



DELIBERA N. 54

8 febbraio 2023

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 presentata da Fermariello e altri - "PROCEDURA APERTA PER L’AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEI SERVIZI MUSEALI INTEGRATI PRESSO “IL PARCO ARCHEOLOGICO DI ERCOLANO” PER CONTO DEL MINISTERO DELLA CULTURA – ID 2586 – CONSIP S.P.A. A SOCIO UNICO - CODICE CPV PRINCIPALE: 92521000-9 CODICE CPV SUPPLEMENTARE: 55900000-9” - CIG 9547172F8E – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base di gara: 6.531.809,00 euro - SA: Consip S.p.A. a socio unico

UPREC 15/2023/S

Riferimenti normativi

Articolo 30, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 83, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 117 d.lgs. n. 42/2004

Parole chiave

Concessione - Servizi museali integrati - servizio di biglietteria e servizi aggiuntivi

Massima

(non massimabile)

Il Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione

nell’adunanza del 8 febbraio 2023

DELIBERA

VISTA l’istanza di parere prot. n. 888 del 5 gennaio 2023, presentata da Fermariello e altri in relazione alla procedura per l’affidamento del contratto indicato in oggetto;

CONSIDERATO che gli istanti, in qualità di guide turistiche abilitate all’espletamento di visite guidate presso i siti di interesse culturale diffusi in tutto il territorio nazionale, censuravano l’Avviso di preinformazione, le Condizioni di fornitura e le Informazioni relative alla procedura aperta per l’affidamento in concessione dei servizi museali integrati presso “il Parco Archeologico di Ercolano” per conto del Ministero della Cultura – ID 2586 - pubblicati da Consip S.p.A. a socio unico in data 6 dicembre



2022, sostenendone l'illegittimità con specifico riferimento a: «a) gli articoli 2.2, 2.3.3 e 2.6 delle Informazioni nella parte in cui conferiscono prevalenza al "servizio di biglietteria" a scapito dei "servizi per il pubblico" (rectius, servizi aggiuntivi); b) gli articoli 2.3, 2.3.1 e 2.3.3 delle Informazioni, relativi alle condizioni di partecipazione e ai requisiti di capacità professionale e tecnica, in quanto impedenti l'accesso alla procedura di gara alle guide turistiche abilitate (nonché autonome) che svolgono la propria professione restringendo, del tutto illegittimamente, la concorrenza e ledendo il favor participationis»;

RILEVATO preliminarmente che gli istanti rappresentavano che, in quanto guide turistiche abilitate, essi esercitano, all'interno del Parco Archeologico di Ercolano, la propria professione in virtù di un presidio, non gestito dal Parco, che garantisce le visite guidate presso il Parco ai visitatori in arrivo senza prenotazione, attraverso un banco di accoglienza al pubblico esterno alla biglietteria, mentre altre guide turistiche, non appartenenti al presidio, esercitano l'attività di visita guidata nel Parco Archeologico di Ercolano con i propri gruppi di visitatori;

CONSIDERATO, in particolare, che gli istanti, evidenziando il quadro giuridico che disciplina l'attività di guida turistica e la sua natura di libera professione, richiamavano il contenuto dispositivo dell'articolo 117 del d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), sostenendo in primo luogo che «è il servizio di "visita didattica" che può essere gestito in forma integrata con i "servizi di biglietteria" e non la "visita guidata" indicata dalla lex specialis» e, in secondo luogo, che «la giurisprudenza amministrativa costante ha dichiarato illegittimi i bandi di gara indetti, per conto del Ministero per i beni e le attività culturali, per l'affidamento in concessione della gestione dei servizi museali (biglietteria, assistenza alla visita e bookshop) ex art. 117 del D. Lgs. n. 42/2004, per aver accorpato i "servizi aggiuntivi", quali quelli di assistenza alla visita e bookshop, al servizio di "biglietteria", in ragione del contrasto con la finalità di valorizzazione dei beni culturali di cui agli artt. 6, 115 e 117 del Codice dei beni culturali e del paesaggio; (cfr., ex plurimis: Consiglio di Stato, Sezione V, Sentenza n. 900 del 08.02.2022)»;

