATI, di alcuni requisiti.

La seconda segnalazione, più ampia, è giunta da parte di Confcultura, relativamente a tutte e tre le gare in oggetto. In quest'ultima segnalazione si sono lamentati vari aspetti: la mancata integrazione di tutti i servizi in un unico affidamento (il che, secondo il segnalante, sarebbe in contrasto con le indicazioni legislative in tema di affidamento di servizi museali, D.Lgs. 42/2004, art. 14 D.L. 159/2007 e successivo D.M. attuativo 29/01/2008); il fatto che nella descrizione dell'appalto figurino alcuni servizi, quali ad esempio l'accoglienza, che invece rientrerebbero nel novero dei c.d. "servizi aggiuntivi" (i quali, ai sensi del D.Lgs. 42/2004, devono essere affidati in concessione); l'eccessiva durata dell'appalto; la sproporzione dei requisiti richiesti (con particolare riferimento alla richiesta dell'organico medio di 250 dipendenti, evidentemente antecedente alla modifica del disciplinare da parte della Fondazione, e dei volumi di fatturato) e l'impossibilità di cumularne alcuni in caso di ATI; anche in relazione ai bandi della SMINT per le due concessioni di servizi si è lamentata la

sproporzione dei requisiti speciali richiesti e si sono altresì sollevati dubbi sulla legittimazione stessa della società a bandire gare.

L'Autorità rivolgeva, dunque, una preliminare richiesta di informazioni alle due stazioni appaltanti, con particolare riferimento: all'oggetto dell'appalto indetto dalla Fondazione; alle ragioni economico-gestionali sottostanti all'indizione di tre distinte gare, con richiesta di invio dell'eventuale documento istruttorio contenente le valutazioni svolte al riguardo; al divieto di cumulo di alcuni requisiti in caso di ATI; alle modalità di calcolo del "valore stimato" delle due concessioni, rilevando come lo stesso sia importante ai fini del calcolo dei requisiti di partecipazione (si osservava, infatti, che ad esempio nel caso del servizio di caffetteria poteva apparire sproporzionato il fatturato richiesto a fronte del valore della concessione così come calcolato e indicato nell'avviso); all'avvenuta pubblicazione o meno dei bandi della SMINT in Gazzetta Ufficiale ed, infine, alla natura giuridica della stessa SMINT.

La Fondazione rispondeva sostenendo, in sintesi: che essa sarebbe un "soggetto privato" avente, in quanto tale, "facoltà di gestire i beni con le modalità ritenute più opportune"; che il D.M. 29/01/2008 (il quale prevede la necessaria aggregazione dei vari servizi aggiuntivi) disciplina l'affidamento dei servizi aggiuntivi negli luoghi di cultura statali e dunque non sarebbe applicabile nel caso in esame (essendo i musei interessati di proprietà del Comune di Venezia, che li ha affidati in uso gratuito alla Fondazione); che l'aggregazione dei vari servizi, con particolare riferimento alle due concessioni per bookshop e caffetteria, non era pertanto obbligatoria; che il "servizio di assistenza al pubblico e accoglienza", ricompreso nell'appalto, consisterebbe nel servizio svolto dal personale di sala al fine di evitare danneggiamenti alle opere e fornire eventualmente informazioni ai visitatori sui percorsi espositivi; che il "servizio di tutela del patrimonio" consisterebbe invece nel coordinamento del personale di sorveglianza nell'espletamento delle attività di tutela contro i rischi in caso di emergenza ed è svolto da uno o più coordinatori per ogni sede; che entrambi i predetti servizi non sarebbero da intendersi, dunque, quale "valorizzazione" ma quali "servizi strumentali"; che la durata dell'appalto pari a sette anni servirebbe per incentivare i prestatori dei servizi ad investimenti formativi e strutturali, oltre che per una maggiore stabilità occupazionale; che i requisiti ritenuti non cumulabili in caso di ATI garantirebbero la presenza nel raggruppamento di almeno un soggetto forte in grado di garantire continuità al servizio nelle varie sedi; che alle concessioni di servizi non si applicherebbero i metodi di calcolo del valore dell'appalto contenuti nel D.Lgs. 163/2006 e che, per tale motivo, il "valore della concessione" è stato inteso quale canone minimo annuo che il concessionario dovrà corrispondere e che, in ogni caso, su richiesta dei concorrenti sono stati comunque forniti dati sugli incassi degli anni precedenti; infine, che la SMINT, costituita dalla Fondazione con lo scopo di "seguire le attività imprenditoriali del sistema museale", non sarebbe organismo di diritto pubblico ed avrebbe bandito le gare per la concessione del servizio di bookshop e caffetteria "pur non avendo obblighi in tal senso".

Alla luce delle informazioni così acquisite, l'Autorità avviava procedimento di vigilanza, dandone debita comunicazione a tutti i soggetti interessati.

Nell'atto di avvio del procedimento, in primo luogo, si ribadivano delle perplessità quanto alla natura dei servizi di "assistenza al pubblico e accoglienza" e di "tutela del patrimonio", figuranti nella descrizione dell'appalto al fianco di servizi più tipicamente "strumentali" quali pulizia, vigilanza e biglietteria. L'accoglienza, in particolare, appare contemplata nell'art. 117, comma 2, lettera e), del Codice dei beni culturali (D.Lgs. 42/2004) tra i "servizi per il pubblico" (i quali, secondo la medesima normativa, vanno affidati in concessione e non in appalto). A fronte, dunque, di quanto già precisato dalla Fondazione, per la quale tale servizio non farebbe riferimento tanto all'oggetto suo proprio quanto all'attività di vigilanza dei beni presenti nei musei, l'Autorità evidenziava, comunque, che anche in altri punti il disciplinare di gara (es. punto 7.3) faceva riferimento all'"organizzazione di iniziative atte a promuovere la conoscenza dei musei anche presso fasce particolari di utenti", la quale sembrerebbe sempre rientrare nel "servizio aggiuntivo" di cui al citato art. 117, comma 2, lettera e), del D.Lgs. 42/2004.

