

Publicato il 31/12/2019

N. 01772/2019 REG.PROV.COLL.

N. 01223/2019 REG.RIC.



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 1223 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Opera Laboratori Fiorentini s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Franca Iuliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Regina Margherita 1;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Tommaso Di Nitto, Gianpaolo Ruggiero, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Tommaso Di Nitto in Roma, via Antonio Gramsci, 24; Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del bando di gara recante “gara a procedura aperta ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016 e s.m.i. per l'affidamento in Concessione dei Servizi Museali presso i Musei del Bargello per il Ministero per i Beni e le Attività Culturali – ID SIGEF 2132 - CIG 7984719E8D”, pubblicato il 26.7.2019 e di tutti gli allegati;
- del Disciplinare di Gara e relativi allegati;
- del Capitolato Tecnico e relativi allegati, in particolare, del Piano Economico Finanziario di massima dei musei del Bargello;
- della Matrice dei rischi;
- dello schema del contratto di concessione;
- della determina a contrarre;
- di qualsiasi altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso conseguente, anche di estremi ignoti e non conosciuti inerenti alla predetta procedura;

per quanto riguarda i motivi aggiunti:

- della “*errata corrige*”, con la quale sono state apportate modifiche al Disciplinare, al Capitolato Tecnico e sono stati sostituiti gli allegati A ed H, pubblicata l’11.10.2019 sul sito della Consip S.p.A.;
- delle *errata corrige* con la quale, a rettifica alla documentazione di gara, è stato “sostituito” il documento allegato al Capitolato Tecnico – Allegato D PEF – Musei del Bargello NEW, pubblicata sul sito della Consip S.p.A. il 28.10.2019;
- del nuovo PEF – Allegato D al Capitolato Tecnico, pubblicato sul sito della Consip S.p.A. il 28.10.2019;
- dei chiarimenti pubblicati sul sito della Consip S.p.A. il 28.10.2019;
- dei chiarimenti pubblicati sul sito della Consip S.p.A. il 30.10.2019;
- di tutti gli atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo;

- di qualsiasi altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o conseguente, anche di estremi ignoti e non conosciuto inerente alla predetta procedura.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip s.p.a. e di Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2019 il dott. Riccardo Giani 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 l'atto introduttivo del giudizio la società ricorrente impugna il bando di gara, congiuntamente al disciplinare, al capitolato tecnico, al piano economico-finanziario di massima e gli altri atti come meglio in epigrafe indicati, a mezzo dei quali il Ministero per i Beni e le Attività Culturali, tramite Consip, ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento della concessione dei servizi museali presso i musei del Bargello (Museo Nazionale del Bargello, Museo delle Cappelle Medicee, Museo di Palazzo Davanzati, Museo di Casa Martelli, Complesso di Orsanmichele). Sostiene parte ricorrente che il piano economico-finanziario non sarebbe in grado di garantire il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa e la sua sostenibilità, in quanto gravato da errori materiali e concettuali e fondato su presupposti del tutto disancorati rispetto ai dati storici ed ai risultati di gestione corrente e/o realisticamente realizzabili, ciò con riferimento ai ricavi ipotizzati (e sovrastimati) per talune attività e ai costi sotto-stimati del personale. La ricorrente, che è gestore uscente, evidenzia di impiegare un numero di ore, per i dipendenti utilizzati, superiore a quelle indicate negli atti di gara, di applicare un CCNL diverso (Commercio, Terziario Distribuzione e Servizi, anziché Multiservizi) e di avere un

costo orario molto superiore. Si evidenzia anche la incongruità dei ricavi ipotizzati nonché errori di calcolo.

2 - Nei confronti degli atti gravati parte ricorrente formula le seguenti censure:

- con il primo motivo parte ricorrente articola i seguenti profili di doglianza: a) violazione dell'art. 115 d.lgs. n. 42/2004, che prevede che la esternalizzazione dei servizi deve mirare alla valorizzazione dei beni culturali; al contrario si ipotizza l'impiego di n. 34.479,00 ore annue di lavoro, a fronte delle n. 43.448,00 ore attualmente applicate per la gestione dei medesimi servizi, anzi di servizi superiori, avuto riguardo alla nuova apertura del bookshop del Museo di Casa Martelli; b) si sottostima il costo del personale, perché il CCNL Multiservizi prevede un costo orario, per il III livello, di € 17,36, mentre il PEF indica un costo di € 13,88 e la ricorrente applica attualmente una retribuzione oraria di € 20,10; c) le simulazioni, sia applicando il CCNL Multiservizi emendato di errori, che quello Commercio danno risultati di non sostenibilità economica, violando quindi la normativa che impone la sostenibilità economica delle concessioni; d) eccesso di potere nelle forme della carenza di istruttoria, illogicità manifesta e contraddittorietà ove solo si consideri che sono stati disattesi anche i dati, espressamente forniti dal concessionario uscente, relativi alla gestione in corso; mentre per la previsione di ricavi del bookshop del Museo di Casa Martelli, di nuova apertura, vengono stimati ricavi del tutto irrealistici;

