

**Massima:** *La scelta di utilizzare l'appalto o la concessione è quindi rimessa alle stazioni appaltanti in ragione dei rispettivi fabbisogni. Ne consegue che anche un servizio accessorio quale la biglietteria, laddove affidata in modo integrato ai servizi di assistenza e ospitalità, possa essere affidato secondo il regime concessorio, indipendentemente “dal rispettivo valore economico dei servizi considerati”. Tale ultima previsione sta evidentemente a significare che anche in caso di netta predominanza economica del servizio di biglietteria rispetto ai servizi integrati, la procedura di affidamento ed il relativo contratto possono mantenere lo schema concessorio in ragione della prevalenza funzionale dei servizi aggiuntivi (il che fonda una eccezione alle regole generali dei cd. appalti misti di cui all’art. 28, comma 7 del D.Lgs. n. 50/2016, che così recita: “nel caso di contratti misti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi nei settori ordinari e di concessioni, il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari, purché il valore stimato della parte del contratto che costituisce un appalto disciplinato da tali disposizioni, calcolato secondo l’articolo 35, sia pari o superiore alla soglia pertinente di cui al medesimo articolo 35”).*

**T.A.R. Toscana n. 870 del 02/10/2023**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana**

**(Sezione Seconda)**

**ha pronunciato la presente**

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 655 del 2023, proposto dalla Vivaticket S.p.A. Società con Socio Unico e Gestione Multiservizi S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Ministero della Cultura - Gallerie degli Uffizi, Direzione Regionale Musei della Toscana e Opificio delle Pietre Dure di Firenze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

***per l'annullamento***

- della Determina a contrarre relativa alla gara n. 9091070, CIG 981751667E, avente ad oggetto l'affidamento in concessione, ai sensi dell'articolo 117 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e degli artt. 164 e ss. del D.Lgs. 50/2016 dei servizi museali in favore delle seguenti Amministrazioni: Gallerie degli Uffizi, Opificio delle Pietre Dure e Direzione Regionale Musei della Toscana;
- del bando di gara, non pubblicato e di contenuto ignoto;
- dell'avviso pubblicato sulla GU Serie Speciale – Contratti Pubblici n. 56 del 17.5.2023;
- del Disciplinare di gara, capitolato generale, capitolato speciale e in generale tutta la *lex specialis* di gara e tutti gli atti e documenti approvati con la Determina a contrarre e quelli pubblicati sul sito web delle Gallerie degli Uffizi, ivi compresa la documentazione relativa ai rilievi planimetrici;
- dell'atto del 13.6.2023 con cui si comunica quanto segue: “In merito alla procedura di gara in oggetto si comunica che la documentazione di gara relativa ai rilievi planimetrici, con esclusivo riguardo al complesso museale delle Gallerie degli Uffizi, inizialmente pubblicata e denominata “Allegato 2 Planimetrie G. Uffizi – denominazione del Museo” presentavano alcuni refusi ed imprecisioni. Si è pertanto proceduto alla sostituzione dei suddetti allegati. Si prega quindi gli eventuali partecipanti di tenere in considerazione la documentazione pubblicata a far data dal 7 giugno 2023”, nonché tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti rispetto ai suddetti, ancorché attualmente non conosciuti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2023 il dott. Marcello Faviere e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO e DIRITTO**

1. L'Istituto Gallerie degli Uffizi ha pubblicato, sulla GURI del 17.05.2023, un avviso relativo all'indizione di una procedura aperta (CIG 981751667) per l'affidamento in concessione, ai sensi degli artt. 164 e ss. del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 117 del d.lgs. 42/2004, di servizi museali in favore dei Musei afferenti alle Gallerie degli Uffizi, alla Direzione Regionale Musei della Toscana ed all'Opificio delle Pietre Dure, per un importo stimato pari ad € 121.084.084,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ritenendosi lese dagli atti approvati e pubblicati per la procedura citata, la Vivaticket S.p.A. e la Gestione Multiservizi S.r.l. hanno notificato ricorso (il 16.06.2023), ritualmente depositato avanti questo Tribunale con cui lamentano, in sette articolati motivi, violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili. Per resistere al gravame si è costituito il Ministero della Cultura (il 3.07.2023) che ha depositato memoria (il 4.09.2023) con cui eccepisce altresì inammissibilità del ricorso. Ha fatto seguito il deposito di memoria di replica delle ricorrenti (il 8.09.2023).

Alla udienza pubblica del 21.9.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso è in parte inammissibile ed in parte infondato.

3. Il Collegio ritiene di poter in parte condividere l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione resistente che sostiene che la *lex specialis* impugnata dalle ricorrenti, una delle quali risulta aver peraltro presentato

offerta in gara in RTI con altri operatori, non reca alcuna clausola immediatamente escludente che possa legittimare l'impugnazione preventiva del bando.

Occorre infatti evidenziare che la possibilità di impugnare i provvedimenti costituenti la *lex specialis* di gara incontra specifici limiti connessi alla configurabilità dell'interesse attuale e concreto a ricorrere.

Per giurisprudenza consolidata con l'impugnazione immediata del bando si possono censurare solo quelle disposizioni che di fatto impediscano la partecipazione alla gara.

Costituisce regola generale quella secondo cui i bandi di gara (e più in generale la *lex specialis*) vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, vale a dire l'aggiudicazione definitiva o i provvedimenti di esclusione dalla competizione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

A tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando si contesti in radice l'indizione della gara, si contesti che una gara sia mancata oppure, infine, si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

*“L'illegittimità di regole inidonee a consentire una corretta e concorrenziale offerta economica incide direttamente sulla formulazione dell'offerta, impedendone la corretta e consapevole elaborazione, sicché - ha affermato la citata giurisprudenza- la lesività della stessa disciplina di gara va immediatamente contestata, senza attendere l'esito della gara per rilevare il pregiudizio che da quelle previsioni è derivato, ed anzi nemmeno sussiste l'onere di partecipazione alla procedura di colui che intenda contestarle, in quanto le ritiene tali da impedirgli l'utile presentazione dell'offerta e, dunque, sostanzialmente impeditive della sua partecipazione alla gara [...] 16.5. Sulla scia di tale linea interpretativa (ex aliis Cons. Stato sez. III, 2 febbraio 2015*

n. 491) e nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, la giurisprudenza ha quindi a più riprese puntualizzato che vanno fatte rientrare nel genus delle "clausole immediatamente escludenti" le fattispecie di:

a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l'Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbito dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

16.5.1. Per converso, è stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva

(Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara” (Cons. Stato, Ad. Plen. 26/04/2018, n. 4).

La giurisprudenza, inoltre, ha evidenziato che *“in tema di impugnazione di un bando di gara pubblica, l’eccezionale configurazione della clausola immediatamente escludente può aversi solo per quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull’interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un’utile partecipazione alla gara a un operatore economico. Tali circostanze debbono essere dimostrate dai ricorrenti, in via pregiudiziale, per sostenere il suo interesse ad agire, provando di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un’offerta oggettivamente competitiva, anche con riferimento alla comune impossibilità della maggioranza delle imprese operanti nel settore”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.03.2022, n. 1474, conformi T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 28/11/2022, n. 7342 e Cons. Stato Sez. IV, 14/06/2021, n. 4561).

Quanto precede impone al giudice non solo il vaglio della immediata lesività, nei termini di cui sopra, delle singole clausole del bando censurate nel ricorso, ma anche di valutare, in via pregiudiziale, se il ricorrente ha fornito sufficienti elementi sulla idoneità delle clausole ritenute immediatamente escludenti ad impedire la formulazione di una offerta oggettivamente seria e competitiva.

Per tale ragione le censure formulate nei confronti delle varie clausole della *lex specialis* di gara devono preventivamente essere vagliate alla luce di tali criteri direttivi per verificare la complessiva ammissibilità del ricorso.