CONSIDERATO che gli istanti censuravano gli atti contestati sia nella delimitazione dell'oggetto contrattuale sia nella previsione delle condizioni di partecipazione, sostenendo che tale disegno di gara fosse lesivo del principio di concorrenza e di *favor participationis* ed avesse come effetto quello di pretermettere gli istanti dalla procedura in quanto «prestatori di opera professionale che, in quanto abilitati, non necessitano della iscrizione in Camera di Commercio pur avendo la partita "IVA"», nonché «privati definitivamente della possibilità di continuare la propria attività professionale presso il sito di interesse culturale di Ercolano a causa della evidente compromissione della concorrenza». Specificamente, gli stessi contestavano il fatto che l'Avviso di preinformazione, le Condizioni di fornitura e le Informazioni relative alla procedura prevedevano la gestione del servizio (come da articolo 7.2) di visite guidate in forma integrata con il servizio di bookshop, simulando che la prestazione principale consista nei "servizi per il pubblico" di "bookshop" e "visite guidate" e che la prestazione secondaria consti nel "servizio di biglietteria", sebbene quest'ultima si configuri, per le clausole della disciplina di gara, come prestazione principale in violazione dell'articolo 117 del d.lgs. n. 42/2004, in quanto: (a) al servizio di biglietteria è attribuito il valore economico di euro 3.597.507,00 a fronte di quello di euro 2.934.302,00 dei servizi per il pubblico, ovverosia dei servizi di "bookshop" e "visite guidate"; (b) è richiesto quale requisito di partecipazione ai concorrenti, come requisito minimo per i servizi di "bookshop" e "visite guidate" l'aver emesso "un numero medio annuo di biglietti emessi non inferiore a 280.000" nel quinquennio antecedente la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ovviamente corrispondenti ad un valore economico ampiamente superiore all'importo "complessivo medio annuo non inferiore a 270.000 €"; (c) i criteri di aggiudicazione prevedono che i punteggi saranno attribuiti con l'applicazione di coefficienti fissi e predefiniti in base a cinque criteri di valutazioni discrezionali relativi al servizio di biglietteria (cfr. criteri di valutazione nn. 12, 17, 18, 19 e 23) che, «certamente, rappresentano



un peso decisivo ai fini della aggiudicazione della concessione». In ragione di tali argomentazioni, gli istanti sostenevano che gli atti pubblicati davano sostanzialmente prevalenza al "servizio di biglietteria" a scapito dei c.d. servizi aggiuntivi, in violazione dell'articolo 117 menzionato e dell'orientamento giurisprudenziale che sostiene che il "servizio di biglietteria" non può mai costituire servizio principale ed assumere carattere prevalente in una concessione integrata di servizi per valorizzazione del patrimonio museale, nemmeno laddove gli altri servizi non fossero autosufficienti (cfr. Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 900 dell'8 febbraio 2022);

CONSIDERATO altresì che gli istanti contestavano la legittimità dei "criteri di selezione" in quanto, in violazione dell'articolo 83, essi sarebbero sproporzionati e non rispettosi dei principi di trasparenza, impedendo *«ab origine l'accesso alla procedura di gara alle guide turistiche abilitate (nonché autonome) che svolgono la propria professione come gli odierni istanti restringendo, del tutto illegittimamente, la concorrenza ledendo il favor per la massima partecipazione alla gara»;*

VISTI gli atti oggetto di contestazione;

VISTO, nello specifico, l'articolo 2.2 delle Informazioni, rubricato "2.2. BASI D'ASTA" che prevedeva: *« 1. Servizi per il pubblico – prestazione principale € 2.934.302,00; 2. Servizio di biglietteria – prestazione secondaria: € 3.597.507,00»;*

VISTO l'articolo 2.3.3. delle Informazioni, rubricato "2.3. CONDIZIONI DI PARTECIPAZIONE", che disponeva: *«2.3.1.) ABILITAZIONE ALL'ESERCIZIO DELL'ATTIVITÀ PROFESSIONALE, INCLUSI I REQUISITI RELATIVI ALL'ISCRIZIONE NELL'ALBO PROFESSIONALE O NEL REGISTRO COMMERCIALE. Elenco e breve descrizione delle condizioni: Iscrizione nel Registro tenuto dalla Camera di commercio, industria, artigianato o agricoltura oppure nel Registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato per attività coerenti con quelle oggetto della procedura di gara. 2.3.3) CAPACITÀ PROFESSIONALE E TECNICA. Elenco e breve descrizione dei criteri di selezione: - Per quanto riguarda la prestazione principale (servizi per il pubblico): Il concorrente deve aver eseguito, nei 5 anni antecedenti la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, uno o più contratti per conto di uno o più committenti, pubblici o privati, avente/i ad oggetto, anche separatamente, tutti i seguenti servizi per il pubblico: 1) bookshop; 2) visite guidate; per un importo complessivo medio annuo non inferiore a 270.000 €, Iva esclusa; - Per quanto riguarda la prestazione secondaria (servizio di biglietteria): Il concorrente deve aver eseguito, nei 5 anni antecedenti la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, uno o più contratti, per conto di uno o più committenti, pubblici o privati, avente/i ad oggetto servizi di biglietteria (intesa quale attività di emissione, distribuzione, vendita e verifica dei titoli di legittimazione all'ingresso, nonché di incasso e versamento dei relativi introiti, anche tramite l'utilizzo di tecnologie informatiche e telematiche) che raggiunga/no (anche cumulativamente) un numero medio annuo di biglietti emessi non inferiore a 280.000. Il quinquennio indicato nei requisiti decorre dalla data di scadenza delle offerte; pertanto, a titolo esemplificativo, se la data di scadenza è 10 febbraio 2023, il quinquennio da considerare sarà 10 febbraio 2018/10 febbraio 2023»;*