- con il secondo motivo parte ricorrente censura la mancata realizzazione della finalità sociale che è propria della "clausola sociale": è previsto un piano di assorbimento del personale, che però non è fatto oggetto di valutazione e di attribuzione di punteggio; impone l'applicazione di un CCNL diverso da quello applicato al gestore uscente, con conseguenze peggiorative per i lavoratori; si contesta, poi, la legittimità della previsione del CCNL Multiservizi, il quale non offre la migliore tutela sociale ai lavoratori oltre a non trovare adeguata copertura

finanziaria nel PEF di gara; attualmente viene applicato un CCNL più favorevole e la ricorrente non potrebbe applicare CCNL diversi per porzioni diverse del proprio personale.

3 - Si sono costituiti in giudizio, per resistere al ricorso, il Ministero dei Beni e della Attività culturali e del Turismo e la CONSIP. La CONSIP ha eccepito la inammissibilità dell'impugnazione, per carenza d'interesse, non essendo state impugnate clausole della legge di gara impeditive della partecipazione, tant'è vero che la ricorrente ha presentato la propria offerta, che è in corso di valutazione, come quelle presentate da altri operatori economici.

4 - Con atto di motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato gli atti consistenti in rettifiche, errata corrige e chiarimenti mediante i quali CONSIP ha introdotto sostanziali modifiche alla legge di gara (riguardanti servizi, valori, PEF, costi, planimetrie e relativi spazi da assegnare) con inevitabili effetti sulla formulazione sia dell'Offerta Tecnica che di quella Economica, nonché del PEF. Nei confronti degli atti, come meglio in epigrafe indicati, parte ricorrente muove le seguenti censure:

- gli atti gravati integrano modifiche sostanziali della legge di gara, in quanto incidenti sulla formulazione dell'offerta tecnica, di quella economica e sul PEF; ciò in grave violazione degli artt. 60, 74, 79 del Codice dei contratti pubblici, che scandiscono regole, tempi e modi della redazione dei documenti di gara e delle loro modifiche; detti interventi andavano operati in conformità delle regole del *contrarius actus* ex artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge 241/90, alla luce della portata modificativa del contenuto delle obbligazioni contrattuali; viene eliminato il controllo accessi a Casa Martelli; si afferma, quindi, rispondendo al quesito n. 43, che “*il Piano Economico Finanziario di massima (Allegato D_PEF Musei del Bargello NEW) [...] non prevede una voce specifica relativa al costo del personale per il servizio di controllo accessi*”; si è in presenza di una modifica sostanziale della legge di gara funzionale a ridurre il costo del personale;

- gli atti sono inoltre illegittimi sulla base delle censure già articolate nel ricorso principale.

5 – Le parti resistenti contrastano anche i proposti motivi aggiunti.

6 – Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 17 dicembre 2019 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

7 – Il Collegio ritiene di soprassedere dall'esame della censura di inammissibilità, articolata da CONSIP, e di passare all'esame delle censure articolate nel ricorso e nei motivi aggiunti, stante la ritenuta infondatezza delle censure medesime.

8 – Le doglianze articolate in seno al primo motivo di cui al ricorso introduttivo del giudizio sono infondate, alla luce dei rilievi che seguono:

- non convince la censura di violazione dell'art. 115 del d.lgs. n. 42 del 2004, laddove prevede che l'esternalizzazione dei servizi museali deve mirare alla valorizzazione dei siti, a motivo del fatto che si assiste ad una riduzione del monte orario previsto nei nuovi piani di gestione rispetto al monte orario attualmente in essere; la tesi di parte ricorrente verrebbe infatti ad escludere nuove e più razionali forme di gestione, pur possibili anche nel rispetto dell'obiettivo di valorizzazione dei musei, imponendo per il futuro il quantitativo di manodopera attualmente utilizzato; si tratta di tesi, peraltro, in palese contrasto con la previsione dello stesso art. 115, comma 3, cit. che prevede la *“valutazione comparativa di specifici progetti”*, che possono tra loro differenziarsi anche per un diverso impegno orario del personale utilizzato;