In ordine, poi, alla durata dell'appalto, si osservava che, se da un lato possono essere appropriate le valutazioni relative all'efficienza ed economicità di una gestione proiettata in un lungo orizzonte temporale, dall'altro occorrerebbe sempre temperare tali esigenze con il rispetto del principio di concorrenza che sovraintende a qualsiasi gara ad evidenza pubblica, derivando direttamente dal Trattato CE; se, dunque, la durata dell'appalto dovrebbe essere proporzionata agli investimenti effettuati dall'aggiudicatario, si evidenziava che dalla documentazione a disposizione non era comunque risultato alcun riferimento a ricerche effettuate dal soggetto appaltante per acquisire specifiche informazioni a riguardo.

Sempre in relazione all'appalto indetto dalla Fondazione, si osservava che i requisiti speciali non cumulabili in caso di ATI, secondo quanto disposto dal disciplinare di gara, erano precisamente: - fatturato globale dell'ultimo triennio pari ad almeno 27 milioni di Euro (previsto come non cumulabile in caso di ATI verticale); - gestione di almeno un appalto di servizi museali per un valore complessivo non inferiore a 10 milioni di Euro nell'ultimo triennio; - possesso di un organico medio annuo nell'ultimo triennio pari ad almeno 180 dipendenti (questi ultimi due previsti come non cumulabili sia nell'ATI verticale che orizzontale).

Al riguardo, si metteva in evidenza che il divieto di cumulo in caso di ATI, se può apparire giustificato nel caso di requisiti non frazionabili - quale può essere il c.d. "servizio di punta" (appalto di servizi museali per un valore complessivo non inferiore a 10 milioni di Euro nell'ultimo triennio) - non appare, di converso, giustificabile per il requisito del fatturato globale e del numero di dipendenti, in quanto requisiti frazionabili.

Infine, si chiedevano alla Fondazione anche chiarimenti circa la percentuale del 55,50% di aggio sugli incassi della biglietteria, posta a base di gara, e circa il significato dell'espressione "canone presunto offerto per il servizio di pulizia" (punto 7 disciplinare), tenuto conto che trattasi di servizio in appalto e non in concessione.

In merito, poi, alla mancata integrazione di tutti i servizi ed all'indizione di tre distinte gare (una di appalto per i "servizi strumentali" e due di concessione per i "servizi aggiuntivi"), nell'atto di avvio del procedimento si dava atto della poca chiarezza del quadro normativo.

Si osservava, infatti, che, pur non aparendo direttamente applicabile al caso di specie il D.M. 29/01/2008 (disciplina dell'affidamento dei servizi aggiuntivi negli luoghi di cultura statali), dal Codice dei Beni Culturali (applicabile anche agli enti locali) emerge una *preferenza* per l'aggregazione, la quale sembra peraltro rappresentare l'esito di una valutazione discrezionale più che di un obbligo assoluto (art. 115, comma 3, e art. 117, comma 3, del Codice citato).

Al riguardo si evidenziava, infatti, che anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella recente segnalazione AS569/2009 del 27/08/2009, ha rilevato che "la scelta tra affidamento in via integrata dei servizi aggiuntivi ovvero affidamento frazionato di ciascun servizio aggiuntivo dovrebbe essere rimessa alla valutazione del soggetto concedente che, sulla base delle caratteristiche di ciascun bene e sulle esigenze dell'affidamento dei servizi aggiuntivi, dovrà indicare se l'affidamento ... dovrà avvenire in modo congiunto o meno". Si osservava, comunque, che le ragioni della mancata aggregazione dei servizi aggiuntivi andrebbero opportunamente evidenziate in un documento istruttorio che dia atto dell'effettuazione di apposite analisi al riguardo.

Quanto, poi, all'ipotesi estrema di aggregare i servizi strumentali con i servizi aggiuntivi in un'unica concessione, si osservava che in effetti una simile aggregazione, sempre auspicata in linea tendenziale dalla normativa (art. 117, comma 3, Codice beni culturali), può risultare difficile da realizzare concretamente e potrebbe oltretutto condurre alla richiesta di requisiti ancora più elevati, rischiando ancora di più di restringere il novero dei soggetti in grado di acquisire una gestione integrata di siffatta portata.

Quanto al "valore delle concessioni" di servizi indette dalla SMINT S.r.l., sempre nell'atto di avvio del procedimento si evidenziava la necessità di una lettura sistematica delle disposizioni di legge al fine di rinvenire cosa sia l'autentico "valore della concessione".

Infatti, dal combinato disposto degli artt. 29, comma 1, e 30, comma 7, del D.Lgs. 163/2006 si può evincere che il valore stimato delle concessioni di servizi pubblici "è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti"; poiché tale importo, nel caso delle concessioni, proviene dall'utenza, il valore di una concessione di servizi sarebbe, più correttamente, da riferirsi alla remuneratività per il concessionario, intesa quale stima dei flussi di ricavi attesi in ordine alla gestione dei servizi.

Si osservava dunque che, sebbene come base d'asta, nelle concessioni, venga posto il canone minimo da garantirsi al concedente (c.d. base d'asta a rialzo), la stima dei ricavi attesi per il concessionario resta il calcolo preliminare che la stazione appaltante deve effettuare ed indicare nel bando/avviso pubblico, non solo al fine di una migliore individuazione dello stesso canone minimo, ma anche perché su tale stima si basano sia il livello di pubblicità da dare al bando (a seconda che il valore della concessione, così correttamente inteso, sia sopra o sotto soglia comunitaria), sia la valutazione di congruità dei requisiti speciali da richiedere (ad es. requisiti di fatturato).

Ciò in quanto negli avvisi pubblici delle due concessioni segnalate è stato solo sancito che il calcolo del valore stimato dell'affidamento si è basato sull'importo minimo annuo garantito all'ente concedente (cfr. punti 2.5 degli avvisi pubblici di concessione).

Infine, si evidenziavano delle perplessità circa il fatto che la Fondazione avrebbe "facoltà di gestire i beni con le modalità ritenute più opportune" e che la SMINT, società operativa della Fondazione stessa e strumentale al perseguimento degli scopi statutarî di quest'ultima, avrebbe bandito le gare "pur non avendo obblighi in tal senso".

Alle suddette contestazioni, la Fondazione controdiceva affermando, sinteticamente, che i servizi di "assistenza al pubblico e accoglienza" sarebbero stati intesi, nell'ambito dell'appalto, quali servizi di custodia delle sale espositive, di controllo sulle opere e di vigilanza sul comportamento dei visitatori e quindi, come tali, non erano intesi, nelle reali intenzioni della Fondazione, quali veri e propri "servizi di accoglienza" (servizi aggiuntivi) ai sensi dell'art. 117 del Codice dei Beni Culturali. Si precisava altresì che "l'organizzazione di iniziative atte a promuovere la conoscenza dei musei anche presso fasce particolari di utenti" avrebbe avuto un valore scarsamente incidente rispetto al

valore complessivo dell'appalto e che per tale ragione non si è ritenuto conveniente incorporarlo per assegnarlo separatamente con altre modalità.

In merito ai requisiti speciali non cumulabili in caso di ATI, la Fondazione ribadiva la necessità di avere una capogruppo particolarmente solida economicamente ed in grado di assicurare la presenza costante del personale tenendo conto delle turnazioni; si sosteneva altresì la congruità dei requisiti di fatturato richiesti in relazione al valore dell'appalto.

Per ciò che concerne la percentuale di aggio del 55,50% sugli incassi, si precisava che tale percentuale si applica solo alla prima fascia di ricavi da bigliettazione presunti, pari ad Euro 13.500.000 annui (in quanto il disciplinare prevede espressamente che, al crescere del fatturato della Fondazione, gli incassi per l'aggiudicatario sono invariabili secondo le seguenti percentuali: 35% per incassi oltre 13.500.000 Euro; 20% per incassi oltre 14.500.000 Euro; 10% per incassi oltre 15.500.000 Euro; 5% per incassi oltre 16.500.000 Euro) e che tale ricavo andrebbe a coprire in primo luogo il costo lordo della manodopera secondo il CCNL di settore, con un residuo sovrappiù di circa il 7%.

Si dava poi atto del fatto che il termine "canone", in relazione al servizio di pulizia, è stato usato impropriamente quale sinonimo di corrispettivo.

Infine, la Fondazione motivava l'indizione di tre distinte gare, oltre che ribadendo la distinzione tra servizi strumentali (appalto indetto dalla Fondazione) e servizi aggiuntivi (concessioni indette dalla SMINT), riferendo di aver analizzato i dati afferenti al flusso dei visitatori nelle sedi museali e dei ricavi dei due servizi aggiuntivi di bookshop e caffetteria, dalla quale analisi erano emersi fatturati mediamente in diminuzione nel quadriennio 2004-2008, ragion per cui si sarebbe ravvisata la necessità di affidare tali servizi a soggetti specializzati nei rispettivi settori di competenza, al fine di migliorare l'efficienza della gestione dei punti vendita all'interno delle sedi museali e, dunque, di realizzare maggiori introiti.

Chiuso l'ampio contraddittorio nei termini che sinteticamente precedono, è poi pervenuta all'Autorità una terza segnalazione sulle medesime gare da parte della ditta Verona83 Srl, nella quale, peraltro, sono state ripetute alcune delle doglianze già contenute nell'iniziale segnalazione di Confcultura (in particolare: asserita sproporzione dei requisiti speciali richiesti nella gara per il servizio di caffetteria indetta dalla SMINT; indizione, in generale, di tre distinte gare; eccessiva durata dell'appalto indetto dalla Fondazione). Trattandosi evidentemente delle stesse questioni già oggetto di contraddittorio, la suddetta segnalazione, acquisita agli atti del procedimento e di cui pertanto si dà atto, non ha dato origine a nuova, autonoma contestazione, anche al fine di non aggravare il procedimento.

Ritenuto in diritto

1. Si deve premettere che l'attuale disciplina della valorizzazione del patrimonio culturale pubblico, ed in particolare della gestione dei servizi per il pubblico, va rinvenuta essenzialmente nel D.Lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004 ("Codice dei beni culturali e del paesaggio", d'ora innanzi "CBC"), a mente del quale sono "beni culturali" "le cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali ...".

In particolare, ai sensi dell'art. 115 del CBC ("Forme di gestione") la gestione indiretta delle attività di valorizzazione dei beni culturali pubblici è attuata tramite concessione a terzi affidata mediante procedure di evidenza pubblica (di qui l'inevitabile collegamento con il Codice dei contratti, D.Lgs. 163/2006); il concedente è l'amministrazione cui i beni pertengono, oppure il soggetto giuridico eventualmente costituito ai sensi dell'art. 112, comma 5, del CBC qualora tale soggetto sia conferitario in uso dei beni.

Il successivo art. 117 del CBC ("Servizi per il pubblico") elenca una serie di servizi di assistenza culturale e di ospitalità che possono essere forniti al pubblico (c.d. "servizi aggiuntivi"), precisando, al comma 4, che la gestione di questi servizi è attuata nelle forme previste dal precedente e citato art. 115, ovvero in concessione. Si tratta di servizi di carattere accessorio, atti a migliorare la qualità e la facilità di fruizione da parte del pubblico.