VISTO l'articolo 2.6 delle Informazioni, rubricato "2.6. CRITERI DI AGGIUDICAZIONE", secondo cui *«La Concessione sarà aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. La valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica sarà effettuata in base ai seguenti punteggi. PUNTEGGIO MASSIMO Offerta tecnica 70; Offerta economica 30; TOTALE 100. Si precisa che nella colonna "Tipologia di criterio" vengono indicati con la lettera "D" i "Criteri discrezionali", vale a dire i criteri i cui punteggi saranno attribuiti in ragione dell'esercizio della discrezionalità spettante alla commissione giudicatrice mentre con la lettera "T" vengono indicati i "Criteri tabellari", vale a dire i criteri i cui punteggi saranno attribuiti con l'applicazione*



di coefficienti fissi e predefiniti che saranno attribuiti o non attribuiti in ragione dell'offerta o mancata offerta di quanto specificamente richiesto. I punteggi e gli ulteriori dettagli sui singoli criteri saranno dettagliati in documentazione di gara»;

CONSIDERATO che in data 17 gennaio 2023 è stata pubblicato sulla GUUE il Bando di gara per l'affidamento della concessione dei servizi museali integrati presso il Parco Archeologico di Ercolano, con alcune modifiche rispetto alla documentazione di gara oggetto del presente parere e con termine di presentazione delle offerte il 13 febbraio 2023;

VISTO il Bando di gara, il Disciplinare di gara e il Capitolato tecnico pubblicati;

VISTO nello specifico, l'articolo 4 del Disciplinare, recante "4. OGGETTO DELL'APPALTO, IMPORTO E SUDDIVISIONE IN LOTTI" secondo cui: «*La presente Concessione integrata prevede l'affidamento dei servizi museali integrati ovvero dei servizi per il pubblico (servizi di accoglienza, informazione e orientamento, visite guidate e bookshop) e del servizio di biglietteria, da eseguirsi presso il Parco Archeologico di Ercolano per conto del Ministero della Cultura, come descritto nel Capitolato Tecnico. La concessione è costituita da un unico lotto in quanto la gara ha ad oggetto l'affidamento di una concessione integrata di servizi ai sensi dell'art. 117 del Codice dei beni culturali (d.lgs. n. 42 del 2004). L'integrazione si attua sia sotto il profilo funzionale sia sotto il profilo prestazionale. In particolare un'unica piattaforma informatica di supporto del concessionario per la vendita, prevendita/prenotazione dei biglietti, delle visite guidate e dei libri e merchandising del bookshop (online), anche mediante un'unica transazione economica (cd. bundle), consente una massimizzazione degli introiti sia per l'Amministrazione che per il Concessionario. L'unicità del lotto è funzionale, infine, alla garanzia del mantenimento dell'equilibrio economico finanziario e alla sostenibilità dell'iniziativa. 1. Servizi per il pubblico – prestazione principale € 2.934.302,00; 2 Servizio di biglietteria – prestazione secondaria: € 3.597.507,00. Totale stimato della concessione € 6.531.809,00»», con indicazione di aggio, canone annuo e Royalty;*

VISTO l'articolo 7.1 del Disciplinare, recante "7.1. REQUISITI DI IDONEITÀ", secondo cui: «*Costituiscono requisiti di idoneità: a) Iscrizione nel Registro delle Imprese oppure nell'Albo delle Imprese artigiane per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara. Il concorrente non stabilito in Italia ma in altro Stato Membro o in uno dei Paesi di cui all'art. 83, comma 3 del Codice, presenta dichiarazione giurata (o secondo le modalità vigenti nello Stato nel quale è stabilito) attestante quanto richiesto sopra. Per la comprova del requisito a) la stazione appaltante acquisisce d'ufficio i documenti in possesso di pubbliche amministrazioni»;*

VISTO l'articolo 7.2 del Disciplinare, recante "7.2. REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA E PROFESSIONALE", secondo cui: «*b) Esecuzione negli ultimi cinque anni, dei seguenti servizi analoghi; b1) Prestazione principale (servizi per il pubblico): Il concorrente deve aver eseguito, nei 5 anni antecedenti la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, uno o più contratti per conto di uno o più committenti, pubblici o privati, avente/i ad oggetto, anche separatamente, tutti i seguenti servizi per il pubblico: i) bookshop; ii) visite guidate; per un importo complessivo medio annuo non inferiore a 270.000 €, IVA esclusa; b2) Prestazione secondaria (servizio di biglietteria): il concorrente deve aver eseguito, nei 5 anni antecedenti la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte, uno o più contratti, per conto di uno o più committenti, pubblici o privati, avente/i ad oggetto servizi di biglietteria (intesa quale attività di emissione, distribuzione, vendita e verifica dei titoli di legittimazione all'ingresso, nonché quelle di incasso e versamento dei relativi introiti, anche tramite l'utilizzo di tecnologie informatiche e telematiche) che raggiunga/no (anche cumulativamente) un numero medio annuo di biglietti emessi non inferiore a 175.000»;*



VISTO l'articolo 18 del Disciplinare, recante "18. CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE", secondo cui: «*La concessione è aggiudicata in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2, del Codice. La valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica sarà effettuata in base ai seguenti punteggi. Offerta tecnica 70 - Offerta economica 30*» e il successivo articolo "18.1. CRITERI DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA TECNICA", che definisce: «*Il punteggio dell'offerta tecnica è attribuito sulla base dei criteri di valutazione elencati nella sottostante tabella con la relativa ripartizione dei punteggi. Nella colonna "Punti D max" vengono indicati i "Punteggi discrezionali", vale a dire i punteggi il cui coefficiente è attribuito in ragione dell'esercizio della discrezionalità spettante alla commissione giudicatrice. Nella colonna "Punti T max" vengono indicati i "Punteggi tabellari", vale a dire i punteggi i cui coefficienti fissi e predefiniti saranno attribuiti o non attribuiti in ragione dell'offerta o mancata offerta di quanto specificamente richiesto*». Infine, vista la tabella e i criteri di valutazione e in particolare i criteri di cui ai punti 12, 17, 18, 19 e 23;

VISTO l'articolo 7.2 del Capitolato tecnico, recante "7.2. SERVIZIO DI VISITE GUIDATE" secondo cui «*Oggetto del servizio è la progettazione, la promozione, la vendita, la gestione e l'erogazione di visite guidate per diverse categorie di utenti in lingua italiana e in lingua straniera. Obiettivo del servizio è diffondere la conoscenza, l'educazione e lo stimolo dell'interesse del pubblico verso la storia del Parco, nonché di consentire alle diverse fasce e tipologie di visitatori di individuare strumenti corrispondenti ai propri orientamenti di esperienza e culturali così da favorire la conoscenza del patrimonio culturale conservato nella sua pienezza e un'esperienza di visita maggiormente consapevole. Il ventaglio di percorsi offerti dovrà quindi essere articolato in base al tempo di visita, al grado di approfondimento dei contenuti del percorso di visita proposto e alla tipologia di utenza individuando almeno due tipologie principali di visite: - visite ordinarie; - visite di approfondimento tematico/speciali. I target di pubblico ai quali il servizio dovrà essere rivolto sono almeno: scuole di ogni ordine e grado; gruppi (adulti, famiglie, stranieri etc.); singoli visitatori; persone con disabilità fisico-sensoriali. Il Concessionario dovrà offrire ai visitatori le visite guidate dietro prenotazione. Inoltre è facoltà del Concessionario prevedere delle visite guidate a partenza fissa. Il prezzo delle visite guidate sarà stabilito dal Concessionario in accordo con l'Amministrazione prima dell'Avvio dell'esecuzione delle Attività (cfr. par. 10.2). Il servizio deve essere prenotabile e acquistabile tramite la postazione fisica descritta al paragrafo 6.1, comprese le ticket vending machine (TVM), e tramite canali offsite (Sito Web e Call Center). [...] Le visite dovranno essere svolte da personale in possesso di patentino ovvero dei requisiti di legge, secondo quanto previsto dall'art. 3 della legge 6 agosto 2013 n. 97 e successivi decreti attuativi. [...] Deve inoltre essere sempre consentito a guide turistiche in possesso di abilitazione alla professione ovvero dei requisiti di legge, di effettuare autonomamente proprie visite guidate nel Parco, fatte salve variate disposizioni del MiC*»;

VISTO l'avvio del procedimento avvenuto in data 16 gennaio 2023, con nota prot. n. 3196;

VISTE le memorie depositate in atti;

VISTA, in particolare, la memoria del Ministero della Cultura, depositata con nota prot. n. 5379 del 20 gennaio 2022, nella quale lo stesso, ribadendo la legittimità della *lex specialis*, rigettava le contestazioni sollevate dagli odierni istanti sostenendone l'infondatezza sia con riferimento alla questione della gestione del servizio di visita guidata anziché di visita didattica, non trovando tale distinzione «*appiglio normativo nell'articolo 117 lettera e), che prevede invece per tutti i servizi di accoglienza culturale e di ospitalità al pubblico la possibilità di gestione integrata con i servizi di pulizia, vigilanza e biglietteria*»; sia relativamente alla presunta prevalenza del servizio di biglietteria, in ragione delle puntualizzazioni operate dal bando pubblicato rispetto agli atti precedenti, «*attraverso una riduzione di importanza assegnata al servizio di biglietteria*»; sia in merito alla presunta impossibilità di partecipazione degli



istanti, in quanto *«l'affidamento del servizio di visita guidata non ha carattere di esclusività e non è incompatibile con l'esercizio dell'attività professionale da parte degli istanti. Il che rende del tutto pretestuose le tesi avverse. Contra, l'affidamento del servizio consentirà di offrire ai visitatori la possibilità di prenotare anticipatamente la visita, cosa che non è attualmente possibile, con miglioramento della fruizione del bene culturale»;*

VISTA la memoria depositata da Consip con nota prot. n. 5315 del 20 gennaio 2023, con la quale, a sostegno della legittimità del proprio operato e della non accoglibilità delle contestazioni sollevate dagli istanti, evidenziava le seguenti argomentazioni:

- (a) con riferimento alla censura inerente il fatto che sia il servizio di visita didattica a poter essere gestito in forma integrata con i servizi di biglietteria e non la visita guidata, Consip sottolineava come la stessa non abbia fondamento giuridico in quanto ai sensi dell'articolo 117 *«tra i servizi aggiuntivi figurano i "servizi di accoglienza", intese come tutte le attività di valorizzazione, «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» (articolo 6, comma 1, del d.lgs. 42/2004); nell'ambito dei "servizi di accoglienza" il legislatore individua comunque alcuni servizi tra cui quello di "guida e assistenza didattica" [...]; i servizi di "guida e assistenza didattica" sono "inclusi" nei "servizi di accoglienza" ma, tale ultima definizione, potrebbe contenere anche ulteriori servizi, benché non tassativamente declinati nella disposizione in esame, che abbiano come finalità quella di "accogliere" il visitatore a 360°, purché consistano in un'attività di valorizzazione ad iniziativa pubblica, che «si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione» (art. 111, comma 3, del d.lgs. 42/2004 [...]) Inoltre, si evidenzia come: - anche sul sito del Ministero per i Beni e le attività culturali e per il turismo, le "visite guidate e l'assistenza didattica" sono annoverate tra i "Servizi al pubblico"; - sul sito del Ministero della Cultura, i dati statistici riportati, rispetto ai "servizi aggiuntivi", come definiti nell'art. 117 del d.lgs. 42/2004, svolti nei musei negli anni, riportano sempre la voce "visite guidate". Pertanto, del tutto legittimamente le visite guidate sono ricomprese tra i servizi oggetto di concessione»;*
- (b) con riferimento alla presunta esclusione degli istanti dalla partecipazione, Consip, richiamando il contenuto dispositivo degli articoli 7.2 delle Condizioni di fornitura e 7.2 del Capitolato Tecnico, evidenziava che *«l'attività professionale delle guide turistiche attualmente collocate "all'esterno della biglietteria" del Parco, grazie ad "un banco di accoglienza al pubblico" fornito dalla "direzione del Parco Archeologico di Ercolano", è svolta "senza prenotazione": con la gara de qua, sempre in un'ottica di massima valorizzazione del bene culturale in questione, viene garantito non solo il servizio di visite guidate, ma anche un sistema di prenotazione delle stesse. Peraltro, agli istanti, in qualità di guide turistiche, non è precluso lo svolgimento della propria attività professionale, in pendenza di concessione: nel par. 7.2 delle Condizioni di Fornitura e del Capitolato Tecnico, infatti, è previsto che "Deve inoltre essere sempre consentito a guide turistiche in possesso di abilitazione alla professione ovvero dei requisiti di legge, di effettuare autonomamente proprie visite guidate nel Parco, fatte salve variare disposizioni del MiC"; quest'ultime intese come sopravvenute disposizioni normative. La medesima disposizione della lex di gara prevede che: "Le visite dovranno essere svolte da personale in possesso di patentino ovvero dei requisiti di legge, secondo quanto previsto dall'art. 3 della legge 6 agosto 2013 n. 97 e successivi decreti attuativi". Con la gara in esame, pertanto, Consip garantisce da un lato che il servizio di visite guidate venga svolto da soggetti competenti, in possesso della necessaria abilitazione di legge e, dall'altro, la possibilità, per le guide turistiche*



autonome, di poter continuare a svolgere visite guidate all'interno del Parco medesimo, senza alcuna preclusione. A tutto voler concedere, peraltro, il servizio di visite guidate oggetto di gara, essendo "su prenotazione" non va a collidere con il servizio di guide turistiche che si svolge, per affermazione degli istanti stessi, senza prenotazione»;

- (c) con riferimento alla censura per cui la *lex specialis* simulerebbe in maniera strumentale che la prestazione principale consista nei "servizi per il pubblico" di "bookshop" e "visite guidate" e la prestazione secondaria nel "servizio di biglietteria", mentre in realtà la disciplina di gara conferirebbe prevalenza e natura di prestazione principale al servizio di biglietteria, Consip rappresentava come la stessa non troverebbe alcun fondamento nel testo della *lex specialis* pubblicata in quanto «*il requisito di capacità tecnica professionale per la prestazione secondaria (servizio di biglietteria), rispetto a quanto indicato nella preinformativa, è stato modificato da un "numero medio annuo di biglietti emessi non inferiore a 280.000" contestato dagli istanti, ad un "numero medio annuo di biglietti emessi non inferiore a 175.000", nei 5 anni antecedenti la data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (par. 7.2 lett. b.2) del Disciplinare di gara); i criteri di valutazione n. 12, 18, 19 e 23 di cui al par. 2.6 delle Informazioni sulla procedura sono stati esplicitati con la pubblicazione della documentazione di gara, nella tabella di cui al par. 18.1 del Disciplinare di gara: dalla tabella in questione è possibile verificare che la somma dei punteggi massimi corrispondenti ai criteri di cui sopra ammonta a soli 13 pt su 70 pt complessivi da assegnare all'Offerta Tecnica; il criterio 17 (per cui è prevista l'attribuzione dell'irrisorio punteggio massimo di 3 punti), pur citato, invece, afferisce alle "azioni promozionali" ovvero alle azioni "di promozione e degli strumenti di affiliazione/fidelizzazione dei visitatori che il concorrente intende proporre per migliorare la fruizione e far conoscere al meglio il patrimonio del Parco [...]" che non hanno alcuna attinenza con il servizio di biglietteria. Alla luce delle considerazioni che precedono risulta di tutta evidenza che non corrisponde al vero quanto rappresentato dagli istanti relativamente alla circostanza per la quale "la migliore offerta dei servizi di biglietteria costituirà, in effetti, l'aspetto più valorizzato ai fini dell'aggiudicazione", in netta prevalenza rispetto ai punteggi attribuibili dai criteri di valutazione ai servizi per il pubblico"»;*
- (d) per quanto concerne, infine, la presunta illegittimità della procedura nella parte in cui, con la previsione di specifici requisiti di partecipazione, precluderebbe agli istanti la partecipazione alla stessa, la Consip precisava che «*l'interesse pubblico del Ministero committente e manifestato nella legge di gara è espressamente orientato alla selezione di un concorrente dotato di un'organizzazione di impresa in grado di adempiere, attraverso una struttura complessa composta da molteplici risorse professionali ad elevata competenza tecnico-specialistica, alle prestazioni di tutti i servizi richiesti. L'art. 83 del d.lgs. 50/2016 prevede, infatti, al comma 2 che i "requisiti e le capacità di cui al comma 1 [tra cui i requisiti di idoneità professionale] sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto". A ciò si aggiunga che – come già sopra precisato – la procedura di gara de qua non prevede alcuna preclusione, per gli istanti, nel proseguire la propria attività professionale nei pressi del Parco Archeologico»;*

VISTA la documentazione depositata in atti dagli istanti, con nota prot. n. 5130 del 20 gennaio 2023;

VISTO il Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui alla delibera del Consiglio n. 10 del 9 gennaio 2019, come modificato dalla delibera n. 528 del 12 ottobre 2022;

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità delle clausole dell'Avviso di preinformazione, delle Condizioni di fornitura e delle Informazioni relative alla procedura di concessione dei servizi museali integrati, con particolare riferimento all'oggetto della concessione, ai



requisiti di partecipazione e ai criteri di aggiudicazione e dunque attiene alla legittimità delle scelte operate dall'amministrazione nella definizione e nella costruzione della procedura di gara;

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 117 del d.lgs. n. 42/2004 secondo cui «1. Negli istituti e nei luoghi della cultura indicati all'articolo 101 possono essere istituiti servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico. 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 guardaroba; g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali". Il successivo comma 3 prevede che: "I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria. Qualora l'affidamento dei servizi integrati abbia ad oggetto una concessione di servizi ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera vv), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, l'integrazione può essere realizzata anche indipendentemente dal rispettivo valore economico dei servizi considerati. È ammessa la stipulazione di contratti di appalto pubblico aventi ad oggetto uno o più servizi tra quelli di cui al comma 1 e uno o più tra i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria»;

CONSIDERATO che il decreto ministeriale 29 gennaio 2008 (recante, "Modalità di affidamento a privati e di gestione integrata dei servizi aggiuntivi presso istituti e luoghi della cultura") qualifica i «servizi aggiuntivi: i servizi di assistenza culturale, di accoglienza e di ospitalità per il pubblico, nonché ogni altro servizio strumentale alla migliore valorizzazione e fruizione degli istituti e dei luoghi della cultura" (articolo 1, lettera d) ed elenca alcune tipologie di tali servizi aggiuntivi tra cui "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, il presidio medico».(articolo 3, comma 2); mentre il successivo comma 4 dell'articolo 3 stabilisce che: «L'organizzazione dei servizi aggiuntivi avviene in forma integrata mediante affidamento di concessione a soggetti privati. Per organizzazione in forma integrata si intende una procedura di affidamento che consenta l'attivazione e la gestione di più servizi aggiuntivi integrati rispetto sia alle varie tipologie indicate nel comma 2 sia ai diversi istituti e luoghi della cultura, nei quali i servizi stessi devono essere svolti», e il comma 5 precisa che «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 di servizi»;

CONSIDERATO il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il servizio di biglietteria non può mai costituire, ai sensi dell'articolo 117 del Codice dei beni culturali, servizio principale ed assumere carattere prevalente in una concessione integrata di servizi per valorizzazione del patrimonio museale, nemmeno laddove gli altri servizi non fossero autosufficienti, sicché è illegittima una legge di gara che preveda una siffatta prevalenza. Tale divieto di prevalenza del servizio di biglietteria negli affidamenti integrati mira infatti ad evitare che la selezione dei concessionari dei servizi aggiuntivi venga orientata verso operatori del settore esperti di emissione di biglietti e non invece di valorizzazione dei beni culturali, laddove, come chiarito dalla giurisprudenza, il tipo di concessione di servizi in questione di suo non ammette che il servizio di biglietteria, quand'anche implicante un maggiore volume di incassi, possa ottenere, con il suo regime, prevalenza funzionale sui servizi aggiuntivi: e, per conseguenza, che ciò in concreto possa portare a informare i requisiti di capacità economica e finanziaria con l'effetto pratico,



ben rilevante, di precludere la partecipazione di soggetti attivi in servizi aggiuntivi di bookshop e di editoria, ma senza che abbiano prima emesso biglietti per gli importi predetti (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4307; da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 900 del 8 febbraio 2022);

RILEVATO che l'ordinamento riconosce alla stazione appaltante la discrezionalità nella definizione delle condizioni di gara, affinché sia possibile selezionare il contraente che con la propria offerta meglio risponde alle esigenze che l'amministrazione stessa persegue attraverso l'aggiudicazione del contratto, soddisfacendole; tale discrezionalità, come noto, non è sindacabile nel merito;

RISCONTRATO che, nel caso di specie, la disciplina di gara pubblicata in data 17 gennaio 2023, modificata rispetto alla documentazione preliminare oggetto della presente controversia, non appare conferire la asserita prevalenza al servizio di biglietteria in quanto:

- (a) i requisiti di capacità tecnica professionale di cui all'articolo 7.2 del disciplinare, prevedendo per la prestazione principale (servizi per il pubblico) un valore di servizi analoghi non inferiore a 270.000 euro, e per la prestazione secondaria (servizio di biglietteria) un valore di servizi analoghi non inferiore a 175.000 euro, sembra conferire, di fatto, una prevalenza alla prestazione principale piuttosto che a quella secondaria di biglietteria, mantenendo intatta e coerente la distinzione prevista dall'oggetto della concessione;
- (b) i punteggi attribuiti all'offerta tecnica, relativi ai criteri contestati, come anche rappresentato da Consip, corrispondono a soli 13 punti su 70 punti complessivi e non sembrano pertanto tali da conferire la asserita prevalenza sostanziale del servizio di biglietteria;

Per tali ragioni può ritenersi non sussistente la presunta subalternità dei servizi aggiuntivi al pubblico al servizio di biglietteria nella documentazione di gara pubblicata, non apparendo da tali profili un'effettiva valorizzazione esclusiva o comunque prevalente del servizio di biglietteria;

RISCONTRATO inoltre che con riferimento alla asserita presunta esclusione degli istanti dalla partecipazione alla gara e alla natura eccessivamente stringente dei requisiti previsti, con particolare riferimento alla questione dell'iscrizione alla Camera di commercio, occorre evidenziare come, in merito al requisito di idoneità professionale, il costante orientamento ermeneutico riconosce all'iscrizione camerale di cui all'articolo 83, comma 1, lettera a) la natura di requisito di idoneità professionale, la cui utilità sostanziale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico. Conseguentemente, per garantire un effetto utile a tale *ratio* si è ritenuta necessaria una congruenza e corrispondenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste: l'oggetto sociale viene così inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale. La su indicata corrispondenza contenutistica, sebbene non debba intendersi nel senso di una perfetta e assoluta sovrapposibilità tra tutte le singole componenti dei due termini di riferimento, va accertata secondo un criterio di rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica, parcellizzata e frazionata, ma globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto. Infatti, l'interesse pubblico tutelato è quello di assicurare l'accesso al mercato, nel contemperamento con i principi della massima partecipazione e concorrenzialità, anche ai concorrenti per i quali è possibile pervenire ad un giudizio di globale affidabilità professionale, garantito mediante l'esame e il confronto



tra tutte le risultanze descrittive del certificato camerale e l'oggetto del contratto di appalto (cfr., da ultimo, ANAC delibera n. 544 del 13 luglio 2021; Consiglio di Stato, sez. V, 18 gennaio 2021 n. 508 e 15 novembre 2019 n. 7846);

CONSIDERATO, altresì che, con riferimento al possesso dei requisiti di partecipazione, giova ricordare come la giurisprudenza abbia affermato che la stazione appaltante, nel definire i requisiti tecnici e professionali dei concorrenti, vanta un margine di discrezionalità tale da consentirgli di definire criteri ulteriori e più stringenti rispetto a quelli normativamente previsti, con il rispetto del limite della proporzionalità e della ragionevolezza, oltre che della pertinenza e congruità dei requisiti prescelti in relazione alle caratteristiche dello specifico oggetto di gara (circa la rilevanza del "vaglio in concreto" di tali presupposti cfr. delibera ANAC n. 99 del 10 giugno 2015) e che la stessa Autorità, nella delibera n. 830 del 27 luglio 2017, abbia stabilito che «i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore e parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto, giacché rientra nella discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice la possibilità di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge». La possibilità di fissare requisiti di partecipazione più stringenti, come evidenziato dalla stessa Autorità, «in punto di adeguatezza, corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell'azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell'efficiente risultato del contratto e dunque dell'interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all'oggetto del contratto. Errerebbe l'amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell'aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità. Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell'adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessità, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti (cfr. ANAC, delibera n. n. 191 del 3 marzo 2021; n. 25 del 13 gennaio 2021; n. 393 del 29 aprile 2020; n. 830 del 27 luglio 2017; n. 794 del 19 luglio 2017; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 9 del 4 gennaio 2017);

RITENUTO che la tutela dell'interesse pubblico e delle fondamentali esigenze che quell'esecuzione contrattuale è chiamata a soddisfare siano eventualmente tali da giustificare una maggiore rigidità nella definizione di alcuni requisiti di partecipazione, al fine di garantire un determinato standard qualitativo nella selezione dell'operatore economico affidatario del contratto e che, per l'effetto, il mancato possesso di tali requisiti possa costituire legittima causa di esclusione (cfr. da ultimo, ANAC, delibera n. 191 del 3 marzo 2021);

RITENUTO infine che la disciplina di gara non costituisce una lesione alla possibilità che gli istanti possano continuare a svolgere la propria attività come guide turistiche autonome, come dimostrato da Consip, potendo le stesse proseguire nello svolgimento delle proprie visite all'interno del Parco, in ragione delle sopra richiamate clausole di gara (cfr. articolo 7.2 del Capitolato) anche tenuto conto che, come sottolineato nelle memorie depositate, la concessione comprende il servizio di visite guidate su prenotazione e lascia pertanto intatto l'attuale margine di attività inerente le visite senza prenotazione, cui gli istanti si occupano attualmente;

RILEVATO dunque che, nel caso di specie, le scelte poste in essere dall'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità conferitale dall'ordinamento, per i sopra menzionati orientamenti interpretativi e per le argomentazioni fornite dall'amministrazione, non appaiono manifestamente illogiche o inattendibili,



essendo supportate da ragionevoli motivazioni di perseguimento dell'interesse pubblico dell'amministrazione;

RITENUTE, conseguentemente, infondate le doglianze sollevate dagli odierni istanti;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che le clausole della disciplina di gara contestate siano conformi ai principi generali in materia di contrattualistica pubblica e alla normativa di settore.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 14 febbraio 2023

Il Segretario Laura Mascali

Atto firmato digitalmente