

Pubblicato il 25/08/2023

N. 13442/2023 REG.PROV.COLL.

N. 06955/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6955 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Società Cooperativa Culture, in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG 94208581F6, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Sandulli, Benedetto Cimino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Cultura, Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Consorzio Stabile Primo Nomine, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Patrizio Leozappa, Giovanni Maiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Aristide Police, Fabio Cintioli, David Astorre, Paul Simon Falzini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Aditus s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia:

- della determinazione di Consip S.p.a. di aggiudicazione definitiva della "Gara di appalto per l'affidamento del servizio di biglietteria presso il Parco archeologico del Colosseo per conto del Ministero della cultura" (CIG: 94208581F6), comunicata in data 30 marzo 2023;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale e, nel dettaglio:

- del bando e dei documenti di gara e, in particolare, della Determina a contrarre, del Disciplinare e del Capitolato tecnico;

- dei chiarimenti e, in particolare, delle risposte a quesiti nn. 1, 2, 16, 21, 24, 39, 45, 47, 54, 59, 60, 63, 64, inerenti all'applicazione della c.d. clausola sociale;

- dei verbali di gara e, in particolare, del verbale n. 22 del 25 gennaio 2023, nel quale la Commissione di gara attesta la corrispondenza del Piano di assorbimento dell'Aggiudicatario alla clausola sociale;

- della nota del Ministero della cultura, Parco Archeologico del Colosseo, prot. n. 1339 dell'8 marzo 2023 indirizzata a CoopCulture, recante "Comunicazione della cessazione dell'erogazione del servizio pubblico per la gestione dei servizi museali presso il Parco archeologico del Colosseo. Rettifica";

- degli atti di programmazione della gara e, in particolare, della nota del 27 aprile 2022, recante "Integrazione giuridica ex art. 115, comma 4 del Codice dei Beni culturali, alla luce delle sentenze del Consiglio di Stato" e della nota del 10 maggio 2022, recante "Progetto di gestione dei servizi di biglietteria per il pubblico. La visione del Parco".

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura, di Consip Spa, del Consorzio Stabile Primo Nomine e di C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2023 il dott. Igor Nobile e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato ai soggetti in epigrafe a mezzo pec in data 28.4.2023 e ritualmente depositato il giorno 3.5.2023, la società ricorrente ha adito questo Tribunale per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

- della determinazione di Consip S.p.a. di aggiudicazione definitiva della "Gara di appalto per l'affidamento del servizio di biglietteria presso il Parco archeologico del Colosseo per conto del Ministero della cultura" (CIG: 94208581F6), comunicata in data 30 marzo 2023;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale e, nel dettaglio:

- del bando e dei documenti di gara e, in particolare, della Determina a contrarre, del Disciplinare e del Capitolato tecnico;

- dei chiarimenti e, in particolare, delle risposte a quesiti nn. 1, 2, 16, 21, 24, 39, 45, 47, 54, 59, 60, 63, 64, inerenti all'applicazione della c.d. clausola sociale;

- dei verbali di gara e, in particolare, del verbale n. 22 del 25 gennaio 2023, nel quale la Commissione di gara attesta la corrispondenza del Piano di assorbimento dell'Aggiudicatario alla clausola sociale;

- della nota del Ministero della cultura, Parco Archeologico del Colosseo, prot. n. 1339 dell'8 marzo 2023 indirizzata a CoopCulture, recante "Comunicazione della cessazione dell'erogazione del servizio pubblico per la gestione dei servizi museali presso il Parco archeologico del Colosseo. Rettifica";

- degli atti di programmazione della gara e, in particolare, della nota del 27 aprile 2022, recante "Integrazione giuridica ex art. 115, comma 4 del Codice dei Beni culturali, alla luce delle sentenze del Consiglio di Stato" e della nota del 10 maggio 2022, recante "Progetto di gestione dei servizi di biglietteria per il pubblico. La visione del Parco".

2. In particolare, la ricorrente esponeva che:

- la gara in questione ha ad oggetto il servizio di biglietteria per il parco archeologico del Colosseo e la ricorrente è l'attuale fornitore, in regime di proroga tecnica fino al 1.10.2023;

- all'esito della procedura di gara, si è posizionata al quarto posto della graduatoria. La procedura è stata aggiudicata al RTI Cns-Mida, con 78,7568 punti, contro i 65,8359 attribuiti alla ricorrente;

- le censure proposte sono essenzialmente due: quella con cui si contesta l'ammissione delle offerte delle prime graduate, per violazione delle norme che disciplinano l'obbligo di riassorbimento imposti dalla legge e della contrattazione collettiva; quella che tende alla caducazione della procedura, per mancata adozione della "preventiva programmazione organica delle forme di gestione del sito, come imposto dagli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali".