Dalle norme sopra citate emerge, dunque, la chiara intenzione del legislatore di aprire il mercato della valorizzazione dei beni culturali alla concorrenza imprenditoriale, attraverso la valutazione comparativa in gara di più progetti di gestione, nell'ottica di innalzare il livello qualitativo dei servizi nel più ampio obiettivo strategico della valorizzazione dei beni museali.

Il comma 3 del citato art. 117 prevede poi che i servizi aggiuntivi possono essere affidati anche in forma integrata con i servizi di pulizia, vigilanza e biglietteria (c.d. "servizi strumentali", nei quali si possono altresì annoverare, a titolo di esempio, custodia, climatizzazione, manutenzione per interventi urgenti, cura degli spazi a verde, ecc.).

Al riguardo giova precisare che, ove siano affidati separatamente, i servizi strumentali e quelli aggiuntivi hanno, di norma, un diverso sistema di affidamento, come ha ben chiarito di recente la

Corte di Cassazione, sez. unite civili, nell'ordinanza n. 12252/2009.

In questa importante pronuncia si è infatti ribadito che, nell'ambito della gestione dei beni culturali, i servizi aggiuntivi devono essere affidati in concessione, mentre i servizi strumentali in appalto. La Corte ha spiegato il diverso regime giuridico applicabile alle due fattispecie con il fatto che "l'amministrazione che affida i servizi aggiuntivi non corrisponde alcun prezzo all'affidatario per l'erogazione mentre l'affidatario deve pagare un canone di concessione", accollandosi, dunque, il rischio dell'attività.

Diversamente, nel servizio strumentale di biglietteria (caso trattato dall'ordinanza citata) il costo, "apparentemente finanziato direttamente dagli utenti", in realtà è posto "a carico delle risorse dell'amministrazione, poiché il prezzo del biglietto, che dovrebbe essere riversato direttamente e per intero allo stesso committente pubblico, viene in parte trattenuto dal gestore del servizio" (c.d. aggio).

Quanto all'integrazione dei vari servizi in un unico affidamento, il discorso è abbastanza complesso, soprattutto a causa del non chiarissimo quadro normativo.

Come si è già detto nella parte in fatto che precede, dal CBC (applicabile al caso di specie, essendo i beni culturali appartenenti ad un ente locale) emerge una preferenza, più che un obbligo assoluto, per l'aggregazione dei vari servizi, dal momento che l'art. 115, comma 3, parla di concessione a terzi delle attività di valorizzazione "anche in forma congiunta e integrata", mentre l'art. 117, al comma 3, prevede che i servizi aggiuntivi "possono essere gestiti in forma integrata" con i servizi c.d. strumentali e, al comma 4, che gli stessi servizi aggiuntivi sono gestiti nelle medesime forme dell'art.115 (quindi, "anche" in forma integrata).

Invero, successivamente all'emanazione del CBC il legislatore è stato più drastico nel senso dell'aggregazione, anche se con riferimento ai luoghi di cultura statali (art. 14 D.L. n. 159/2007, conv. in legge n. 222/2007: "l'affidamento dei servizi stessi avviene in forma integrata rispetto sia alle varie tipologie indicate nel medesimo articolo 117 che ai diversi istituti e luoghi della cultura ... da parte delle Direzioni regionali per i beni culturali e paesaggistici e degli Istituti dotati di autonomia speciale del Ministero per i beni e le attività culturali"; successivo D.M. attuativo del 29.01.2008, anch'esso riferito - cfr. art. 1 - agli istituti e luoghi della cultura appartenenti allo Stato: "l'organizzazione dei servizi aggiuntivi avviene in forma integrata ... rispetto sia alle varie tipologie ... sia ai diversi istituti e luoghi della cultura ... L'integrazione orizzontale tra diverse tipologie di servizi può essere estesa anche ai servizi di pulizia, di vigilanza, di custodia e di biglietteria. Al di fuori dell'ipotesi di gestione integrata, i suddetti servizi possono essere affidati a privati secondo il regime degli appalti ...").

Questo stesso rigore è stato, tuttavia, stemperato dallo stesso Ministero per i beni e le attività culturali nelle "Linee guida" contenute nella circolare del Segretariato Generale n. 49 del 23.3.2009; tale circolare - anch'essa espressamente riferita agli istituti della cultura statali - ha infatti precisato che l'attivazione della gestione integrata dei vari servizi di valorizzazione costituisce l'esito, sebbene auspicabile, di una valutazione discrezionale e non un obbligo, al fine di evitare un'eccessiva costrizione della discrezionalità tecnica della stazione appaltante qualora un'approfondita istruttoria tecnica dimostri la maggior convenienza di separare i servizi per settore merceologico ("sarebbe irrazionale negare all'amministrazione la possibilità di optare per l'affidamento separato, ad esempio, del bookshop o della caffetteria e ristorazione ...", Linee Guida cit., par. 2)

Quanto, poi, all'ipotesi estrema di aggregare i servizi strumentali con i servizi aggiuntivi in un'unica concessione, le suddette Linee guida hanno ammesso che, in effetti, una simile aggregazione, sempre auspicata in linea tendenziale dalla normativa, può risultare difficile da realizzare concretamente (ad es. quando il costo dei servizi strumentali superi in misura significativa i possibili ricavi attesi dallo svolgimento dei servizi aggiuntivi, sicché l'integrazione tra le due categorie di servizi si risolverebbe nella prevalenza di servizi strumentali, che normalmente sono affidati in appalto); in simili casi, si è dunque detto, può dunque apparire preferibile utilizzare modelli gestionali separati (appalto per i servizi strumentali e concessione per i servizi aggiuntivi).