4. Con il primo motivo di ricorso si lamenta violazione dell’art. 32, comma 2, del d.lgs. 50/2016. Le ricorrenti sostengono che la determina a contrattare (n. 100 del 10.05.2023) non conterrebbe tutti gli elementi prescritti dall’art. 32, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2023 e, in particolare, gli elementi essenziali del contratto nonché i criteri di selezione degli offerenti e delle offerte. Questi ultimi, invece, sarebbero individuati solo nel disciplinare di gara che però è stato adottato con

provvedimento successivo, ciò implicando che al momento di indizione della procedura tali elementi non erano noti.

Il motivo è inammissibile.

Si consideri preliminarmente che, secondo una consolidata giurisprudenza, la determina a contrarre è un atto endoprocedimentale, di regola idoneo a costituire in capo ai terzi posizioni di interesse qualificato, perché la sua funzione attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'Amministrazione (cfr. *ex multis* TAR Puglia Lecce, Sez. II, 29/07/2014, n. 2026; TRGA Trento, 16/02/2017, n. 53). alcuna lesione può derivare al privato concorrente di una procedura di gara dalla omissione dei contenuti della determina a contrattare giacché tali mancanze non generano alcun effetto immediatamente escludente visto che, nel caso di specie, per pacifica ammissione delle ricorrenti, la *lex specialis* di gara (disciplinare e capitolato) comunque puntualizza e declina tutti gli elementi di cui si lamenta la mancanza e necessari per formulare l'offerta.

Per tali ragioni il primo motivo è inammissibile.

5. Con il secondo motivo di ricorso si lamenta la violazione degli artt. 71, 72 e 73 del d.lgs. 50/2016. Le ricorrenti lamentano la mancata pubblicazione del bando integrale di gara sia sulla GURI (dove risulta pubblicato un mero avviso di gara, cfr. doc. n. 1 di parte ricorrente) che sul profilo del committente.

La doglianza è inammissibile giacché la mancata conoscenza del documento "bando", a fronte della incontestata disponibilità del disciplinare di gara (che contiene tutte le regole della procedura selettiva) e del capitolato generale e speciale di gara (che reca la descrizione delle prestazioni e delle future pattuizioni contrattuali) non impedisce in concreto la presentazione di una offerta consapevole e ponderata.

È comunque il caso di evidenziare che l'amministrazione ha fornito prova della approvazione e pubblicazione del bando a livello europeo e nazionale (cfr. doc. n. 1, 2 e 3 di parte resistente).

Il secondo motivo è pertanto inammissibile.

6. Con il terzo motivo di ricorso si lamenta violazione dell'art. 34, comma 2, nonché dell'art. 95, comma 5, del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria, manifesta illogicità. Le ricorrenti lamentano che la *lex specialis* di gara, nonostante la dichiarata volontà della stazione appaltante di adeguarsi al dettato dell'art. 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) contenuta nella determina a contrattare, non conterrebbe significative disposizioni in tal senso non indicando nel disciplinare di gara alcun criterio premiante la sostenibilità ambientale, salvo prevedere, nell'ambito del sotto-criterio di valutazione n. 1.6, che nella valutazione delle offerte saranno considerate le "strategie per ridurre l'impatto ambientale dei servizi".

Il motivo è inammissibile giacché afferisce alla strutturazione dei criteri di valutazione delle offerte e non a clausole del bando che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati, ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta. Con riferimento alle previsioni inerenti i criteri di valutazione, inclusa la non conformità ai criteri ambientali di cui all'art. 34 del D.Lgs. n. 50/2016, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (cfr. Cons. Stato Sez. III, 20/03/2023, n. 2795, T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 28/11/2022, n. 7342).

Il terzo motivo è pertanto inammissibile.



7. Con il quarto motivo si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 6 del DM 29.1.2008, dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per difetto di ragionevolezza e manifesta illogicità.

Il disciplinare ed il capitolato di gara regolerebbero in modo incerto la durata del rapporto contrattuale, prevedendo che la concessione ha durata di cinque anni (che costituirebbe l'unico dato certo) più possibili ulteriori tre anni di proroga decorrenti dalla data di avvio del servizio per un totale complessivo possibile di 96 mensilità, con previsione di proroga tecnica ai sensi dell'art. 106, comma 11 del Codice (che sarebbe illegittimamente richiamato dalla *lex specialis*, trattandosi di concessione e non appalto di servizi). Tale previsione: a) si porrebbe in contrasto con l'art. 6 del DM 29.1.2008, che costituirebbe norma speciale e quindi prevalente, che prevede che le concessioni aventi ad oggetto servizi aggiuntivi abbiano durata di 4 anni, rinnovabili una sola volta per ulteriore periodo di 4 anni; b) sarebbe contraddittoria nella parte in cui da un lato quantifica la proroga tecnica (in tre anni) e dall'altra la limita al periodo strettamente necessario alla conclusione delle procedure volte all'individuazione del nuovo contraente; c) si porrebbe in contrasto con il PEF di gara che viene commisurato su un periodo di otto anni (che risulterebbe eventuale e non certa).

Anche questo motivo si presenta inammissibile.

È il caso di evidenziare preliminarmente che, con riferimento alla previsione del disciplinare recante una opzione di proroga tecnica di sei mesi, l'amministrazione ha puntualizzato, già in fase di chiarimenti in gara, che trattasi di refuso. Al chiarimento n. 47.5 viene precisato che "Si comunica che all'art. 4.1 del Disciplinare di gara, la dicitura 'e comunque per un periodo non superiore a sei mesi' è da considerarsi un refuso in quanto così come affermato nel capitolato generale all'art. 5, terzo comma 'Il Concedente si riserva, in ogni caso, la facoltà di prorogare il contratto per un termine massimo di ulteriori tre anni limitatamente al

tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure volte all'individuazione del nuovo contraente e alla stipula del relativo contratto [...]”.

Nessun dubbio pertanto sussiste in ordine alla durata del contratto la quale può andare da cinque a otto anni complessivi (venendo peraltro a coincidere con la durata massima fissata all'art. 6 del DM 29.01.2008). Del pari non è ravvisabile nessuna contraddizione con il PEF che ha una proiezione di pari durata.

Anche in questo caso non si ravvisa la presenza di alcun elemento della *lex specialis* che non consenta la formulazione di offerte consapevoli e concorrenziali.

Anche il quarto motivo, pertanto, è inammissibile.

8. Con il quinto ed il sesto motivo di ricorso si lamenta eccesso di potere per difetto di istruttoria, irragionevolezza, illogicità manifesta e violazione degli artt. 115-117 del d.lgs. 42/2004.

Nel quinto motivo, in particolare, si lamenta che la *lex specialis* si porrebbe in contrasto con lo schema causale della concessione. Le prestazioni sarebbero fissate in modo talmente vincolato da negare qualsiasi ambito di libera gestione a scopo di sfruttamento economico agli operatori. Il capitolato di gara, inoltre, all'art. 4 (che riserva al concedente il diritto di variare le sedi di esecuzione della concessione), e all'art. 6 (che inserisce una clausola di assoggettamento al quinto d'obbligo), prevedrebbe ipotesi di modifica unilaterale delle prestazioni incompatibili con il diritto di sfruttamento economico del servizio concesso a fronte di un prezzo costituito solo dai relativi introiti (clausole che invece sarebbero compatibili con il solo schema giuridico dell'appalto).

Con il sesto motivo di ricorso vengono articolate una serie di censure accomunate dalla lamentata illegittimità della *lex specialis* che avrebbe violato i principi in tema di “valorizzazione” (intesa come conservazione, conoscenza e pubblica fruizione) del patrimonio culturale cui anche l'affidamento dei servizi al pubblico dovrebbe tendere, lamentando in sostanza la violazione degli artt. 111-117 del D.Lgs. n.