3. Avverso i succitati atti reagiva l'odierna ricorrente, proponendo i motivi di ricorso di seguito rubricati ed esposti in sintesi, e come meglio articolati nell'atto introduttivo del giudizio:

3.1 VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 30, COMMI 3 E 4, E 50, D.LGS. N. 50 DEL 2016

E DELL'ART. 26 DEL DISCIPLINARE DI GARA (CLAUSOLA SOCIALE) IN RELAZIONE

ALL'ART. 4 C.C.N.L. "MULTISERVIZI": INAMMISSIBILITÀ DELLE OFFERTE DEI CONCORRENTI IN ORDINE ALLA FORMULAZIONE DEI "PIANI DI RIASSORBIMENTO" DEL PERSONALE. ALTERNATIVAMENTE: ILLEGITTIMITÀ DELL'ART. 26 DEL DISCIPLINARE DI GARA.

Si contesta, con il conforto di relazione peritale, l'ammissione delle società concorrenti in posizione poziore, nella misura in cui le relative offerte non rispetterebbero la clausola sociale recata dall'art.4 del ccnl di settore (multiservizi), oltre che dalla lex speciali e dal Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs.n.50/2016.

Nel dettaglio, la ricorrente contesta che, a fronte dei 181 dipendenti interessati dal cambio d'appalto, le società concorrenti avrebbero sottodimensionato i riassorbimenti, a cominciare dall'aggiudicatrice (Cns), che ha proposto di assorbire solo 73 su 181, con un'accettazione di mero stile della clausola sociale.

Ad avviso di parte ricorrente, la disciplina recata dall'art.4 del ccnl multiservizi è più stringente di quella recata dalla lex specialis, e determinerebbe il tendenziale obbligo di riassorbimento integrale del personale uscente, legittimo e applicabile anche alla gara in questione, in quanto derivante dalla piena accettazione della disciplina collettiva ad opera dell'azienda datrice di lavoro.

La Commissione di gara, e la stazione appaltante successivamente, avrebbero dovuto segnalare l'anomalia ed avviare uno specifico confronto con gli operatori economici.

In via subordinata, la ricorrente impugna l'art.26 del disciplinare di gara, laddove interpretabile in senso sfavorevole alla tesi affermata nel ricorso.

### 3.2 VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 115 E 117 DEL CODICE DEI BENI CULTURALI. OMESSA PREVENTIVA PROGRAMMAZIONE ORGANICA DELLE MODALITÀ DI GESTIONE DEL PARCO DEL COLOSSEO. CONTRADDITTORIETÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

Si eccepisce la violazione degli artt.115 e 117 del D.Lgs.n.42/04 e s.m.i., posto che:

- in occasione della precedente procedura selettiva, conclusa con l'annullamento del bando di gara (affidamento in concessione congiunto per servizi integrativi e aggiuntivi) ad opera del Consiglio di Stato nelle sentenze nn. 5773/2017 e n. 2259/2021, il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa aveva indicato il percorso per selezionare l'operatore economico affidatario, ossia prescindendo dal valore economico dei servizi e costruendo i requisiti di gara valorizzando, precipuamente, l'aspetto della valorizzazione culturale.

Al contrario, l'Amministrazione ha scelto di esternalizzare, con distinte procedure, in appalto i servizi strumentali di biglietteria e vigilanza e in concessione bookshop e ristoro, per poi internalizzare, tramite la società in house del Ministero (Ales), l'attività di valorizzazione culturale in senso proprio.

Le censure riguardano i seguenti aspetti e profili:

- violazione dell'art.117, co.3 terzo periodo del Codice dei beni culturali, nella misura in cui la disposizione in questione, se ha certamente consentito di dare corso ad una separata procedura selettiva per la biglietteria, nondimeno imponeva di effettuare un generale coordinamento con i servizi di valorizzazione culturale;

- mancata valutazione comparative delle diverse forme di gestione a disposizione;

- mancata considerazione della sostenibilità dei servizi aggiuntivi, e in particolare di quelli afferenti alla valorizzazione culturale, da gestire tramite il modello dell'in house, senza tuttavia un'adeguata, ponderata e anticipata valutazione economica e funzionale;

- la mancata analisi di quanto precede avrebbe condotto all'elaborazione di una procedura di gara (quella odierna in contestazione) poco razionale: confrontando i dati esposti si evince:

a) rispetto all'edizione del 2019, un pesante sottodimensionamento dei dati di afflusso dei visitatori;

b) la mancanza di adeguato coordinamento fra la biglietteria e i servizi di accesso, oggetto del futuro affidamento in house;

c) rispetto all'edizione del 2015, in cui la stazione appaltante aveva previsto anche l'affidamento dei servizi di assistenza e supporto al pubblico, il capitolato del 2022 tace, con evidente conferma di un approccio ondivago, irrazionale.

4. La stazione appaltante (Consip S.p.a.), unitamente al Ministero della cultura, si costituiva in giudizio per resistere e avversare le ragioni del ricorso, sulla base degli scritti difensivi successivamente versati in atti a cura dell'Avvocatura Generale dello Stato.

Si costituivano altresì in giudizio il Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa (di seguito solo "Cns"), e il Consorzio Stabile Primo Nomine, quali controinteressati, per avversare le ragioni del ricorso.