Sulla spinosa questione è intervenuta di recente anche l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato con la segnalazione AS569/2009, in cui si è affermato che "la scelta tra affidamento in via integrata dei servizi aggiuntivi ovvero affidamento frazionato di ciascun servizio aggiuntivo dovrebbe essere rimessa alla valutazione del soggetto concedente che, sulla base delle caratteristiche di ciascun bene e sulle esigenze dell'affidamento dei servizi aggiuntivi, dovrà indicare se l'affidamento ... dovrà avvenire in modo congiunto o meno".

2. Fatte queste dovute premesse, e passando al caso di specie, si ritiene che possano essere sostanzialmente mantenute ferme le considerazioni già ampiamente espresse nell'atto di avvio del procedimento, riportate nella parte in fatto che precede.

Preliminarmente, si osserva di non poter concordare con quanto affermato dalla Fondazione circa il fatto di avere "facoltà di gestire i beni con le modalità ritenute più opportune".

Infatti la Fondazione si occupa istituzionalmente della valorizzazione del patrimonio culturale dei Musei civici di Venezia, contribuendo all'elaborazione dei conseguenti piani strategici di sviluppo (così l'oggetto sociale Fondazione; cfr. art. 112, comma 5, CBC); essa inoltre è conferataria in uso gratuito del patrimonio museale di proprietà del Comune di Venezia (socio unico fondatore) in virtù di apposita convenzione (cfr. art. 115, comma 7, CBC).

Come visto, l'art. 115, comma 3, del CBC prevede che la gestione indiretta delle attività di valorizzazione è attuata tramite concessione a terzi da parte delle amministrazioni cui i beni pertengono ovvero dei soggetti giuridici costituiti ai sensi dell'articolo 112, comma 5, qualora siano conferitari dei beni ai sensi del comma 7, mediante procedure di evidenza pubblica (svolte, queste ultime, secondo il D.Lgs. 163/2006).

Alle suddette procedure di evidenza pubblica (siano esse di concessione per i servizi aggiuntivi o di appalto per quelli strumentali) è, quindi, tenuto il soggetto conferitario dei beni.

Si osserva, per inciso, che la stessa Fondazione si è inoltre autodefinita "organismo di diritto pubblico" al punto I.2 del bando della gara d'appalto.

La stessa Fondazione, poi, per il perseguimento dei propri scopi statuari, ha di recente costituito la società strumentale SMINT Srl, la quale si presenta come una sorta di *longa manu* operativa della Fondazione medesima, è totalmente partecipata dalla stessa ed ha per oggetto la gestione di servizi museali a favore e di concerto con la Fondazione.

Al riguardo (prescindendo, allo stato, da ogni ulteriore indagine circa la natura giuridica della SMINT), l'Autorità si limita ad osservare che l'autonoma decisione del soggetto conferitario dei beni di costituire una propria società operativa non può certo comportare il venir meno del rispetto, anche da parte di quest'ultima società, delle norme sopra richiamate in materia di gestione dei servizi museali; diversamente opinando, infatti, le suddette norme verrebbero agevolmente svuotate di significato.

3. Con riferimento alla questione del mancato affidamento integrato di tutti i servizi oggetto delle tre gare, si confermano le considerazioni espresse nella nota di avvio del procedimento circa l'assenza, allo stato attuale, di un vero e proprio obbligo giuridico di aggregazione, alla luce dell'ampio *excursus* normativo di cui al precedente punto 1.

Si osserva, inoltre, che l'aggregazione, in ipotesi, di tutte e tre le gare in un unico rapporto avrebbe condotto verosimilmente alla richiesta di requisiti ancora più stringenti, restringendo ulteriormente il novero dei potenziali concorrenti, oltre a poter risultare tecnicamente abbastanza complessa.

Peraltro, specie con riferimento all'affidamento disgiunto del servizio di bookshop e di caffetteria, si evidenzia che la ragione della mancata aggregazione andava preferibilmente evidenziata in un preciso documento istruttorio, contenente, ad esempio, informazioni circa l'effettuazione di analisi economico-finanziarie e/o tecnico-gestionali in grado di dimostrare la maggiore convenienza dell'affidamento non integrato. Tale specifica documentazione non è stata, invero, prodotta, mentre la Fondazione ha spiegato unicamente che tra il 2004 ed il 2008, pur a fronte dell'elevata potenzialità di generare incassi, i servizi aggiuntivi avevano prodotto un fatturato in diminuzione, il che ha condotto all'esigenza di individuare partner tecnici specializzati nei settori di competenza (editoria e ristorazione) al fine di migliorare la gestione dei rispettivi punti vendita.

4. Riguardo ai vari servizi di "assistenza al pubblico", "accoglienza" e "coordinamento di tutela del patrimonio", inseriti dalla Fondazione nell'appalto e dunque dalla stessa remunerati attraverso il consistente aggio del 55,50% sugli incassi derivanti dalla vendita dei titoli di accesso ai musei, si deve, da un lato, prendere atto della spiegazione fornita dalla Fondazione circa il fatto che i servizi citati non sono stati considerati attività di valorizzazione, bensì servizi strumentali in quanto imprescindibili per permettere la fruizione delle collezioni garantendone al tempo stesso la salvaguardia; in particolare, il servizio di assistenza al pubblico e accoglienza non è stato inteso quale vero e proprio "servizio di accoglienza" (in quanto tale servizio aggiuntivo ai sensi dell'art. 117 del CBC, da affidarsi, dunque, in concessione), ma quale servizio svolto dal personale di sala con funzione principalmente di sorveglianza per prevenire atti vandalici e fornire, nello svolgimento di tale funzione, eventuali informazioni ai visitatori circa i percorsi espositivi (custodia delle sale espositive, controllo assiduo delle opere e vigilanza sul comportamento dei visitatori), mentre il secondo (tutela del patrimonio) comporta il coordinamento del personale di sorveglianza nell'espletamento dell'attività di tutela del patrimonio contro i rischi in caso di emergenza e contro i danni di terzi.

Si prende altresì atto del fatto che il termine "canone", riferito al servizio di pulizia, è stato usato impropriamente quale sinonimo di "corrispettivo".

Da un altro lato, peraltro, si deve allora assolutamente richiamare la stazione appaltante ad una maggiore chiarezza e precisione nella redazione del bando di gara, primario strumento di garanzia, specie dinanzi ad un appalto di siffatta portata quale quello in esame.

Quanto, poi, all'“organizzazione di iniziative atte a promuovere la conoscenza dei musei anche presso fasce particolari di utenti” (che non figura tra i servizi oggetto dell'appalto, ma compare al punto 7.3 del disciplinare di gara), pur prendendosi atto della spiegazione fornita circa la scarsa rilevanza economica rispetto al valore degli altri servizi - il che, come riferito, non ha fatto ritenere conveniente lo scorporo di tale singolo servizio (di per sé “aggiuntivo”) per affidarlo successivamente con altre modalità -, si osserva come la stessa si sarebbe potuta aggregare, ad esempio, alla concessione del servizio di bookshop, al fine di una maggiore aderenza al dettato del CBC (cfr. art. 117, comma 2, lett. e), anche in considerazione del fatto che i servizi aggiuntivi, come si è detto sopra, andrebbero sempre e comunque in concessione e non possono essere attratti nel regime dell'appalto proprio dei servizi strumentali (cfr. Linee Guida sopra cit.).

5. In relazione ai requisiti speciali previsti, dal bando della gara d'appalto, come non cumulabili in caso di ATI (= fatturato globale dell'ultimo triennio pari ad almeno 27 milioni di Euro, previsto come non cumulabile in caso di ATI verticale; gestione di almeno un appalto di servizi museali per un valore complessivo non inferiore a 10 milioni di Euro nell'ultimo triennio e possesso di un organico medio annuo nell'ultimo triennio pari ad almeno 180 dipendenti, previsti questi come non cumulabili sia nell'ATI verticale che orizzontale), si devono anche in questo caso mantenere le osservazioni già rappresentate nell'atto di avvio del procedimento.

L'istituto del raggruppamento, infatti, trova la sua *ratio* nell'esigenza di consentire il cumulo dei requisiti speciali frazionabili, consentendo così anche alle imprese di minori dimensioni di prendere parte a gare dalle quali sarebbero altrimenti escluse ed accrescendo, per tale via, la concorrenza per il mercato (in argomento *ex multis* : deliberazioni AVCP nn. 265/2007 e 64/2009; in giurisprudenza, Cons. Stato, V, n. 5517/2001, n. 7765/2004, n. 3814/2007). Tanto è evidente la natura pro-concorrenziale dell'istituto, che la giurisprudenza è di recente giunta a ritenere legittima la clausola del bando che ponga il divieto di partecipare in ATI ad imprese che, da sole, siano in grado di soddisfare singolarmente il possesso dei requisiti (Tar Lazio, III, n. 3713/2008; cfr., in precedenza, parere Autorità Garante Concorrenza e Mercato AS 251/2003).

Inoltre, anche in un appalto in cui siano prevalenti servizi di cui all'Allegato IIB del D.Lgs. 163/2006 vanno comunque rispettati i principi di concorrenza e di parità di trattamento (cfr. artt. 27 e 2, comma 3, del D.Lgs. 163/2006).

Alla luce di ciò, impedire il cumulo di requisiti per antonomasia frazionabili, quali il fatturato globale (indice della solidità del gruppo) e l'organico medio annuo, non appare in linea con i principi di concorrenza, parità di trattamento e proporzionalità, oltre che con la *ratio* stessa dell'istituto del raggruppamento; diverso può essere il discorso per requisiti non frazionabili, quale il c.d. “servizio di punta” (nel caso di specie, appalto di servizi museali per un valore complessivo non inferiore a 10 milioni di Euro nell'ultimo triennio).

Le suddette considerazioni, del resto, acquistano un rilievo ancora maggiore se si considera la durata dell'appalto (su cui v. infra), che “chiude” il mercato per un orizzonte temporale a lungo termine e, dunque, richiede a maggior ragione che la gara d'ingresso sia almeno la più concorrenziale possibile.

Quanto, invece, alla disciplina del raggruppamento orizzontale, in relazione alla quale il bando della gara d'appalto ha previsto il possesso di almeno il 60% dei requisiti di fatturato (globale e specifico dei singoli servizi) in capo alla mandataria, si deve osservare che, pur restando il principio della cumulabilità la regola generale conforme alla *ratio* stessa del raggruppamento, permane la facoltà della stazione appaltante di stabilire, nella *lex specialis*, una soglia minima quantitativa per ciascuna impresa, al fine di evitare un eccessivo frazionamento tale da rendere inattendibile il giudizio sull'affidabilità del concorrente e ridurre la tutela dell'interesse pubblico, con l'unico limite, peraltro, del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non eccedenza rispetto all'oggetto dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, n. 6353/2006; Cons. Stato, n. 37/2007; Cons. Stato, sez. V, n. 7460/2006; Cons. Stato, sez. V, n. 7081/2005; Cons. Stato, sez. IV, n. 6967/2004; Cons. di Stato, V, n. 5064/2008). Ciò in considerazione del fatto che l'art. 37 del D.Lgs. 163/2006 non prevede regole dettagliate circa il riparto dei requisiti all'interno dei raggruppamenti nel settore dei servizi e delle forniture, limitandosi a distinguere i raggruppamenti verticali da quelli orizzontali. Né, del resto, appare possibile applicare per via analogica, agli appalti di servizi, le disposizioni secondarie dettate per il settore dei lavori pubblici in tema di quote relative al possesso dei requisiti all'interno di un raggruppamento, non essendo tali disposizioni espressione di principi generali dell'ordinamento applicabili a tutte le gare pubbliche (cfr. parere Autorità n. 156 del 2008). Non è un caso, infatti, che nella bozza del regolamento attuativo del D.Lgs. 163/2006 si prevede che, per i raggruppamenti negli appalti di servizi/forniture, sia il bando ad individuare i requisiti speciali necessari per partecipare alla procedura di affidamento, nonché la misura in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. Nel caso di specie, in considerazione delle notevoli dimensioni dell'appalto, la stazione appaltante ha scelto di richiedere percentuali minime di possesso dei requisiti in caso di ATI orizzontale che non appaiono *ictu oculi* sproporzionate (per queste stesse riflessioni, cfr. AVCP deliberazione n. 64/2009).

Si può infine notare che l'entità del fatturato globale richiesto (27 milioni di Euro), espressamente riferito ad ogni singolo anno dell'ultimo triennio (cfr. punto 2.2.2 del disciplinare di gara), non appare

pienamente proporzionata alla base d'asta, risultando pari a quasi il triplo della stessa (rapportata anch'essa su base annuale). Sul punto si può utilmente ricordare, anche per le future evenienze, che la giurisprudenza amministrativa, con orientamento ormai univoco, è dell'avviso che la discrezionalità della stazione appaltante nel fissare i requisiti speciali di partecipazione alla singola gara incontra il suo limite nei canoni di ragionevolezza, proporzionalità e rispetto della concorrenza e che la valutazione di conformità va effettuata in concreto in correlazione al valore dell'appalto (*ex multis* Cons. Stato, sez. V, 14.12.2006 n. 7460; Cons. Stato, sez. V, 13.12.2005 n. 7081; Cons. Stato, sez. IV, 22.10.2004, n. 6967; Cons. Stato, sez. V, 31.12.2003, n. 9305); sulla scorta della giurisprudenza, questa Autorità ha, ad esempio, ritenuto proporzionata la richiesta di un fatturato pari sino al doppio della base d'asta (cfr. *ex multis* deliberazione n. 20/2007; Cons. Stato, sez. V, 31.01.2006 n. 348), mentre a diversa conclusione si è giunti a fronte di un fatturato pari al triplo della base d'asta (cfr. *ex multis* deliberazione n. 62/2007).

Non può, dunque, essere del tutto condiviso quanto affermato dalla Fondazione circa il fatto che "l'importo del fatturato richiesto non sembra essere sproporzionato rispetto all'importo a base di gara" (controdeduzioni del 30.11.2009).

Si nota, infine, che, come emerge dall'avviso di aggiudicazione pubblicato, alla gara d'appalto hanno partecipato due soli concorrenti.

6. Quanto alla durata dell'appalto indetto dalla Fondazione - a fronte dell'assenza di chiare indicazioni normative sul punto (permane formalmente la risalente indicazione novennale contenuta nell'art. 12 del R.D. n. 2440/1923, peraltro riferita ai contratti statali) - si possono comunque svolgere delle riflessioni di carattere generale.

Infatti, la scelta della stazione appaltante in merito alla durata del contratto si dovrebbe informare ad una ponderata analisi economica del *trade off* tra i vantaggi traibili a breve ed a medio/lungo termine dagli affidamenti proiettati in un orizzonte temporale ampio.

Se l'obiettivo della stazione appaltante è quello di ottenere i maggiori benefici al "momento della gara" allora i contratti di lunga durata potrebbero permettere di ottenere maggiore rendita all'aggiudicatario grazie all'ottenimento di maggiori ribassi sul prezzo posto a base d'asta.

L'operatore economico, infatti, da un lato può giovare di maggiori economie di scala e di apprendimento, con benefiche ripercussioni sull'efficienza e sull'economicità della gestione caratteristica dell'impresa e, dall'altro, può improntare una migliore pianificazione degli investimenti, con benefici effetti sulla gestione finanziaria dell'impresa stessa.

Peraltro, gli affidamenti a lungo termine finiscono per vincolare i soggetti pubblici per molto tempo con lo stesso affidatario, aumentando il rischio di *lock-in*, senza considerare il fenomeno dell'obsolescenza delle tecnologie impiegate nell'erogazione dei servizi o delle metodologie con cui vengono espletati i processi produttivi. Le stazioni appaltanti, in altri termini, rischiano di precludersi la possibilità di rimettere l'operazione sul mercato, avvantaggiandosi dei minori costi ottenibili grazie all'impiego di nuove tecnologie e/o di nuove formule organizzative/gestionali nell'erogazione dei servizi stessi.

Ma a tutto ciò si devono aggiungere, per il caso di specie in particolare, i possibili effetti sulla concorrenza, in quanto i contratti di maggior durata possono produrre disparità più ampie nelle condizioni di accesso al mercato a causa delle marcate asimmetrie informative tra l'*incumbent* ed i potenziali concorrenti, interessati ad entrare nel mercato una volta scaduto il precedente contratto. Si prende comunque atto delle riflessioni svolte dalla stazione appaltante circa la questione della stabilità occupazionale.

7. Con riferimento, infine, ai bandi di concessione della SMINT S.r.l., si deve evidenziare, come già nell'atto di avvio del procedimento, quello che è un difetto invero molto frequente nelle concessioni di servizi, ossia la mancata indicazione nel bando, accanto alla base d'asta a rialzo costituita dal canone minimo, dell'autentico "valore dell'affidamento" inteso quale remuneratività presunta per il concessionario (flussi di cassa stimati per la durata della concessione).

Come l'Autorità ha già detto in alcuni precedenti (cfr. ad esempio deliberazione n. 93/2009), ai sensi dell'art. 29, comma 1, e 143, comma 7, del D.Lgs. 163/2006 (espressamente richiamato, quest'ultimo, nell'art. 30 in tema di concessioni di servizi) è necessario che il concedente stimi prioritariamente, sulla base ad esempio dell'esperienza pregressa e dell'estensione materiale e temporale del nuovo servizio, i flussi di cassa previsti ed indichi gli stessi, ancorché in via presuntiva, nel bando/avviso pubblico, accanto poi al canone minimo a rialzo.

L'art. 29, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, infatti, prevede chiaramente che "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori e servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti", importo che, nel caso delle concessioni, proviene dall'utenza.

La corretta individuazione nel bando del "valore della concessione" è di preliminare importanza sia ai

fini della ponderazione della congruità dei requisiti speciali di partecipazione, sia ai fini della valutazione del livello di pubblicità del bando/avviso di gara.

Quanto al primo profilo, pertanto, pur prendendosi atto di quanto riferito dalla stazione appaltante circa il fatto che, su richiesta dei concorrenti, sono stati forniti dati sugli incassi degli anni precedenti, si osserva comunque che, non essendo stato pubblicato il suddetto valore presuntivo, bensì unicamente il canone minimo (cfr. punto 2.5 avvisi pubblici di concessione e punto 2 disciplinare), non è possibile valutare l'effettiva sproporzione o meno dei requisiti speciali richiesti.

Quanto al secondo aspetto (livello di pubblicità da dare ai bandi di gara), si osserva che quanto più è appetibile per i potenziali concessionari l'affidamento in termini di remuneratività, tanto maggiore dev'essere l'estensione della pubblicità del bando (la Corte di Giustizia, nell'interessante pronuncia 18 gennaio 2007 in causa C-220/05, ha osservato che nel calcolo del valore dell'affidamento devono rientrare anche gli introiti derivanti dall'utenza in quanto l'interesse del potenziale offerente è ricollegato al valore globale dell'operazione economica); nel caso in esame, gli avvisi delle due concessioni non sono stati pubblicati né in G.U.C.E. (nonostante il "valore" della concessione fosse verosimilmente superiore alla soglia comunitaria, considerando la durata e l'estensione materiale dell'affidamento), ma nemmeno in G.U.R.I. e ciò non appare in linea con i principi di adeguata pubblicità e trasparenza, applicabili anche alle concessioni di servizi in quanto espressamente richiamati dall'art. 30 del D.Lgs. 163/2006 e dalla Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni del 12/04/2000.

Del resto, anche per gli stessi servizi rientranti nell'Allegato IIB è auspicabile una pubblicità proporzionata al "valore" dell'affidamento, come chiarito nella Comunicazione interpretativa della Commissione Europea 2006/C 179/02 e nel conseguente Comunicato del Presidente AVCP del 30/11/2007.

Si nota infine che, come emerge dall'avviso di aggiudicazione pubblicato, a ciascuna delle due concessioni ha partecipato un solo concorrente.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- ritiene che nelle procedure di gara per la gestione dei Musei Civici Veneziani sarebbe stato preferibile aggregare quantomeno i servizi aggiuntivi di bookshop e caffetteria, ovvero indicare le ragioni della mancata aggregazione in uno specifico documento istruttorio che desse atto di analisi giuridico-economiche-organizzative condotte al riguardo, nei sensi di cui in motivazione;
- ritiene che la Fondazione Musei Civici di Venezia avrebbe dovuto chiarire meglio nel disciplinare della gara d'appalto l'autentico contenuto dei servizi di "assistenza al pubblico", "accoglienza" e "coordinamento di tutela del patrimonio" e che avrebbe dovuto preferibilmente scorporare dall'appalto il servizio (aggiuntivo) di "organizzazione di iniziative atte a promuovere la conoscenza dei musei anche presso fasce particolari di utenti", nei sensi di cui in motivazione;
- ritiene che l'entità del fatturato globale dell'ultimo triennio, richiesto nella gara d'appalto indetta dalla medesima Fondazione, non sia stata del tutto proporzionata alla base d'asta e, dunque, non in linea con i principi di proporzionalità, libera concorrenza e ragionevolezza, nei sensi di cui in motivazione;
- ritiene che la previsione di non cumulabilità dei requisiti di fatturato globale e di organico medio annuo dell'ultimo triennio, sempre nella gara d'appalto indetta dalla Fondazione, non sia stata in linea con la normativa di settore e con i principi di proporzionalità, libera concorrenza e parità di trattamento, nei sensi di cui in motivazione;
- ritiene che la durata dell'appalto indetto dalla Fondazione, sebbene non censurabile sotto il profilo strettamente giuridico-formale, rischi di essere lesiva del principio di concorrenza e di avvantaggiare eccessivamente l'incumbent, nei sensi di cui in motivazione;
- ritiene che la mancata indicazione, negli avvisi di gara relativi alle due concessioni indette dalla società SMINT S.r.l., della stima presunta dei flussi di cassa per il concessionario non sia stata in linea con la normativa di settore, nei sensi di cui in motivazione, non avendo consentito un immediato riscontro dell'autentico "valore" della concessione;
- ritiene che il livello di pubblicità degli avvisi di gara relativi alle medesime due concessioni non sia stato adeguato ed in linea con i principi di adeguata pubblicità e trasparenza, nei sensi di cui in motivazione;
- auspica che le future gare che saranno bandite per la gestione dei numerosi ed importanti Musei Civici di Venezia siano maggiormente rispettose della normativa e dei principi richiamati in motivazione;
- invita la Fondazione Musei Civici di Venezia e la società SMINT S.r.l. a riscontrare la presente delibera entro trenta giorni dalla ricezione postale della stessa, ai sensi dell'art. 6, commi 9 e 11, del D.Lgs. 163/2006;

dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture perché comunichi la presente

delibera alla Fondazione Musei Civici di Venezia, alla società SMINT S.r.l. ed ai segnalanti (Confcultura, ditta Miorelli Service S.p.a. e ditta Verona83 Srl).

Firmato

Il Relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 23 Marzo 2010