42/2004. In linea generale ciò emergerebbe dalla disciplina dei profili di valutazione delle offerte, dai criteri di selezione dei concorrenti e dalla individuazione stessa dei servizi oggetto di gara incentrati sul solo miglioramento dei profili organizzativi, materiali e tecnologici trascurando i citati profili di valorizzazione. Dopo una disamina della citata normativa tesa a dimostrare come i cd. “servizi aggiuntivi” ex art. 117 del D.Lgs. n. 42/2004 siano strumenti di valorizzazione del patrimonio culturale, a differenza dei servizi cd. accessori (come la biglietteria, le pulizie e la vigilanza) il motivo si articola nelle seguenti doglianze:

- mancanza di programmazione e progettazione in ordine alla valorizzazione ed ai relativi livelli minimi (ai sensi degli artt. 112 e 114 del Codice dei Beni Culturali) che non emergerebbero dalla *lex specialis* (a fronte dell’art. 115, comma 5 del D.Lgs. n. 42/2004) che, nel caso della gestione indiretta della valorizzazione include tali elementi tra quelli costitutivi del rapporto di servizio con il concessionario. Ciò avrebbe avuto come conseguenza lo smembramento dei servizi al pubblico di cui all’art. 117 del Codice giacché l’amministrazione ha bandito, accanto ai servizi di biglietteria, la sola assistenza alla visita, accoglienza (orientamento e punto informazioni), guardaroba ed i servizi di vendita.

- i servizi a gara verrebbero trattati congiuntamente e nessuno verrebbe indicato come “prevalente”. Ciò genererebbe illegittima promiscuità tra i servizi al pubblico (cd. aggiuntivi) che contribuiscono alla valorizzazione e quelli accessori (come la biglietteria) ad essa estranei. Le ricorrenti riportano quegli orientamenti giurisprudenziali secondo cui i servizi “aggiuntivi” di cui all’art. 117, comma 2, del Codice devono risultare comunque funzionalmente prevalenti, anche nelle ipotesi di affidamento della gestione integrata delle due famiglie di servizi, giacché solo questi sarebbero compatibili con il regime concessorio, mentre il servizio biglietteria sarebbe affidabile solo mediante appalto pubblico;

- i servizi oggetto di gara sarebbero solo quelli di cui all'art. 117, comma 3, lett. e) e parte della lett. f), non essendo presenti quelli di cui alle lett. a), b), c) e g), ponendosi in contrasto con l'art. 3 del DM 29.01.2008 che obbligherebbe alla gestione integrata del cd servizi aggiuntivi;

- il servizio di biglietteria assumerebbe carattere preponderante e l'intera gara sarebbe tesa alla valorizzazione di tale servizio, che invece dovrebbe rimanere accessorio e strumentale. Ciò sarebbe evidente dalla analisi dei criteri di selezione dei concorrenti (art. 6.4 del disciplinare) e dai criteri valutativi delle offerte (art. 14 del disciplinare) che presenterebbero solo una limitata premialità per i servizi non connessi alla biglietteria (limitandosi ai soli criteri sub 1.2, 2.2, 3.1 e 3.2, di cui al citato art. 14 per un totale di 25 punti su 80).

Tutti i profili sollevati risultano inammissibili in quanto incompatibili con l'impugnazione del bando di gara e non costituiscono impedimento alla formulazione di una seria e consapevole offerta.

Come sopra evidenziato per la costante giurisprudenza l'impugnazione diretta del bando è ammissibile solo in specifici casi, in particolare allorché questo osti, con palmare ed oggettiva evidenza, alla partecipazione alla gara del concorrente interessato. L'impugnazione diretta della *lex specialis* costituisce l'eccezione e consegue, tra l'altro, alla circostanza patologica della formulazione, da parte della stazione appaltante, di un bando chiaramente, evidentemente ed inequivocabilmente teso a limitare ex ante la platea dei possibili candidati.

Ne consegue che rientra nell'onere della prova del soggetto interessato la dimostrazione di siffatta natura del bando, in difetto della quale l'azione demolitoria è in radice inammissibile. *“L'eccezionale configurazione della clausola immediatamente escludente può aversi solo per quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico. E tali*

*circostanze debbono essere dimostrate dal ricorrente, in via pregiudiziale, per sostenere il suo interesse ad agire, provando di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, anche con riferimento alla comune impossibilità della maggioranza delle imprese operanti nel settore”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 2.03.2022, n. 1474, conformi T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 28/11/2022, n. 7342 e Cons. Stato Sez. IV, 14/06/2021, n. 4561).

Orbene, nel caso concreto alcun elemento di prova sulla portata immediatamente escludente è stata fornita dalle ricorrenti.

Ciò, per quanto riguarda il quinto motivo, vale sia con riferimento alla doglianza sul livello di dettaglio e vincolatività delle prescrizioni del capitolato (considerando che dal combinato degli artt. 117, comma 4, e 115, comma 4, del D.Lgs. n. 42/2004 è consentita *“la possibilità per le amministrazioni di progettare i servizi e i relativi contenuti, anche di dettaglio, mantenendo comunque il rischio operativo a carico del concessionario e l'equilibrio economico e finanziario della gestione”*) sia con riferimento alla lamentata illegittimità della possibilità di modifica del contratto di cui agli artt. 4 e 6 del capitolato di gara.

Contrariamente a quanto sostenuto nel ricorso, infatti, la mera possibilità di modificare un contratto di concessione in corso d'opera non va contro la causa e la natura giuridica di tale tipologia di negozio, assimilandolo illegittimamente al contratto di appalto, tant'è vero che l'art. 175 del D.Lgs. n. 50/2016 disciplina proprio (in conformità a quanto previsto all'art. 43 della direttiva 2014/24/UE) la *“modifica dei contratti durante il periodo di efficacia”*.

Le previsioni di modificabilità delle sedi e incrementabilità delle prestazioni fino alla concorrenza del *“quinto”* (annoverabili tra le clausole di modifica di cui all'art. 175, comma 1 lett. a. citato) sono compatibili con lo schema concessorio della gara. Per dimostrare la loro portata direttamente ed immediatamente lesiva, le

ricorrenti avrebbero dovuto fornire una puntuale dimostrazione dell'incidenza determinante sulla possibilità di compilare in modo consapevole e serio un'offerta. Con riferimento al sesto motivo sia l'assenza di programmazione e progettazione sui livelli di valorizzazione, sia la composizione dell'elenco dei servizi posti in gara non costituiscono di per sé clausola escludente.

Le doglianze relative alla lamentata promiscuità tra i servizi aggiuntivi e quelli accessori e di illegittima dominanza del servizio di biglietteria (con censura della disciplina delle condizioni di partecipazione e dei criteri di valutazione dell'offerte), che non sarebbe annoverabile tra i servizi affidabili in concessione ma tra quelli da prestare in appalto, non offrono la succitata dimostrazione della effettiva portata escludente delle clausole di gara.

Occorre premettere sul punto che a seguito della riforma introdotta dall'art. 8 del DL n. 76/2020, convertito in l. n. 120/2020, l'attuale formulazione dell'art. 117 del D.Lgs. n. 42/2004, dispone, al comma 3, 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. E' 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”*. Al comma 4 la disposizione prevede che *“la gestione dei servizi medesimi è attuata nelle forme previste dall'articolo 115”*.

L'art. 115, sempre come modificato dalla citata novella, prevede che qualora la valorizzazione del patrimonio culturale avvenga mediante affidamento a terzi (gestione cd. in “forma indiretta”) questo possa avvenire mediante concessione o appalto di servizi, anche in forma integrata.

Nella sostanza, a seguito della citata novella normativa, lo speciale regime dei servizi al pubblico (assistenza culturale e ospitalità, in sostanza i cd. servizi aggiuntivi) di cui all'art. 117, commi 1 e 2, non si caratterizza più per la possibilità di fare esclusivo ricorso al modello concessorio. La scelta di utilizzare l'appalto o la concessione è quindi rimessa alle stazioni appaltanti in ragione dei rispettivi fabbisogni. Ne consegue che anche un servizio accessorio quale la biglietteria, laddove affidata in modo integrato ai servizi di assistenza e ospitalità, possa essere affidato secondo il regime concessorio, indipendentemente "dal rispettivo valore economico dei servizi considerati". Tale ultima previsione sta evidentemente a significare che anche in caso di netta predominanza economica del servizio di biglietteria rispetto ai servizi integrati, la procedura di affidamento ed il relativo contratto possono mantenere lo schema concessorio in ragione della prevalenza funzionale dei servizi aggiuntivi (il che fonda una eccezione alle regole generali dei cd. appalti misti di cui all'art. 28, comma 7 del D.Lgs. n. 50/2016, che così recita: *"nel caso di contratti misti che contengono elementi di appalti di forniture, lavori e servizi nei settori ordinari e di concessioni, il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni del presente codice che disciplinano gli appalti nei settori ordinari, purché il valore stimato della parte del contratto che costituisce un appalto disciplinato da tali disposizioni, calcolato secondo l'articolo 35, sia pari o superiore alla soglia pertinente di cui al medesimo articolo 35"*).

Le argomentazioni fornite dalle ricorrenti si concentrano sui requisiti di partecipazione che, a suo dire, favorirebbero l'ingresso di operatori specializzati in servizi di biglietteria a discapito dei servizi di accoglienza ed ospitalità. A ben vedere il disciplinare di gara prevede 3 ordini di requisiti: il primo di carattere economico finanziario relativo al fatturato specifico medio annuo (art. 6.3, lett d) il quale richiede espressamente che questo sia maturato "in ciascuno dei settori di attività" di cui alla gara senza alcuna indicazione specifica al servizio di biglietteria; il secondo (art. 6.4. lett. E.) di carattere tecnico professionale (esecuzione dei

servizi di biglietteria, accoglienza e assistenza alla visita eseguiti nell'ultimo triennio con un numero di biglietti emessi pari ad almeno 1.000.000) fa riferimento a tutti i servizi oggetto di gara ed utilizza il numero di biglietti emessi per dimensionare l'intera esperienza richiesta; il terzo (art. 6.4, lett. F.) consistente nel possesso di una valutazione di conformità del sistema di qualità (UNI EN ISO 9001:2015) chiaramente riferita all'organizzazione aziendale a prescindere dal tipo di attività svolta.

Quanto ai criteri di valutazione le ricorrenti sostengono che solo una piccola parte dei criteri (per un corrispondente punteggio di 25 su 80 punti complessivi) sarebbe dedicata ai servizi aggiuntivi propriamente detti, mentre il resto riguarderebbe solo quelli di biglietteria.

Ciò non corrisponde al vero. È condivisibile la tesi di parte resistente che evidenzia come la maggior parte dei requisiti riguardano in modo indistinto tutti i servizi oggetto di gara (vendita, accoglienza, assistenza alla visita, guardaroba e biglietteria). A ben vedere i sub criteri 1.1 (Struttura organizzativa della commessa, punti 10), 1.2 (Strumenti di assistenza alla visita — caratteristiche e percorsi, punti 5), 1.3 (Piattaforma relativa ai servizi di vendita e alla prenotazione/prevendita dei servizi per il pubblico e dei biglietti e alla reportistica, punti 8), 1.4 (Piattaforma informatica reportistica, punti 3), 1.5 (Sito web vendita, di biglietti ed altri servizi, punti 6), 2.1 (Progetti di allestimento dei locali di accoglienza biglietteria e servizi per il pubblico, punti 10), 2.2 (Progetto di allestimento dei locali destinati al Bookshop, punti 10), 3.1 (Progetto del catalogo dei prodotti, punti 7) e 3.2 (Merchandising - prodotti ecosostenibili, punti 3) non si riferiscono al solo servizio di biglietteria ma esplicitamente riguardano o tutti i servizi al pubblico o altri servizi aggiuntivi, per un complessivo punteggio massimo che accumula circa i tre quarti di quello qualitativo totale.



Anche la composizione dei servizi in concessione che, secondo le ricorrenti, non costituirebbero una vera gestione integrata, risulta coerente con il dettato normativo novellato nel 2020. L'art. 117 esplicitamente prevede la mera possibilità di affidare i servizi al pubblico in modo integrato e che i servizi al pubblico di accoglienza e assistenza possono essere affidati anche singolarmente in abbinamento ai servizi accessori. Tale scelta conferma la possibilità, per le stazioni appaltanti, di bandire tutti i servizi di cui all'art. 117 in modo più flessibile rispetto al passato, con formule gestionali maggiormente semplificate. L'art. 3, comma 4 del succitato DM 29.01.2008 prevede che “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”. In conclusione non esiste una norma dell'ordinamento che imponga alle stazioni appaltanti l'affidamento in blocco di tutti i servizi al pubblico di cui all'art. 117, comma 1 del D.Lgs. n. 42/2004, né consenta di quantificare un livello “minimo” di integrazione.

Ciò premesso il Collegio rileva che le ricorrenti non hanno offerto alcuna prova della effettiva immediata lesività delle disposizioni della *lex specialis* censurate. “*In tema di impugnazione di un bando di gara pubblica, l'eccezionale configurazione della clausola immediatamente escludente può aversi solo per quelle che con assoluta e oggettiva certezza incidono direttamente sull'interesse delle imprese in quanto precludono, per ragioni oggettive e non di normale alea contrattuale, un'utile partecipazione alla gara a un operatore economico. Tali circostanze debbono essere dimostrate dal ricorrente, in via pregiudiziale, per sostenere il suo interesse ad agire, provando di non aver potuto formulare, anche in ragione della propria organizzazione aziendale, un'offerta oggettivamente competitiva, anche con riferimento alla comune impossibilità della maggioranza delle imprese operanti nel settore*” (T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 28/11/2022, n. 7342). Tutto ciò non è avvenuto nel caso di specie.

Per quanto precede il quinto ed il sesto motivo di ricorso sono inammissibili.

9. Con il settimo motivo di ricorso si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 60 del d.lgs. 50/2016, dei principi di par condicio, di trasparenza, di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost.

Le ricorrenti evidenziano che la stazione appaltante, con avviso del 13.06.2023 (vale a dire in pendenza del termine di presentazione delle offerte), ha sostituito gli allegati relativi alle planimetrie allegare al capitolato di gara, senza posticipare il termine di presentazione delle offerte che è rimasto fisso al 30.06.2023.

Il motivo è infondato.

Occorre premettere che secondo la ordinaria disciplina applicabile alla gara in argomento, l'art. 79 del D.Lgs. n. 50/2016 prevede un obbligo di proroga dei termini di presentazione delle offerte "se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara". In caso contrario le stazioni appaltanti non sono tenute a prorogare i termini indicati.

Nel caso di specie le ricorrenti lamentano la mancata concessione del termine di proroga senza fare cenno alla rilevanza del documento in questione e alla incidenza delle informazioni supplementari o comunque modificate sulla formulazione dell'offerta.

È noto che per giurisprudenza consolidata costituisce onere dell'operatore che contesta la violazione della disciplina dei termini per la presentazione delle offerte fornire la prova della violazione degli speciali obblighi di cui all'art. 79, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 e, in particolare, della significatività delle modifiche apportate alla documentazione di gara, non potendo questa essere presunta in sede giudiziale in ragione della sola tipologia di informazione modificata. *"La logica della normativa di cui all'art. 79, comma 3 del D.Lgs. n. 50/2016 è quella di consentire agli operatori economici interessati alla partecipazione ad una gara ad evidenza pubblica di preparare offerte adeguate non trattandosi di una regola rigida ed automatica, in quanto proprio in*

*conformità alla ratio che la ispira per un verso la postergazione delle scadenze non è necessaria in presenza di informazioni o modifiche non significative e per altro verso la durata della proroga è parametrata alla rilevanza del contenuto informativo introdotto secondo un criterio di adeguatezza e proporzionalità” (Cons. Stato Sez. V, 01/09/2020, n. 5338).*

Ciò premesso il motivo risulta infondato.

10. Per quanto precede il ricorso è in parte inammissibile e, con riferimento al settimo motivo, infondato ed entro tali limiti deve essere respinto

11. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo respinge nei sensi e termini di cui in motivazione.

Le spese di lite sono a carico delle ricorrenti, in solido, e sono liquidate in favore del Ministero della Cultura nella misura di euro 4.000,00 (quattromila/00).

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Cacciari, Presidente

Andrea Vitucci, Primo Referendario

Marcello Faviere, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Marcello Faviere**

**IL PRESIDENTE**  
**Alessandro Cacciari**