5. Con successivi motivi aggiunti, notificati a mezzo pec in data 22.5.2023 e ritualmente depositati il 29.5.2023, la società ricorrente adiva nuovamente questo Tribunale per l'annullamento della "aggiudicazione definitiva efficace" della gara, comunicata da Consip con nota del 26.4.2023, riproponendosi, in via derivata, le medesime ragioni di doglianza prospettate con il ricorso introduttivo.

6. Seguiva lo scambio di ampia documentazione e articolate memorie, anche in replica, a cura delle parti costituite.

In particolare, le difese delle parti intime deducevano:

- quanto al Consorzio Primo Nomine, si eccepiva l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, per contrasto con il principio "nemo venire potest contra factum proprium", dal momento che il costo del personale indicato dalla ricorrente, pari ad euro 11.844.239,00, è inferiore a quello di tutte le società graduate e, inter alias, insufficiente alla copertura del trattamento economico dei 181 dipendenti indicati da quest'ultima nel Piano di riassorbimento, a condizioni salariali e contrattuali invariate. Primo Nomine ha comunque

rispettato la clausola sociale recata dall'art.4 del ccnl Multiservizi, la quale va comunque applicata in modo temperato con la necessaria libertà organizzativa dell'impresa. Si eccepisce la tardività del secondo motivo di ricorso, in quanto la ricorrente avrebbe dovuto proporre tempestiva impugnazione del bando di gara, anche alla luce di quanto statuito da questo Tribunale con la recente sentenza n.6868 del 20.4.23, resa a valere sul medesimo bando di gara;

- quanto alla difesa erariale, l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi di ricorso, posto che:

a) la clausola sociale va applicata alla luce dell'orientamento della giurisprudenza, recepito anche nelle Linee guida n.13 dell'Anac, secondo cui l'obbligo di riassorbimento è imponibile nella misura in cui sia compatibile con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'appaltatore. Peraltro, la vigente edizione del ccnl multiservizi, in vigore dal 1.7.2022, all'art.4 armonizza tale obbligo "ove possibile e la propria organizzazione di impresa consenta l'assorbimento di tutta la forza lavoro". Le censure della ricorrente sono in ogni caso destituite di fondamento, atteso che non considerano la drastica riduzione prestazionale dell'attuale capitolato rispetto a quello attualmente in esecuzione;

b) sul secondo motivo, la sentenza del Consiglio di Stato 2259/2021 non nega la possibilità per la stazione appaltante di esternalizzare i servizi strumentali, fra cui la biglietteria, né di affidare in toto i servizi in modalità integrata. L'art.117, co.3, terzo periodo del Codice dei beni culturali, come novellato ad opera dell'art. 8 del D.L. n. 76/2020, legittima siffatta interpretazione, tenuto conto che la scelta della p.a. di internalizzare i servizi aggiuntivi rappresenta la strada maestra per la valorizzazione del bene culturale e, viceversa, l'esternalizzazione percorribile solo se più funzionale allo scopo (si richiama la sentenza n.6868/2023 di questo Tribunale);

c) il Parco ha predisposto, a dispetto di quanto opinato dalla ricorrente, un esaustivo documento di valutazione comparativa, ex art.115, co.4 D.Lgs.n.42/04;

- quanto al Cns, si eccepisce l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, per carenza di interesse e, comunque, la sua infondatezza con riguardo alla posizione di Cns (primo graduato), il cui piano di riassorbimento rispetta sia l'art.26 del disciplinare di gara che l'art.4 ccnl multiservizi, nell'interpretazione costituzionalmente orientata. Anche il secondo motivo è infondato e vieppiù irricevibile, dal momento che la ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente le determinazioni programmatiche ("provvedimento del 27 aprile 2022, recante "Integrazione giuridica ex art. 115, comma 4, del Codice dei beni culturali, nonché il provvedimento del 10 maggio 2022, recante "Progetto di gestione dei servizi di biglietteria per il pubblico. La visione del

Parco") o, al più, il bando di gara, del 10.10.2022. Il motivo è comunque infondato nel merito, per le ragioni già scrutinate nel merito dal Tribunale nella sentenza n.6868/2023.

7. All'udienza del 19 luglio 2023 la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

8. Il ricorso è infondato.

8.1 Con il primo motivo, parte ricorrente contesta la mancata applicazione della clausola sociale, siccome prevista dall'art.4 del ccnl multiservizi e dall'art.26 del disciplinare di gara, nei piani di assorbimento presentati dai concorrenti che precedono la ricorrente (quarta graduata). In via subordinata, si impugna la suddetta disposizione di *lex specialis*, laddove interpretata nel senso di consentire riassorbimenti alquanto parziali dell'attuale forza-lavoro.

In via preliminare, occorre considerare le eccezioni di inammissibilità del motivo di ricorso, per carenza di interesse, sollevate dalle parti intimato.

In particolare, la difesa del Consorzio Primo Nomine ritiene che l'inammissibilità del motivo discenda dalla supposta violazione del principio "venire contra factum proprium", atteso che l'importo indicato dalla ricorrente per costi di manodopera (euro 11.844.239,00) è inferiore a quello indicato dai concorrenti che la precedono in graduatoria. Ad avviso della difesa del Cns, invece, la carenza di interesse risiederebbe nella stessa collocazione in giudizio della ricorrente (quarta), con conseguente impossibilità di acquisire il bene della vita primario (l'aggiudicazione).

Ad avviso del Collegio, la eccepita carenza di interesse, ergo l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, è soltanto parziale, operando cioè esclusivamente con riguardo alle censure prospettate nei confronti dei concorrenti non aggiudicatari (diversi dal RTI Cns, dunque).

E' decisiva, in proposito, la circostanza che la Consip, su tali soggetti, in quanto non aggiudicatari non abbia attivato le verifiche di rito, fra cui quelle sulla correttezza del piano di riassorbimento presentata in gara. Ove infatti il Collegio accedesse all'esame delle censure che coinvolgono soggetti non aggiudicatari, si paleserebbe la violazione dell'art.34, co.2 cpa, che vieta al giudice di pronunciarsi "con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". Sia dal verbale di seduta della Commissione del 25.1.2023 (n.22, pag.2) che dalla prospettazione in giudizio a cura dell'Avvocatura erariale, si evince senza dubbio alcuno che la stazione appaltante ha proceduto alla verifica del profilo in questione limitatamente al concorrente primo graduato.

Per altro verso, invece, proprio la mancata (legittima) attivazione dei controlli in capo ai concorrenti non aggiudicatari, fa sì che non possano rilevare, quali ipotesi di inammissibilità *tout court* del primo motivo, né la collocazione in graduatoria della ricorrente, né la congruità del costo della manodopera da quest'ultima dichiarata in gara. Infatti, ove fosse accolta la censura sulla clausola sociale (nei confronti di Cns, s'intende per quanto sopra appena chiarito), la ricorrente conseguirebbe l'apprezzabile vantaggio di determinare l'annullamento dell'aggiudicazione, con la conseguente necessità, per la Consip, di riaprire il procedimento di gara con l'effettuazione dei controlli di rito sul secondo graduato (e, in linea teorica, sui restanti graduati).

Quanto, poi, alla congruità del costo per manodopera indicato in gara dalla ricorrente, la relativa valutazione spetterebbe pur sempre alla Consip stessa e, in astratto, non è di per sé motivo inoppugnabile di incongruità la circostanza che il costo dichiarato dalla ricorrente sia risultato inferiore a quello dei graduati che la precedono, essendo il costo per manodopera, in ultima analisi, il frutto di scelte organizzative dell'impresa, nella sua irripudicabile soggettività, da valutare a cura del competente organo della procedura selettiva.

Ciò posto, accedendo all'esame della censura, pur nei limiti summenzionati, la doglianza è comunque infondata nel merito.

Prima di esaminare funditus le censure, è opportuna una breve ricostruzione del quadro normativo e regolatorio in subiecta materia, a cominciare dalla disciplina dettata dalla *lex specialis*.

In argomento, l'art.26 del disciplinare di gara prevede: "Al fine di promuovere la stabilità occupazionale nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, e ferma restando la necessaria armonizzazione con l'organizzazione dell'operatore economico subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, l'aggiudicatario del contratto di appalto, limitatamente ai servizi di biglietteria, contact center, controllo accessi, è tenuto ad assorbire prioritariamente nel proprio organico il personale già operante alle dipendenze del fornitore uscente, come previsto dall'articolo 50 del Codice, e secondo i termini e le condizioni stabilite nelle Linee Guida ANAC n. 13 del 13.2.2019.

Ai sensi del combinato disposto del sopra richiamato art. 50 e dell'art. 51 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, il CCNL applicabile ai fini della clausola sociale è il CCNL Servizi di pulizia e servizi integrati/Multiservizi".

L'art.53-ter del CCN Multiservizi, in vigore dal 1.7.22 (e dunque applicabile *ratione temporis* alla presente gara, bandita il 3.10.2022), stabilisce: "In caso di cambio di appalto a parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali rispetto all'appalto cessato l'impresa subentrante, ove possibile e la propria organizzazione d'impresa consenta l'assorbimento di tutta la forza lavoro, si impegna a garantire l'assunzione degli addetti esistenti in organico sull'appalto risultanti da documentazione probante che lo determini almeno 8 mesi prima della cessazione, eventualmente proponendo anche contratti di lavoro con modulazione orarie diversa da quella precedente". In caso di cambio di appalto con modificazioni di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante - ancorché sia la stessa che già gestiva il servizio - sarà convocata presso l'Associazione territoriale cui conferisce mandato, o in assenza presso la Direzione Provinciale del Lavoro o eventuale analoga istituzione territoriale competente, ove possibile nei 20 giorni precedenti con la rappresentanza sindacale aziendale e le Organizzazioni sindacali stipulanti territorialmente competenti per un esame della situazione, al fine di armonizzare, ove possibile, le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità".

A livello di normazione primaria, occorre considerare il disposto di cui all'art.50 del D.lgs.n.50/2016, secondo cui "Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81".

Completa il quadro la disciplina recata dalla Linea guida n.13 dell'Anac (Linea guida a carattere non vincolante), che, fra l'altro, al par.3.2, dispone nel senso che "l'applicazione della clausola sociale non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e

con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici)".

Ad avviso del Collegio, non vi è disarmonia fra le previsioni recate dall'art.26 del disciplinare di gara e quelle previste dall'art.53-ter del ccnl multiservizi, né fra tali previsioni e quelle considerate dalla normativa primaria o dalla regolazione dell'Anac (peraltro a carattere non vincolante), siccome interpretate alla luce dei principi eurounitari e costituzionali che la giurisprudenza amministrativa ha individuato.

Non è condivisibile, al riguardo, la tesi di parte ricorrente secondo cui l'applicazione della clausola recata dal ccnl Multiservizi comporterebbe l'applicazione, doverosa per i concorrenti in forza della volontaria accettazione della disciplina collettiva, di una disciplina più severa in tema di riassorbimento del personale della ditta uscente, in termini di una tendenziale obbligatorietà del riassorbimento per la forza-lavoro uscente.

Infatti, anche nell'ipotesi in cui non vi siano modifiche nelle prestazioni contrattuali, l'art.53.ter, al co.4, del vigente ccnl Multiservizi, stabilisce che l'obbligo di riassorbimento opera "ove possibile e la propria organizzazione d'impresa consenta l'assorbimento di tutta la forza lavoro". Tale clausola limitativa, del resto, è pienamente in linea con l'orientamento della giurisprudenza, secondo cui "in sede di gara pubblica alla clausola sociale non può essere attribuito un effetto automaticamente e rigidamente escludente e non può pertanto essere intesa nel senso di comportare un obbligo assoluto per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa in quanto l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente deve essere temperato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto" (da Consiglio di Stato, 29.11.2021, n.7922; v., in senso conf., Consiglio di Stato, 11.10.2021, n.6784; Consiglio di Stato, 3.6.2022, n.4539: "Nella lex specialis la clausola cd. sociale va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore

economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, anche perché solo in questi termini essa è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa, secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, VI, 24 luglio 2019, n. 5243; 21 luglio 2020, n. 4665; V, 12 febbraio 2020, n. 1066; Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; anche Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885); alla luce di tali principi va anche escluso che la clausola sociale possa implicare la necessaria conservazione dell'inquadramento e dell'anzianità del lavoratore assorbito dall'impresa aggiudicataria"; si v., ancora, Tar Genova, 7.6.2022, n.439; Tar Roma, 18.10.2019, n.12052).

Nella fattispecie in esame, la previsione della *lex specialis* (nella misura in cui impone un obbligo di riassorbimento prioritario del personale della ditta uscente, sia pure temperato dall'applicazione dei principi euronitari, dall'organizzazione d'impresa prescelta dall'affidatario e dalle esigenze tecnico-organizzative richieste dal nuovo contratto) è, se possibile, più restrittiva di quella contemplata dall'art.53-ter del ccnl Multiservizi, laddove, al co.5, in caso di cambio d'appalto con modifiche sostanziali al capitolato prestazionale (come nel caso in esame, vista la riduzione dei servizi e delle sedi, rispetto all'attuale sistema concessorio) non si contempla l'obbligo di riassorbimento, ma l'instaurazione di una procedura conciliativa presso la competente Direzione provinciale del Lavoro

al fine di armonizzare, ove possibile, le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, tenuto conto delle condizioni professionali e di utilizzo del personale impiegato, anche facendo ricorso a processi di mobilità da posto di lavoro a posto di lavoro nell'ambito dell'attività dell'impresa ovvero a strumenti quali part-time, riduzione orario di lavoro, flessibilità delle giornate lavorative, mobilità".

Tanto chiarito in merito all'esatta perimetrazione dell'obbligo di riassorbimento discendente dalla clausola sociale, il Collegio è dell'avviso che la valutazione di conformità della stazione appaltante circa il piano di riassorbimento presentato dal RTI Cns sia immune dai vizi ascritti, per quanto di seguito esplicitato.

Nel predetto piano di riassorbimento, Cns propone di riassorbire complessivamente 73 dipendenti attualmente impiegati nell'esecuzione dei servizi, di cui 19 per la biglietteria e 54 per il controllo accessi, esponendo nel complesso, per tali figure, un costo complessivo annuale di euro 2.409.157, pari, per il quadriennio di vigenza dell'appalto, ad euro 9.636.629 euro. Peraltro, in sede di giustificazioni della manodopera, Cns ha palesato di avere stimato, in via prudenziale, un accantonamento per euro 399.148,58, talchè il costo complessivo per manodopera indicato in gara ammonta ad euro 12.106.126,50 (includendo anche la stima per i servizi cd. addizionali).

In proposito, occorre rilevare dapprima che, rispetto all'attualità (regime concessorio), l'appalto de quo concerne unicamente i servizi di biglietteria, controllo accessi e servizi di contact center, laddove allo stato si erogano, congiuntamente, anche prestazioni che ineriscono alla valorizzazione dei beni culturali (didattica, libreria, ecc.).

Peraltro, sempre con riguardo alla perimetrazione oggettiva dell'obbligo prioritario di riassorbimento, va evidenziato che, in disparte la biglietteria (e il correlato servizio del controllo accessi), che senza dubbio presuppongono l'impiego in situ del personale (anche di quello riassorbito, evidentemente), le funzionalità relative al contact center sono realizzate in modalità da remoto, in locali propri del fornitore (cfr. art.6 del capitolato tecnico, rif. pag.41), talchè, del tutto correttamente, con il chiarimento n.39, la stazione appaltante ha confermato l'interpretazione proposta, in merito all'insussistenza dell'obbligo di riassorbimento del personale in questione, laddove il concorrente sia già in possesso di una propria struttura in grado di gestire autonomamente tale funzionalità.

Inoltre, come efficacemente rilevato dall'Avvocatura erariale:

- la gara per cui è controversia determina una altrettanto significativa riduzione delle sedi: Colosseo, Foro Romano, Palatino e Domus Aurea (invece all'attualità: Colosseo, Foro Romano, Palatino, Domus Aurea, Terme di Caracalla, Appia Antica (Villa dei Quintili e Cecilia Metella), Crypta Balbi, Terme di Diocleziano, Palazzo Massimo, Palazzo Altemps).

- l'allegato IV al disciplinare di gara (elaborato sulla base dei dati forniti dall'attuale fornitore) riporta il numero complessivo del personale impiegato nei servizi, senza tuttavia menzionare l'effettivo impiego prestazionale nei siti, e oltretutto ricomprendendo, nei servizi soggetti a riassorbimento, anche la voce "accoglienza", non ricompresa nei servizi dedotti in appalto.

In sintesi, non sono state fornite sufficienti ragioni o indizi per dubitare che, a fronte dei 141 operatori indicati nell'Allegato IV (riferito, come detto in precedenza, ricomprende anche l'accoglienza e diverse sedi non più oggetto dell'affidamento), l'RTI Cns non possa svolgere i servizi dedotti nel nuovo capitolato di gara, limitatamente alle funzioni in questione (biglietteria e controllo accessi) con la forza lavoro riassorbita (73) e, ulteriormente, che il numero di lavoratori assorbiti sia talmente esiguo (o irrispettoso delle prescrizioni di capitolato), da fare ritenere che esso rifletta non già una legittima scelta imprenditoriale (della quale in ogni caso risponderà, verso la stazione appaltante, ai sensi del regolamento contrattuale), piuttosto che la conseguenza della volontà di violare la clausola sociale, così come configurata nelle lex specialis e dalla ccnl Multiservizi, da parametrare comunque ai principi eurounitari e costituzionali della libera concorrenza e dell'autonomia dell'attività imprenditoriale. Prova ne sia, al di là di ogni ragionevole dubbio, che lo stesso Raggruppamento oggi concessionario (Electa-CoopCulture), con la nota del giorno 8.9.22 (v. all.to 9 deposito Avvocatura erariale dell'8.5.2023), riscontrando l'avviso di pre-informazione della gara, segnalava a Consip: "Si stima che le mutate condizioni del servizio da affidare renderanno "candidabili" ad un possibile "cambio appalto" un numero di lavoratori pari a nemmeno il 50% dell'attuale forza lavoro impiegata, lasciando le oltre restanti 120 famiglie, molte delle quali monoreddito e con figli a carico, senza lavoro".

Analogamente, non sono meritevoli di favorevole deliberazione né le censure sui costi per la manodopera indicati da Cns, non indicando parte ricorrente alcuna violazione dei minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva (e incorporati nelle tabelle ministeriali), né quelli sulla formalità della dichiarazione resa in materia di piano di assorbimento, la quale rispetta il tenore richiesto dall'art.26 del disciplinare di

gara (“Il concorrente all’atto della presentazione dell’offerta dovrà presentare, con le modalità indicate al precedente paragrafo 17, il Piano di Assorbimento atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico)”).

8.2 Il secondo motivo di ricorso tende alla caducazione dell’intera procedura di gara. La società ricorrente ha contestato la violazione degli artt.115 e 117 del D.Lgs.n.42/04, nella misura in cui si è dato corso ad una procedura di appalto per il solo servizio di biglietteria, unitamente a servizi a questo accessori (es. controllo accessi) senza la necessaria integrazione con la principale componente della valorizzazione culturale, oltre tutto in pretesa elusione del giudicato (rif. sentenze Consiglio di Stato nn.ri 5773/2017 e n. 2259/2021), approdando ad una gara complessivamente irrazionale, non rispettosa sia del dettato normativo che della vocazione primaria alla promozione dei beni culturali.

Le parti intime hanno sollevato eccezioni ed hanno offerto puntuali controdeduzioni nel merito.

Il Collegio è dell’avviso di prescindere dallo scrutinio preliminare delle eccezioni in rito e, stante la manifesta infondatezza della doglianza, esaminare direttamente il merito, anche avuto riguardo alla sussistenza del recente precedente vagliato dal Tribunale (sentenza n.6868/2023) circa il medesimo bando di gara.

In primo luogo, occorre evidenziare che, in alcun modo, il vigente ordito normativo obbliga ad esternalizzare i servizi di valorizzazione culturale, né ad affidare quest’ultimi in modalità integrata con i servizi accessori o strumentali (es. biglietteria).

Tali conclusioni risultano avvalorate dalla lettura delle summenzionate sentenze del Consiglio di Stato. Nella sentenza n.5773/2021 il Supremo Consesso ha annullato la gara, affidata secondo il regime concessorio, in cui i servizi cd. strumentali (nel cui novero rientra la biglietteria) erano ritenuti prevalenti su quelli afferenti alla valorizzazione dei beni culturali (cd. servizi aggiuntivi). La sentenza n.2259/2021 ha accolto il ricorso in ottemperanza promosso dallo stesso operatore economico e, per l’effetto, ha dichiarato nulle, per elusione del giudicato, le disposizioni della lex specialis della successiva gara bandita dall’Amministrazione, sempre tramite il ricorso al modulo concessorio, nella quale, ancora una volta, il valore della componente strumentale della biglietteria assumeva valore preminente rispetto a quelli di valorizzazione (cd. “servizi aggiuntivi”, es. assistenza alla visita, ecc.).

In entrambe le pronunce, il Supremo Consesso ha affermato la necessità che, in ossequio al principio ricavabile dall’art.115, co.1 e 4 del D.Lgs.n.42/04, l’esternalizzazione dei servizi aggiuntivi venga prescelta solo se tale modello consenta di valorizzare al meglio il patrimonio culturale, laddove la strada maestra resta quella dell’internalizzazione.

La conferma dell’assunto che precede si ricava dal combinato disposto di cui ai commi 1 e 4 dell’art.115 D.Lgs.n.42/04 (“Le attività di valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica sono gestite in

forma diretta o indiretta” ...” lo Stato, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali ricorrono alla gestione indiretta al fine di assicurare un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali. La scelta tra le due forme di gestione indicate ai commi 2 e 3 è attuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia, sulla base di obiettivi previamente definiti”).

Nella sentenza n.2259/2021 il Consiglio di Stato afferma a chiare lettere che “l’amministrazione non ha l’obbligo di esternalizzare la gestione di siffatti servizi ben può procedere con la gestione diretta, a norma dell’art. 115, comma 2. Nel determinarsi all’esternalizzazione, deve valutare la convenienza di tale formula alternativa rispetto al superiore obiettivo della valorizzazione culturale. L’eventualità dell’esternalizzazione è invero solo una modalità alternativa alla gestione diretta, in proprio, da percorrere solo se davvero risulta più proficua al fine esclusivo – appunto – del potenziamento della conoscenza del bene medesimo e di quanto contiene come istituto o luogo della cultura”.

Analogamente, dal sistema normativo delineato dagli artt.115 e 117 non deriva nemmeno l’obbligo di affidamento congiunto fra servizi “aggiuntivi” (valorizzazione culturale), individuati dall’art.117, co.2, e “strumentali” (accessori a quelli di promozione culturale, come ad esempio la biglietteria).

In tal senso, è illuminante la previsione recata dall’art.117, co.3, sia al primo che al terzo periodo, come novellati ad opera della L.n.120/2020.

Entrambe queste disposizioni ammettono:

a) la possibilità di gestione in forma integrata di servizi “aggiuntivi” e “strumentali” (primo periodo), con espressa menzione dei servizi di biglietteria;

b) la possibilità di affidare tali servizi tramite il ricorso al modulo dell’appalto. La disposizione recata dal terzo periodo (“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”), con l’utilizzo della congiunzione disgiuntiva “e”, posto che la possibilità di gestione integrata fra servizi “aggiuntivi” e servizi “strumentali” è espressamente prevista al primo periodo (“I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria”), va giocoforza interpretata nel senso che la norma, nel chiaro intento di lasciare spazio alla discrezionale valutazione della stazione appaltante, ammette anche la possibilità di affidare, tanto i servizi “aggiuntivi” che quelli “strumentali” sia in modo disgiunto (ovvero limitato ad un solo servizio) che congiunto (appalto che ricomprenda una pluralità di servizi “aggiuntivi” o di servizi “strumentali”).

In disparte quanto precede, giova comunque rilevare che la formulazione letterale delle prefate disposizioni, laddove esse utilizzano le forme verbali “possono” o “è ammessa”, sta a maggior ragione ad indicare che, ferma la facoltà ivi contemplata, la regola di base è l’affidamento disgiunto dei vari servizi, con distinte procedure selettive per i vari servizi che vengono ad emersione.

Quindi, in definitiva, la scelta dell'Amministrazione di avviare una procedura d'appalto per il solo servizio "strumentale" di biglietteria è certamente in linea con il quadro normativo vigente. D'altra parte, l'intento superiore del legislatore è quello di evitare che i servizi "strumentali" possano avere rilevanza preponderante rispetto a quelli "aggiuntivi" (valorizzazione culturale), soprattutto in riferimento alla fissazione dei requisiti di capacità economica e tecnica per l'accesso alla procedura selettiva, talchè l'affidamento del solo servizio "strumentale" di biglietteria evita in radice tale possibile distorsione.

Come già ritenuto da questo Tribunale nel precedente scrutinato con sentenza n.6868/2023, nel documento programmatico redatto ex art.115, co.4 D.Lgs.n.42/04 (v., all.ti 10,11 deposito di parte ricorrente del 3.5.2022), trasmesso alla Consip, il Parco Archeologico del Colosseo (ossia la competente struttura del Ministero della cultura) ha compiutamente valutato sia la preferenza della gestione internalizzata, ritenuta più rispondente all'esigenza di fare fronte alla rapida evoluzione del fenomeno turistico ed alle numerose criticità (economiche e gestionale) palesate dal modello concessorio-integrato, in essere a tutt'oggi. Nella predetta relazione, fra l'altro, si mette in evidenza, in modo specifico, la criticità legata alla formazione di una soverchiante posizione di forza del concessionario anche nel processo di vendita dei biglietti, e nella difficoltà, per la struttura concedente-committente, di acquisire informazioni sensibili circa l'andamento della gestione e di apportare-concordare con l'affidatario eventuali azioni correttive-modificative. La scelta del Parco appare quindi immune dalle censure ascritte, nella misura in cui ha ritenuto di internalizzare i servizi di valorizzazione culturale, di impronta strategica, lasciando al modello concessorio i soli servizi, non strategici, per i quali la struttura in house non possiede specifiche professionalità (es. bookshop) e facendo ricorso all'appalto, in modalità separata dalla gestione dei servizi di valorizzazione, per i servizi a carattere operativo (es. la biglietteria).

La gara per la biglietteria (e dei servizi accessori, inseparabili, del controllo accessi e del call center) si pone all'interno dell'odierno quadro normativo, per come ulteriormente delineato dal Consiglio di Stato nelle summenzionate pronunce, superando altresì le criticità rilevate da Palazzo Spada con particolare riguardo alla pericolosa commistione con l'affidamento dei servizi "aggiuntivi", con il parallelo abbandono del modello concessorio (salvo che in limitati settori, non strategici, come quello della ristorazione o della vendita di libri).

Il servizio di biglietteria (e dei relativi servizi accessori), gestito in appalto, per come declinato nel Capitolato tecnico, si appalesa di natura eminentemente operativa, ben schedato e da eseguire in conformità alle istruzioni impartite dalla committente (cfr. art.2.5 denominato "politiche di ticketing") e, dunque, in modo allineato con la gestione complessiva del Parco e senza interferenze potenzialmente nocive quanto all'obiettivo di gestione e valorizzazione del patrimonio culturale.

9. Per quanto precede, il ricorso, siccome integrato da motivi aggiunti, va respinto, in quanto infondato.

Il Collegio, nel rispetto delle disposizioni sulla sinteticità degli atti processuali (artt. 3, comma 2 e 120, comma 10, c.p.a.) e dei principi della domanda (art. 39 e art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (art. 34, comma 1, c.p.a. e art. 112 c.p.c.), ha esaminato tutte le questioni e le censure evocate nei gravami, ritenendo che eventuali profili non scrutinati in modo espresso siano comunque da

respingere alla luce della motivazione complessivamente resa oppure che non siano rilevanti per la soluzione della causa (cfr., Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 27 aprile 2015, n.5).

Le spese di giudizio seguono l'ordinario criterio della soccombenza della parte ricorrente nei confronti delle parti intime e costituite in giudizio, per venire liquidate come indicato in dispositivo, mentre deve omettersi l'addebito nei confronti di Aditus s.r.l., non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e siccome integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Condanna altresì la parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, in favore delle parti intime, liquidate complessivamente secondo la seguente modalità:

- euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, in favore della Consip S.p.A. e del Ministero della cultura, in solido fra loro;

- euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, in favore di C.N.S. Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

- euro 2.000,00 (duemila/00), oltre accessori di legge, in favore del Consorzio Stabile Primo Nomine. Nulla nei confronti di Aditus s.r.l.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2023, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Igor Nobile, Referendario, Estensore

Michele Tecchia, Referendario

L'ESTENSORE

Igor Nobile

IL PRESIDENTE

Francesco Riccio

IL SEGRETARIO