- parte ricorrente afferma che *“il costo orario stimato dall'Amministrazione per la gestione del servizio ammonta ad € 13,88”*, il che comporterebbe un valore inferiore rispetto a quello del CCNL Multiservizi previsto come contratto applicabile dalla normativa di gara, ove il costo orario è di € 17,36; il calcolo è effettuato da parte ricorrente dividendo il costo annuo del personale stimato dall'Amministrazione (e risultante dagli atti di gara) per il numero delle ore calcolate da parte ricorrente per lo

svolgimento dei servizi previsti dalla legge di gara, che sarebbero 172.395,00 per l'intero quinquennio; tuttavia, come ben messo in luce dalle parti resistenti, il calcolo delle ore risulta errato, avendo parte ricorrente computato quasi 9.000 ore annue per il controllo accessi, che è invece previsto come automatizzato e quindi non necessitante di personale; ne consegue che, decurtando sui quinquennio le ore necessarie al suddetto controllo, il costo orario verrebbe ad essere pari a 18,70 per ora (costo complessivo del personale pari a € 2.392.073,00/monte orario complessivo di ore 127.870), superiore quindi al costo orario del CCNL Multiservizi;

- in ogni caso l'eventuale presenza di costi in parte sottostimati troverebbe sicuro assorbimento nell'utile medio di esercizio calcolato dal PEF, per tutta la durata della concessione, in € 744.651,00, con il risultato che specifiche e puntuali contestazioni di singole voce di costo (che peraltro comporterebbero un sindacato sostituito di merito da parte del giudice amministrativo) risultano inammissibili, in quanto comunque inidonee ad annullare il previsto utile e quindi a far saltare l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione;
- non convince neppure la censurata sovrastima dei ricavi previsti per il *bookshop* di Casa Martelli in quanto calcolati non già sui visitatori del museo ma sui possibili clienti dello *shop*, che è frequentabile anche autonomamente (cioè da chi non visita il Museo) e con collocazione assai centrale in Firenze.

9 – Del pari infondate le censure di cui al secondo motivo del ricorso introduttivo:

- in primo luogo parte ricorrente contesta la previsione della normativa di gara che prevede l'applicazione del CCNL Multiservizi, in luogo del CCNL Commercio sin ora applicato dall'operatore uscente; si tratta di censura infondata, poiché non sussiste un diritto dell'operatore uscente a che nella gara successivamente indetta venga fatto riferimento al CCNL da lui utilizzato; il parametro normativo è, in questa materia, l'art. 30, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2015 (*“Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e*

territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente”), che non risulta nella specie violata; certamente l'operatore è poi libero di applicare ai propri dipendenti un CCNL per essi più vantaggioso, il che è possibile anche conservando l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, riducendo i margini di utile;

- in secondo luogo risulta infondata la censura di violazione dell'art. 50 d.lgs. n. 50 del 2016, giacché la suddetta norma non prevede la valutazione e l'attribuzione di un punteggio ai piani di riassorbimento del personale di cui alla c.d. clausola sociale.

10 – Il Collegio ritiene infondati anche i proposti motivi aggiunti.

Non convince infatti l'assunto secondo cui con il chiarimento n. 43 (*“in relazione al quesito relativo al controllo accessi ... che, in conformità a quanto stabilito nel Capitolato Tecnico, il servizio è effettuato dal concessionario mediante tornelli automatici. Pertanto non è previsto personale dedicato allo svolgimento di tale servizio”*) avrebbe carattere innovativo, giacché già il Capitolato Tecnico stabiliva che il sistema di verifica degli accessi *“deve prevedere un tornello automatico che regoli il passaggio di un visitatore per volta”*. Né portata innovativa hanno gli altri profili impugnati, consistenti in mere rettifiche o *errata corrige*, che non incidono sulla portata sostanziale degli atti di indizione della agra; così si dica per la modifica della planimetria di Casa Martelli, per il chiarimento circa la presenza di un accesso per i non visitatori al bookshop di Casa Martelli e per gli altri atti richiamati.

11 – Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso e i motivi aggiunti devono quindi essere respinti, potendosi tuttavia compensare tra le parti le spese di giudizio, stante la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui connessi motivi aggiunti, li respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE
Riccardo Giani

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO