



Rivista Giuridica Europea

European Law Journal

ALESSANDRA CUTOLO

Le patologie del rapporto
concessorio autostradale

FEDERICA CAMPOLO

Chiarimenti sulle modalità di
applicazione dei CAM ristorazione
collettiva

(Nota a TAR Veneto, Sez. I, 4
gennaio 2021, n. 11)

PASQUALE LA SELVA

Naturagiuridica del *project financing*:
indagine sull'applicabilità della
disciplina dell'azione amministrativa
alla finanza di progetto ad iniziativa
privata

PAOLO MAMMOLA

Assegno non trasferibile e contatto
sociale qualificato: prolegomeni

MARIA CAMILLA SPENA

La gestione indiretta dei servizi
culturali di valorizzazione

RIVISTA GIURIDICA EUROPEA

DIRETTORE RESPONSABILE *Marina Valensise*

DIRETTORE SCIENTIFICO *Lucia Picardi*

CONDIRETTORE SCIENTIFICO *Maria Camilla Spena*

**COMITATO SCIENTIFICO
E DI VALUTAZIONE
(SCIENZE GIURIDICHE - AREA 12)**

Filippo Annunziata
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto dell'Economia Università degli Studi di Milano Bocconi)

Marco Calabrò
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli)

Barbara Cortese
(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Università degli Studi Roma Tre)

Ruggiero Dipace
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università del Molise)

Delia Ferri
(Professor of Law Maynooth University Department of Law)

Roberto Leonardi
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

Paola Lombardi
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Brescia)

Micaela Lottini
(Prof. associato di Diritto amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

Giuseppina Mari
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

Francesco Marone
(Prof. ordinario di Diritto Costituzionale Università degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)

Enrico Minervini
(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli Studi di Napoli Federico II)

Lucia Picardi
(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università degli Studi di Napoli Federico II)

Maria Alessandra Sandulli
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

Renata Spagnuolo Vigorita
(Prof. associato, idoneo ordinario, di Diritto Amministrativo Università degli Studi di Napoli Federico II)

DOCENTI STRANIERI

Cristina Fraenkel-Haeberle

Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Gleichstellungsbeauftragte Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer

Fernando Garcia Rubio

Profesor titular de Derecho Administrativo Universidad Rey Juan Carlos

Maria Teresa Carballeira Rivera

Profesora titular de Derecho Administrativo Universidade de Santiago de Compostela (Spagna)

Jan Lieder

Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg

Ana Muñoz Perez

Profesora titular de Derecho Mercantil Universidad Rey Juan Carlos

Francine Macorig-Venier

Professeur Droit Privé et Sciences criminelles Université Toulouse 1 Capitole

**SEGRETERIA DEL COMITATO
SCIENTIFICO E DI VALUTAZIONE**

Maria Camilla Spena

(Prof. aggr. di Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

COMITATO EDITORIALE

Flaminia Aperio Bella

(Ricercatore t.d. di tipo B in Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

Nicola Posteraro

(Assegnista di ricerca Diritto Amministrativo Università degli Studi di Milano)

Martina Sinisi

(Professore associato di Diritto amministrativo Università degli Studi Roma Tre)

Maria Camilla Spena

(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

Sabrina Tranquilli

(Assegnista di ricerca Diritto amministrativo Università degli Studi di Salerno)

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Alessandra Bifani Sconocchia

Aldo Iannotti della Valle

Paolo Mammola

Giusy Sica

EDITORE

Edicampus Edizioni

ISSN 2612-2995

ANNO IV, NUMERO 1

MESE DI LUGLIO 2021

INDICE

Le patologie del rapporto concessorio autostradale.....	1
<i>Alessandra Cutolo</i>	
Abstract.....	3
1. Premesse metodologiche e considerazioni introduttive.....	3
2. Dalle autostrade di “prima generazione” alle privatizzazioni.....	5
2.1. La concessione autostradale oggi: un istituto in bilico tra diritto pubblico e privato.....	13
2.2 Le convenzioni: convenzioni o accordi segreti?.....	19
2.3. La posizione di favore delle concessionarie	22
2.4. Le difficoltà dei nuovi affidamenti e gli affidamenti <i>in house</i>	27
3. La straordinaria evoluzione di Aspi.....	31
3.1. Il crollo del Ponte Morandi e le misure conseguenti	33
3.2. La violazione dell’obbligo di custodia e di manutenzione.....	37
3.3. Il sistema dei controlli	40
3.4. L’intervento della Corte costituzionale.....	43
4. La possibilità di risolvere unilateralmente il rapporto	48
4.1. Revoca o risoluzione? Rinegoziazione	52
5. Conclusioni.....	57
Chiarimenti sulle modalità di applicazione dei CAM ristorazione collettiva (nota a TAR Veneto, Sez. I, 4 gennaio 2021, n. 11)	61
<i>Federica Campolo</i>	
Abstract.....	61
1. Il caso di specie	63
2. Gli appalti verdi e i CAM: la disciplina di riferimento e l’evoluzione normativa	65
3. L’applicazione dei CAM ristorazione collettiva.....	73
4. Considerazioni conclusive	78
TAR Veneto, Sez. I, 4 gennaio 2021, n. 11	80
Appalti pubblici - Criteri ambientali minimi	80
Natura giuridica del <i>project financing</i>: indagine sull’applicabilità della disciplina dell’azione amministrativa alla finanza di progetto ad iniziativa privata	97
<i>Pasquale La Seva</i>	97
Abstract.....	97
1. Una breve introduzione.....	99
2. Alcuni cenni circa la natura giuridica del <i>project financing</i>	100

3. La struttura “bifasica” del project financing ad iniziativa privata nella giurisprudenza	106
4. Indeterminatezza e pluriqualificazione degli interessi pubblici: la ricerca di indici di pubblicità dell’attività amministrativa	110
4.1. L’iniziativa dell’operatore economico come momento d’avvio del procedimento (amministrativo) di scelta del promotore.....	114
4.2. La disponibilità del contenuto discrezionale del provvedimento di scelta del promotore: il ruolo del privato nell’attività discrezionale dell’amministrazione.....	116
4.3. Natura dei termini: verso la proponibilità dell’azione avverso il silenzio della P.A.?	121
4.4. Il preavviso di rigetto e la sua (in)applicabilità rispetto alla “specialità” della finanza di progetto.....	127
4.5. Le caratteristiche del provvedimento di scelta del promotore	129
5. Revocabilità del provvedimento e azionabilità della successiva fase di gara.....	134
6. Conclusioni.....	139

Assegno non trasferibile e contatto sociale qualificato: prolegomeni..... 145

Paolo Mammola

Abstract	145
1. Presupposti e scopo di una indagine.	147
2. Responsabilità della banca per pagamento di assegno non trasferibile: introduzione.....	153
3. L’approdo alle Sezioni unite del 21 maggio 2018, n. 12477.	159
4. Considerazioni di diritto cambiario.	163
5. Riflessioni a margine delle Sezioni unite.....	169
6. Assegno non trasferibile e obbligazione senza prestazione..	173

La gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione... 177

Maria Camilla Spena

Abstract.....	177
1. Considerazioni introduttive.....	179
2.1 L’affidamento a terzi dei servizi culturali e aggiuntivi: il rapporto tra concessione ed appalto. Distorsioni applicative.....	183
2.2. La sentenza del Consiglio di Stato 16 marzo 2021 n. 2259: analisi della controversia, profili dottrinali ed operativi.....	198
2.3 Sostenibilità economico-finanziaria della gestione integrata: punti di frizione tra valorizzazione e interessi privati.	202
3. Riflessioni sulle modifiche introdotte alla gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione e per il pubblico dopo la l. n. 120/20 (cd. Decreto Semplificazione).	205

La gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione

Percorsi normativi e giurisprudenziali sull'affidamento a terzi

MARIA CAMILLA SPENA

Abstract

Il contributo si propone di analizzare le modalità di gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione al fine di sostenere il necessario contributo dei privati nella fruizione del patrimonio culturale e nell'opera di rigenerazione sociale ed urbana dei territori. Il percorso di ricerca fa certamente i conti con l'attuale contesto di crisi economica che pone in risalto l'esigenza di un utilizzo strategico delle forme di collaborazione pubblico/privata per la gestione dei servizi pubblici o di pubblica utilità e per la realizzazione delle infrastrutture ad essi strumentali. Il *fil rouge* del lavoro è tracciato dallo studio dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale della materia, in ultimo dalle riflessioni sulle modifiche introdotte dalla l. n. 120 del 2020 (cd. Decreto semplificazioni) che ha innovato gli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (D.lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004). L'obiettivo è quello di individuare il punto di armonizzazione e di composizione fra le istanze di Autorità e libertà nel complesso processo di promozione e valorizzazione della "cultura".

The present work aims to analyze the different operating procedures connected to the topic of the indirect management of the cultural heritage in the prospective of enlightening and supporting the thesis of the unavoidability of the private parties' contribution in the context of fruition and enhancement of cultural assets as well as urban and social regeneration of territories. The research path has been influenced by the profound implications of the current economic crisis which has emphasized the need of a strategic use of the public-private partnership forms. The fil rouge of the present work is outlined by the study of the legislative and jurisprudential evolution of the topic and, ultimately, by the reflection upon the amendments introduced by the l. 120/2020 (cd. Decreto

semplificazioni) which innovated the articles 115 – 117 of the Code of Cultural Heritage. (D.lgs. n. 42/2004). The objective is to individuate the point of composition and harmonization between the instances of Authority and freedoms in the complex process of promotion and valorization of culture.

Sommario 1. Considerazioni introduttive - 2. La gestione indiretta dei servizi culturali: referenti normativi, analisi dell'evoluzione legislativa e prospettive critiche dopo il decreto semplificazioni n. 76/2020 - 2.1 L'affidamento a terzi dei servizi culturali e aggiuntivi: il rapporto tra concessione a terzi e affidamento di appalti pubblici di servizi. Distorsioni applicative. - 2.2 La sentenza del Consiglio di Stato 16 marzo 2021 n. 2259: analisi della controversia, profili dommatici ed operativi - 2.3 Sostenibilità economico-finanziaria della gestione integrata: punti di frizione tra valorizzazione e interessi privati - 3. Riflessioni sulle modifiche introdotte alla gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione e per il pubblico dopo la l. 120/20 (cd. Decreto Semplificazione).

1. Considerazioni introduttive

La disamina circa l'affidamento a terzi dei servizi nel settore dei beni culturali inerisce al più ampio dibattito circa la interrelazione tra valorizzazione ed esternalizzazione dei servizi pubblici culturali sottostante l'esigenza di una riconsiderazione complessiva delle politiche culturali e delle strategie gestionali¹. Il processo di emancipazione dalla situazione di monopolio statale nell'espletamento di tali attività ha consentito un massiccio coinvolgimento di altri soggetti in una logica bidirezionale. Tale assunto si pone in stretta sinergia con le premesse che hanno sorretto la grande riforma costituzionale del Titolo V: l'art. 118 Cost. come innovato dalla l. Cost. 3 del 18 ottobre 2001, ha attribuito, infatti, rango gerarchicamente sovraordinato al principio di sussidiarietà nella sua duplice estrinsecazione orizzontale e verticale. La complementarità della doppia accezione assegnata a tale principio si lega dalla relazione di consequenzialità effettuale tra i processi di rigenerazione territoriale - che premettono una rivitalizzazione del ruolo di regioni ed enti locali - e lo sviluppo della cultura e la finalità della pubblica fruizione che rappresenta l'obiettivo primario delle attività aventi ad oggetto il patrimonio culturale e che richiede un sistema di organizzazione e gestione efficiente, idoneo al soddisfacimento di tali scopi. È sulla scorta di tali considerazioni che si staglia la tesi della indefettibilità del contributo privato come risorsa per

¹ F. LIGUORI, *I servizi culturali come servizi pubblici*, 2018, n.3, <https://federalismi.it>; G. SCIULLO, I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare - una spesa, un investimento, in <https://Aedon.it>, n. 3/2017, M. DUGATO, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica*, in *Aedon*, 2, 2007; G. PIPERATA, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir.Amm.*, n. 4/2005, 963; sull'aspetto gestionale - organizzazione, S. CASSESE, *I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 673.

il miglioramento della fruizione del patrimonio culturale e dello sviluppo economico e sociale dei territori.

L'implemento delle relative forme di intervento è stata favorita, a partire dagli anni '90, dalla compresenza di fattori che occorre sinteticamente passare in rassegna: certamente decisiva è stata la diffusione delle teorie neoliberiste che hanno inciso non solo in quanto orientamento di politica economica *strictu sensu* ma anche in quanto sostrato metodologico sotteso all'operazione di disarticolazione della gestione del pubblico potere². Oltre a ciò, la crisi finanziaria e la connessa esigenza di sanare la drastica situazione debitoria dello Stato, ha reso impellente l'esigenza, segnatamente al settore dei beni culturali, non solo di dilatare il bacino delle fonti di materiale reperimento di capitale ma anche di implementare, sotto il profilo qualitativo, la *performance* delle attività di gestione e valorizzazione.

La strategia della esternalizzazione, che il Legislatore disciplina in una logica propulsiva³ - poggia, dunque, sull'interconnessione tra i principi di buon andamento, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa e la destinazione teleologica costituzionalmente imposta delle attività sul patrimonio culturale - la pubblica fruizione - emergente a chiare lettere nel dettato dell'art. 9 Cost.

Strumento tecnico normativamente previsto per la realizzazione di tali scopi è la concessione amministrativa che costituisce corollario applicativo della bipartizione dell'attività di gestione dei beni culturali operata dall'art. 115 del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 44. Accanto alla gestione diretta - che si realizza tramite "strutture organizzative interne alle amministrazioni", il legislatore consente, infatti, la devoluzione ai privati di tale funzione.

L'estrema centralità rivestita dallo strumento concessorio in tale

² Com'è noto, la teoria economica del neoliberismo, che ebbe notevole successo a partire dall'ultimo ventennio del IX secolo, propugna l'elaborazione di linee di politica economica imperniate attorno alla forza regolatrice del mercato e dall'assenza di un'ingerente intervento statale. I tre pilastri di tale orientamento sono, infatti, rappresentate da deregulation, privatizzazione e riduzione delle spese sociali. Per un approfondimento sul punto si veda M. FRIEDMAN, *Capitalismo e Libertà*, 1962, VON MISES, traduzione D. PERAZZONI, IBL Libri, Collana Mercato, diritto e libertà, 2010. Sul fallimento dell'interventismo statale, L. VON MISES, *I fallimenti dello Stato Interventista*, tradotto da E. DI NUOSCIO, E. GRILLO, L. DALU, RUBETTINO, 2011.

³ Si veda, innanzitutto, l'art. 6 del Codice dei beni culturali ove prevede che la Repubblica "favorisce e sostiene" l'intervento privato nel settore dei beni culturali.

contesto – seppur di recente temperata – riceve conferma dalla considerazione che la stessa rappresentava l'unico strumento di realizzazione della gestione indiretta sino all'entrata in vigore della legge n.120 dell'11 settembre 2020 (di conversione del d.l. n. 76/2020, cd. Decreto Semplificazioni)⁴. L'art 8, comma 7-bis, che interviene sull'art. 115 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, amplia gli strumenti di realizzazione della gestione indiretta affiancando alla concessione a terzi, l'affidamento di appalti pubblici di servizi⁵. Peculiari sono i termini di interazione tra questi due canali di convoglio dell'intervento privato in materia che saranno oggetto di specifica analisi nei paragrafi che seguono

La regolamentazione di un settore che prevede l'intervento dell'imprenditoria privata è operazione certamente complessa in quanto richiede la sapiente ponderazione di assetti di interessi confliggenti nonché la ricerca dell'equilibrio tra certezza normativa – obiettivo spesso adombrato in ragione di una produzione normativa patologicamente ipertrofica – rispetto dei principi proconcorrenziali del legittimo affidamento e della trasparenza e un certo grado di appetibilità delle procedure di affidamento. La carenza di capacità progettuali idonee a perseguire tali scopi costituisce l'essenza del vituperato insuccesso degli strumenti tecnici che consentono l'intervento privato.

In questo contesto, è evidente l'importanza del ruolo dello Stato, il quale facendo leva sul sistema dei valori ed incidendo sugli aspetti redistributivi oltre che riallocativi delle risorse, può realizzare il ruolo che gli compete: rispondere alle esigenze sociali e di riequilibrio delle opportunità culturali unitamente alla razionalizzazione delle risorse⁶. Convinzione e responsabilità costituiscono fattori che devono guidare l'attore politico a scelte precise e ai principi e valori etici. Attore politico che può orientarsi poi in base all'una o all'altra etica, ma come osservava Max Weber «ciò non significa che l'etica dei principi coincida con la mancanza di responsabilità e l'etica della responsabilità con una mancanza di principi»⁷.

⁴ G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, n.2, 2019, <https://www.Aedon.it>.

⁵ S. FOÀ, *Le forme di gestione (art. 115)*, n.1, 2004, in <https://www.Aedon.it>.

⁶ Sulla multidimensionalità del valore generato dalle istituzioni culturali, v. S. Baia Curioni, *I processi di produzione del valore nei musei*, <https://www.aedon.mulino.it>, 2/2008.

⁷ M. WEBER, 1919; tr. it. 2004, 109; D. D'Andrea, *Tra parlamentarismo e plebiscitarismo. La democrazia della decisione in Max Weber*, *Teoria politica*, n.9, *Annali IX*, 2019, 169-19; D. D'ANDREA, *Cent'anni dopo Max Weber e la politica come professione e vocazione*, in «Cam-

Gli studi sui processi di razionalizzazione amministrativa e di riforma dell'organizzazione intervenuti nell'amministrazione pubblica hanno tuttavia, evidenziato che il diffondersi di più burocrazie all'interno degli stessi modelli nazionali, con regole diverse tra loro, costituisce un indicatore d'inadeguatezza del sistema, e di non uniformità (di regole) inidoneo a garantire, a tutti i cittadini, un trattamento equo e conforme alla legge, di impedire gli eccessi di discrezionalità e di prevenire la corruzione. Dall'altro, la competitività dei mercati internazionali e la aumentata richiesta di servizi e di benessere hanno reso necessaria una maggiore innovazione ed efficienza delle organizzazioni delle istituzioni e dei privati. Necessità di riforma dell'apparato pubblico che per quanto riguarda il settore dei servizi pubblici è stata motivata dalle mutate condizioni economiche e sociali a livello internazionale, dal mutato rapporto tra politica e burocrazia, dal grado di complessità e diversa articolazione della pluralità degli attori e dei sistemi sociali, dal mutato rapporto con gli utenti e consumatori di servizi, oltre ai limiti del prelievo fiscale.

Altro fattore di accelerazione di alcuni processi già in atto nel campo dei servizi pubblici è attribuibile anche alla pandemia che nel settore culturale - fra i più colpiti dalle misure di distanziamento sociale - ha determinato una profonda trasformazione dei modelli gestionali ed organizzativi esistenti attraverso una digitalizzazione massiccia, unita alle tecnologie emergenti come la realtà virtuale⁸. Sviluppo di metodologie e soluzioni tecnologiche per l'accesso, mediato digitalmente, alle risorse e alle esperienze culturali che ha avuto un forte impatto sociale sull'intera economia. Tuttavia, gli effetti della crisi e la riduzione dei finanziamenti pubblici e privati per l'arte e la cultura anche a livello locale rendono indispensabile un sostegno pubblico reattivo e strategie per la ripresa,

bio. Rivista sulle trasformazioni sociali», n. 16, VIII, 2018, 203-213.

⁸ Durante l'emergenza Covid, i musei che nel corso degli ultimi decenni erano diventati un motore di sviluppo locale e punto di riferimento per molte comunità, hanno subito un brusco arresto dei programmi, solo parzialmente ammortizzato dalle nuove offerte digitali; forzate interruzioni di servizio e difficoltà operative che hanno messo in crisi numerosi rapporti tra concedente e concessionario. UNESCO (5/2020). Rapporto UNESCO: I musei di tutto il mondo di fronte a COVID-19, UNESCO, Parigi, <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373530>; American Alliance of Museums sollecita il Congresso degli Stati Uniti a includere 4 miliardi di dollari per i musei senza scopo di lucro nella COVID-19 Economic Relief Legislation, <https://www.aam-us.org/2020/03/19/american-alliance-of-muse>.

per evitare il ridimensionamento dei settori culturali e creativi. Il cambiamento sembra quindi costretto in percorsi tra loro diversi, non solo tra paesi ma anche tra comparti e amministrazioni che fanno parte della burocrazia pubblica.

2. La gestione indiretta dei servizi culturali: referenti normativi, analisi dell'evoluzione legislativa e prospettive critiche.

I fattori di impulso del processo di esternalizzazione, come si è anticipato, vanno ravvisati nella scarsità di risorse economiche statali e nella necessità di garantire una efficace ed efficiente gestione del patrimonio culturale⁹. Occorre preliminarmente chiarire che la nozione di esternalizzazione, altresì denominata *outsourcing*, non rinviene una definizione univoca in dottrina ma costituisce la sedimentazione di elaborazioni, spesso eterogenee, sviluppatasi nel tempo anche alla luce delle innovazioni legislative. Sulla base di un'interpretazione diffusa, la nozione ricomprende più ipotesi tra loro differenti: a) l'ipotesi comune in cui soggetti terzi svolgono vere e proprie funzioni o servizi inerenti la gestione del bene; b) ipotesi in cui, in stretta connessione con la gestione del bene culturale e con le attività istituzionali di fruizione pubblica, sono affidati all'esterno alcuni servizi aggiuntivi destinati all'utenza, non necessari, in linea di principio, per assicurare la piena fruizione dei beni; c) ipotesi in cui all'esterno sono affidate alcune attività meramente strumentali (pulizia, vigilanza, ecc.).

I diversi casi – posto che possano variamente intrecciarsi e combinarsi tra loro¹⁰ – devono svolgere una duplice funzione: da una parte, apportare miglioramenti qualitativi al godimento del bene,

⁹ Cfr. L. CASINI, *Ereditare il futuro, Dilemmi sul patrimonio culturale*. Il Mulino, 2017. Affronta alcune delle problematiche che investono la politica culturale in Italia rileva come alcune questioni – quale natura verso cultura, o pubblico verso privato, o *in house* verso *outsourcing* – si intrecciano con l'assetto delle istituzioni chiamate a risolverle. È indefettibile, dunque, adottare misure non solo a breve o medio periodo ma “oltre il presente” perché il patrimonio culturale non è solo memoria del passato, ma anche eredità del futuro.

¹⁰ Cfr. M. LIPARI, in A. MARI (coordinamento scientifico), L. LUNGI, P. BUCCELLI, A.G. ARABIA, M. CONTICELLI, M. LIPARI, R.G. MARINO, A. SARTORE (gruppo di ricerca), *Valorizzazione e fruizione dei beni culturali tra gestione diretta e indiretta*, 2004, tratto da www.sna.gov.it. C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del Patrimonio culturale*, Il Mulino, 2017.

dall'altra, favorirne una diffusione efficiente tale da poter fungere da strumento di promozione della cultura e di sviluppo della coscienza civile.

Alle ultime due ipotesi elencate fa riferimento l'art. 117 del Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio, rubricato "*Servizi per il pubblico*", il cui primo comma dispone in tema di servizi aggiuntivi che "*Negli istituti e nei luoghi della cultura indicati dall'art. 101 possono essere istituiti servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico*".

Il successivo comma specifica puntualmente le attività di cui fa menzione il comma primo, annoverando, tra le altre, la gestione di punti vendita, i servizi di accoglienza, compresi quelli di intrattenimento per l'infanzia e i servizi di informazione, i servizi di caffetteria, ristorazione e di guardaroba, l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali. L'art. 117 del Codice si ispira agli artt. 112 e 113 del d.lgs. 29 ottobre 1999 n.490, Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali che costituiva il referente normativo di riferimento in tema di gestione del patrimonio culturale prima della sua parziale abrogazione ad opera dall'attuale Codice dei beni culturali. La menzionata disciplina rinveniva, a sua volta, la propria origine nella legge Ronchey (l. n. 4 del 14 gennaio 1993), rivoluzione copernicana nel processo di cd. de-pubblicizzazione nel settore culturale consentendo l'ingresso dei privati nell'attività di gestione e prevedendo l'affidamento agli stessi dei servizi aggiuntivi offerti al pubblico a pagamento, successivamente individuati dall'art. 112 del d.lgs. 490/1999 come servizi di assistenza culturale e di ospitalità.

I servizi di cui all'art. 117 rientrano nell'ambito delle attività di valorizzazione dei beni culturali in quanto funzionali "*a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e di fruizione pubblica del patrimonio stesso*": è questa, invero, la destinazione teleologica delle attività di valorizzazione e la condizione prima dell'intervento privato nel settore, così come specificato nel dettato dell'art. 6 dell'attuale Codice dei beni culturali.

Le attività di cui al comma 2 dell'art. 117 si connotano di una genetica eterogeneità al punto che parte della dottrina le ha definite "*congerie di attività, molto diverse tra loro, non sempre proprie di un'attività di sola valorizzazione né limitate a interventi che possano considerarsi di mero supporto a essa*"¹¹. In ragione di tale caratteristica, l'elencazione di

¹¹ C. BARBATI, in C. BARBATI, M. CAMMELLI e G. SCIULLO, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 218.

cui al secondo comma è stata ritenuta soltanto esemplificativa, e non esaustiva, in modo tale da potersi aprire anche ad altre fattispecie non espressamente previste. Tale opzione ermeneutica consente di attribuire alla norma una valenza non solo classificatoria ma idonea a disvelare un fondamentale approccio metodologico al tema con riguardo alla delicata operazione della qualificazione giuridica dei rapporti tra concedente e concessionario. Come autorevolmente osservato, infatti, in tale contesto “*anche le ulteriori e peculiari regole di disciplina dei rapporti conseguenti dovranno essere ricercate con puntuale attenzione alla natura mista delle attività*”¹². La portata di tale assunto ha, peraltro, trovato conferma nelle elaborazioni della giurisprudenza amministrativa in merito all’estensione delle garanzie richieste al concessionario: “*In presenza di un contratto che si caratterizza per la natura causale mista, comprendente aspetti funzionali sia dell’appalto di lavori che del servizio di vigilanza, ben può la p.a. estendere le garanzie assicurative di cui all’art. 30 l. n. 109 del 1994 a prestazioni diverse da quelle strettamente connesse all’esecuzione dei lavori e oggetto dei servizi aggiuntivi*”¹³. Il carattere profondamente variegato delle attività di cui all’art. 117, comma 2, è di immediata percezione: è agevole constatare come alcune si connotino per una preminente valenza commerciale – si pensi, ad esempio, la vendita di pubblicazioni, servizi di ristorazione, guardaroba – al contrario di altre categorie che, invece, esplicano una funzione prettamente orientata alla conservazione e manutenzione dei beni culturali – ci si riferisce, ad esempio, alle attività di pulizia e di sorveglianza; a queste si affianca un’altra serie di attività che rispondono a finalità di tutela e valorizzazione della cultura – di cui, ad esempio, le mostre e le manifestazioni considerate da parte della dottrina quali tipologia di attività che “*solo a fatica potrebbe comprendersi nell’ambito dei servizi generalmente ritenuti aggiuntivi*”¹⁴.

A fronte di tale varietà, è emersa l’esigenza di individuare gli strumenti tecnici adeguati ai fini del complesso esercizio di tali attività e servizi per il pubblico: a tale proposito, il legislatore ai sensi dell’art. 115, comma 3, come modificato dall’art. 8, comma 7 bis, lett. a), n.2 del d.l. n. 76/2020 (cd. Decreto Semplificazioni), convertito nella legge

¹² F. BOSETTI, *Art. 117*, in G. FAMIGLIETTI e N. PIGNATELLI, cit., 700.

¹³ TAR Campania, Napoli, Sez. I, 13 maggio 2004, n. 8714, in Foro Amministrativo, TAR 2004, 1507.

¹⁴ S. BELLOMIA, *Artt. 115-117*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali*, cit., 881; E. SILVESTRI, *Natura giuridica*, cit., 10.

11 settembre 2020, n.120¹⁵, prevede che la gestione indiretta delle attività di valorizzazione, anche in forma integrata, possa essere affidata a terzi oltre che mediante concessione anche tramite appalto pubblico di servizi. Questa opzione legislativa, se da un lato rivitalizza notevolmente tale ultimo strumento, temperando l'assoluta centralità della concessione nel settore dell'affidamento dei servizi culturali, dall'altro appare, *prima facie*, circoscrivere le modalità di gestione indiretta non agevolando lo strumento del *project financing* e le altre forme di partenariato pubblico-privato, previste nel D.M. 29 gennaio 2008¹⁶. Nel suindicato decreto, nel disciplinare la procedura di affidamento delle concessioni dei servizi aggiuntivi, si prevedeva che la pubblica amministrazione potesse ricorrere anche alle procedure di cui agli artt. 152 e ss. d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni, in tema di finanza di progetto – anche tramite costituzione di società (cfr. art. 156). Al riguardo, parte della dottrina ha evidenziato come, stante l'assenza di una esplicita menzione della finanza di progetto e delle altre forme di partenariato, il Legislatore avesse inteso escluderne l'utilizzo: la ragione di tale limitazione sarebbe connessa al tendenziale insuccesso di questi strumenti nel settore dei beni culturali derivante, a monte, da una relativamente scarsa appetibilità dell'impiego degli stessi anche a causa di una procedura eccessivamente articolata¹⁷. Tuttavia,

¹⁵ L'art. 8, c.7 bis della l.120/2020 di conversione del d.l.16 luglio 2020 n. 76, prevede al termine dell'art. 117, comma 3, d.lgs. n. 42/2004 l'inciso 'Qualora l'affidamento dei servizi integrati abbia ad oggetto una concessione di servizi ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lett. 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'.

¹⁶ Il Decreto del Ministero dei beni e le Attività Culturali M. 29 gennaio 2008, 'Modalità di affidamento a privati e di gestione integrata dei servizi aggiuntivi presso istituti e luoghi della cultura'. (GU n. 88 del 14-4-2008), all'art. 1, lett. d), qualifica 'servizi aggiuntivi: i servizi di assistenza culturale, di accoglienza e di ospitalità per il pubblico, nonché ogni altro servizio strumentale alla migliore valorizzazione e fruizione degli istituti e dei luoghi della cultura', consentendo, in presenza di particolari esigenze, il ricorso alle procedure di cui all'art. 152 del Codice dei contratti pubblici (comma 6).

¹⁷ Cfr. in proposito, Deliberazione n. 8/2016/G Corte dei Conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato che evidenzia l'assenza di esperienze applicative legate al *project financing* individuando, tra le regioni dell'insuccesso, anche "incertezze sul piano della regolamentazione" con particolare riguardo alla carenza di linee guida idonee a veicolare le operazioni economiche in questione.

stante la attuale vigenza del decreto ministeriale sopramenzionato, la finanza di progetto rientra tutt'ora nel novero delle modalità di gestione indiretta e, pertanto, il decreto semplificazioni non è valso ad operare una restrizione in tal senso.

La modifica dell'art. 115, comma 3 ad opera del cd. Decreto Semplificazioni, nel consentire il ricorso all'appalto, *è stata accompagnata da una* significativa specificazione nel successivo comma 4: nella gestione indiretta (attuabile sia con concessioni che con appalti pubblici di servizi) le amministrazioni possono progettare i servizi e i relativi contenuti, anche di dettaglio, ma devono, in ogni caso, mantenere il rischio operativo a carico del concessionario e l'equilibrio economico-finanziario della gestione. Tale previsione si applica, evidentemente, ai casi di ricorso simultaneo ai due istituti posto che l'assunzione del rischio operativo da parte dell'impresa privata è, come si vedrà, caratteristica propria del rapporto insorgente dalla concessione di servizi.

La norma in esame consente il ricorso alla gestione indiretta dei beni culturali qualora essa assicuri un miglior livello di valorizzazione dei beni culturali, e la scelta fra i due modelli di gestione diretta e indiretta deve essere effettuata mediante valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia sulla base di obiettivi previamente definiti. Tale possibilità, che è senz'altro aderente all'identità intrinsecamente eterolitica delle attività nel settore, ha tuttavia generato non poche distorsioni applicative che sono state oggetto di intensi dibattiti in dottrina nonché parte di importanti pronunce giurisprudenziali. Tale tematica sarà in seguito oggetto di specifica disamina.

Dal quadro delineato risulta che il ruolo del privato nell'ambito della valorizzazione può riguardare due distinti profili: il ruolo prettamente operativo di destinatario dell'affidamento dei servizi culturali e aggiuntivi, laddove l'amministrazione opti per il modulo gestionale indiretto e quello, all'opposto, legato ad attività di pianificazione. A tale ultimo riguardo, ai sensi dell'art. 112, comma 5 del Codice dei beni culturali, è attribuito allo Stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali il potere "di costituire appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani di cui al comma 4" (vale a dire dei piani strategici di sviluppo culturale). Quanto alla natura di tali soggetti, il Legislatore omette qualsiasi ulteriore specificazione: sarà di conseguenza possibile attingere dal bacino tipologico normativamente previsto.

Va peraltro evidenziato che ai soggetti di cui al comma 5 possono partecipare solo privati proprietari di beni culturali suscettibili di essere oggetto di valorizzazione, nonché persone giuridiche private senza fine di lucro, anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione, a condizione che l'intervento in tale settore di attività sia per esse previsto dalla legge o dallo statuto.

Il sistema della promozione della cultura può, dunque, realizzarsi sia tramite forme non associative - ad esempio convenzioni o accordi di programma - sia tramite forme associative liberamente determinabili. Trattasi di accordi finalizzati alla definizione di "strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica." Tali accordi "promuovono altresì l'integrazione, nel processo di valorizzazione concordato, delle infrastrutture e dei settori produttivi collegati" e possono riguardare anche "beni di proprietà privata, previo consenso degli interessati". La funzione sottesa a tali forme di programmazione è quella di garantire unitarietà alla pianificazione strategica partecipata¹⁸. Per espressa opzione legislativa, tali profili non possono, tuttavia, coesistere. L'art. 115, comma 3, ultimo periodo, stabilisce, infatti, che "i privati che eventualmente partecipano ai soggetti indicati all'art. 112, comma 5, non possono comunque essere individuati quali concessionari delle attività di valorizzazione". La *ratio* che giustifica la rigida scissione delle funzioni è quella di garantire un'attività di pianificazione strategica obiettiva ed equidistante rispetto agli interessi emergenti dalle operazioni oggetto di regolamentazione.

L'esternalizzazione dei servizi di valorizzazione, soprattutto per i siti museali, può risultare proficua da una serie di angoli prospettici: oltre a produrre nuove entrate per l'istituzione museale, consentirebbe, infatti, un impiego fruttuoso di risorse umane potendo determinare finanche uno slancio positivo nel settore occu-

¹⁸ La pianificazione strategica partecipata si pone un duplice obiettivo: favorire la messa a sistema degli strumenti e delle competenze dei diversi soggetti che operano sul territorio nel campo dei beni culturali e dello sviluppo locale, e di avviare la collaborazione inter istituzionale e tecnica tra i diversi livelli di governo titolari dei patrimoni nonché forme partenariato tra istituzioni e imprese pubbliche e private del territorio per la costituzione di reti e/o modelli gestionali innovativi e sostenibili finalizzate allo sviluppo della cultura e dell'identità culturale delle comunità locali.

pazionale¹⁹: gli organi di governo dell'istituto museale svolgono, invero, attività complesse idonee non solo a soddisfare la funzione di controllo rispetto ai servizi affidati a terzi ma anche alla risoluzione di macro problematiche sotto il profilo dell'impiego e della gestione delle risorse umane evitando così la dispersione di energie nella minuta gestione quotidiana.

In sostanza, l'esternalizzazione di servizi differenti e ulteriori rispetto a quelli aggiuntivi consentirebbe di migliorare la capacità di comunicazione del museo con i suoi visitatori e con l'esterno ed incrementare la partecipazione delle collettività locali alla sua vita ed alle sue iniziative²⁰. Ciò contribuirebbe a determinare un'implemento notevole di introiti anche grazie all'aumento del grado di appetibilità rispetto alle attività di volontariato, delle donazioni e delle sponsorizzazioni.

È d'uopo, infine, osservare che, come innanzi detto, la gestione di tali servizi per il pubblico è attuata nelle forme e modalità di cui all'art. 115 del Codice dei beni culturali che trovano la propria sintesi nella bipartizione tra gestione diretta e indiretta. Come correttamente osservato in dottrina, *“la scelta tra le forme di gestione non è fondata solo sulla convenienza finanziaria, ma richiede un più articolato sistema di best value, che nell'ipotesi affrontata dovrà riferirsi ai canoni dell'economicità, dell'efficienza e dell'efficacia. Il termine esternalizzazione o outsourcing è sicuramente termine molto ampio che può indicare soluzioni eterogenee, da un punto di vista economico ed organizzativo, accomunate dal fatto che, per il loro tramite, la pubblica amministrazione ricorre a soggetti esterni per assolvere propri compiti, anziché utilizzare la propria struttura organizzativa”*²¹. Tale assunto si evince a chiare lettere dal dettato del quarto comma dell'art. 115 che subordina l'operatività dei meccanismi di reperimento del contributo privato alla necessità di “assicurare un miglior livello di valorizzazione”. Come specificato dalla norma, è preliminare l'espletamento di una valutazione comparativa sia sotto il profilo della fattibilità economico-finanziaria e di efficacia e sulla base del perseguimento di obiettivi che devono essere previamente definiti. Tali vincoli sono posti a garanzia di un ri-

¹⁹ A.L. TARASCO, *La valorizzazione del patrimonio culturale tra project financing e gestione diretta: la difficile sussidiarietà orizzontale*, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 109.

²⁰ In tal senso, P.A. VALENTINO, *Dai servizi aggiuntivi al global service*, in *Notiziario del Ministero per i beni e per le attività culturali a cura dell'Ufficio studi*, nn. 71-73, gennaio-dicembre 2003, 131-132.

²¹ A. FERRETTI, *Diritto dei Beni Culturali e del Paesaggio*, Napoli, 2010, 271-272.

corso consapevole dell'apporto delle imprese private. La gestione indiretta deve essere, inoltre, attuata nel rispetto dei parametri di qualità fissati dal Ministero per i beni e le attività culturali, dalle Regioni e dagli altri enti territoriali ai sensi dell'art. 114 del Codice dei beni culturali.

Le considerazioni poc'anzi svolte assumono spiccata rilevanza ai fini dell'analisi che ci si appresta a svolgere in ordine alle problematiche insorte in sede applicativa quanto alla scelta dello strumento tecnico della gestione integrata.

La gestione integrata di certo rappresenta uno strumento tecnico dall'elevata potenzialità pratica: è non solo idonea ad ottimizzare le diverse fasi della gestione, agevolando le procedure di affidamento di servizi a terzi ma si pone anche come soluzione nei casi in cui il frazionamento delle procedure ne implichi una svalutazione qualitativa ovvero un aggravio sotto il profilo economico-finanziario. La sua duplice accezione ne implementa la funzionalità: è, invero, possibile dare luogo ad un affidamento integrato in senso orizzontale come in caso di gestione di servizi tra diverse entità omogenee – si pensi, ad esempio, alla presenza di più musei inerenti ad una rete museale territoriale –, o in senso verticale, se un unico soggetto affidatario prende a carico la gestione di differenti servizi offerti all'interno della medesima struttura. Al pari della ponderazione sottesa alla scelta tra gestione diretta e indiretta, anche con riguardo all'affidamento integrato è preliminare, coerentemente con i principi di economicità e buon andamento, e necessario operare una adeguata ponderazione degli interessi rilevanti ai fini dell'operazione: ciò si evince, in particolare, dalla Circolare MIBAC 23 marzo 2009 e 1° giugno 2010. L'opzione di adottare la strategia dell'integrazione risponde ad esigenze di opportunità della P.A., che è tenuta a valutare discrezionalmente la convenienza, l'efficienza e l'efficacia della stessa gestione. Come osservato in dottrina, *“ove tali servizi vengano gestiti ‘in forma integrata’ con i servizi di pulizia, vigilanza e biglietteria, si realizzerà la forma del c.d. global service (comma 3, art. 117), che – secondo gli esperti del settore – dovrebbe rappresentare il futuro dei sistemi museali. Il global service viene visto, infatti, come il vero momento di innovazione della struttura museale e della sua gestione, consentendo di creare nuovi collegamenti tra settore culturale ed imprenditoriale”*²².

²² A.L. TARASCO, *La valorizzazione del patrimonio culturale tra project financing e gestione diretta*, cit., 109.

2.1 L'affidamento a terzi dei servizi culturali e aggiuntivi: il rapporto tra concessione ed appalto. Distorsioni applicative.

La tematica dell'affidamento a terzi dei servizi culturali *latu sensu* considerati ha evidenziato aspetti di notevole interesse in talune vicende giurisprudenziali recenti che hanno costituito occasione per chiarire alcuni profili di estremo rilievo nel settore delle concessioni. Le implicazioni di ordine sistematico e gli articolati snodi ermeneutici consentono di ricostruire in maniera più strutturata la natura e la portata applicativa degli istituti di intervento privati. È necessario, *in primis*, delineare i termini della questione che prende le mosse dalla diatriba circa due profili essenziali: in primo luogo, l'individuazione del limine tra concessione ed appalto di servizi; in secondo luogo, la natura giuridica del rapporto intercorrente tra parte pubblica e privato affidatario.

Sul primo punto, è necessario premettere come alla sussunzione delle due fattispecie nel medesimo *genus* – i contratti passivi – corrisponde una diversa fisionomia identitaria. Sono emersi, nel tempo, tre diversi sistemi esegetici orientati al discernimento tra le due diverse ipotesi. Una prima ricostruzione fa leva sulla destinazione della prestazione – cd. criterio del destinatario: se l'appaltatore esegue il servizio a favore della pubblica amministrazione, all'opposto il concessionario eroga il servizio direttamente a beneficio del pubblico. Secondo una diversa logica, si è invece valorizzato il criterio dell'assunzione del rischio²³, in una prospettiva essenzialmente gestionale: nell'ambito dell'istituto concessorio, differentemente dall'appalto, è l'operatore economico privato che sopporta l'alea insita nell'attività di impresa rivalendosi, poi, sull'utente attraverso la riscossione di un canone. In parziale sinergia con quest'ultima posizione si pone il cd. criterio del costo, sostenuto nel caso della concessione dalla collettività destinataria della concessione e nel caso dell'appalto dalla pubblica amministrazione che corrisponde il valore in termini di controprestazione²⁴.

²³ Sul trasferimento del rischio economico al gestore del servizio, Corte di Giustizia, Comm. europea, 13 novembre 2008, C-437/07 Commissione c./Italia; A.P. Cons. Stato, 27 luglio 2016, n.22, Cons. Stato, sez.VI, 21 maggio 2014 n.2621, Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2018, n.1811, Cass. Civ., SS.UU., 20 aprile 2017, n.9965.

²⁴ Cfr. Sent. 28 novembre 2019 della sezione I del TAR Napoli: "Nell'appalto, la realizzazione dell'opera è finanziariamente a carico dell'Amministrazione appaltante

È decisivo sottolineare che la questione è stata oggetto di ulteriore significativa specificazione ad opera della Corte di Giustizia europea²⁵ che, in proposito, rinviene, quale fulcro caratterizzante della concessione di servizi, il trasferimento da parte di un'autorità aggiudicatrice ad un concessionario del diritto di gestire un servizio determinato: in capo al concessionario sussiste, dunque, "una certa libertà economica per determinare le condizioni di gestione di tale diritto, restando parallelamente in larga misura esposto ai rischi connessi a detta gestione". È possibile, dunque, affermare che le concessioni vertano non già "su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore ma sull'autorizzazione ad esercitare un'attività economica"²⁶ in un determinato contesto.

Quanto alla seconda questione, si rileva, anche in tal caso, una diversità di vedute condensatasi nella compresenza di diverse posizioni che saranno di seguito sinteticamente delineate: il primo filone sostiene che l'affidamento a terzi di servizi aggiuntivi all'interno di luoghi o istituti di cultura sia da inquadrare nei termini dell'appalto pubblico di servizi²⁷. Siffatta qualificazione si impone soprattutto per quei servizi come la biglietteria, la vigilanza, le pulizie. Altri Autori, invece, hanno, all'opposto, ritenuto di enfatizzare il rapporto tra servizi e beni culturali, riconducendo, così, la fattispecie alla concessione di beni pubblici o, al più, ad una

che versa nell'appaltatore un corrispettivo in cambio della costruzione della stessa; diversamente, nella concessione di opere pubbliche il concessionario non viene retribuito dall'Amministrazione concedente mediante il versamento di un corrispettivo ma attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera per un certo periodo di tempo assumendo, di guisa, l'alea della scarsa redditività dell'opera e dell'incremento dei costi di realizzazione. Il predetto criterio di allocazione del rischio trova corrispondenza anche nelle previsioni del Codice dei Contratti relative alla concessione al partenariato pubblico-privato (artt. 165-180) che espressamente collocano sul concessionario il rischio di gestione e costruzione dell'opera e cfr. da ultimo Cons. Stato, sez V, 9 aprile 2020, n. 2348, "la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi e di sfruttare economicamente il servizio od in tale diritto accompagnato da un prezzo; la distinzione attiene dunque alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti, essendo la prestazione a carico dell'amministrazione" si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 2020 n. 2810.

²⁵ Corte giust. un. eur., 14 luglio 2016, C-458 e C-67/15.

²⁶ *Ibidem*

²⁷ A. ALIBRANDI, *Valorizzazione e tutela dei beni culturali: il ruolo dello Stato*, cit., 1641; S. FOÀ, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001, 13 ss.

categoria ibrida nella quale potrebbero essere sussunte, ad esempio, le attività di gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali e di gestione dei punti vendita.²⁸ È tuttavia condivisibile l'osservazione secondo cui l'inquadramento dei servizi aggiuntivi tra le iniziative di valorizzazione da parte del D.lgs. n.42/2004 ha permesso di individuare una terza via nello strumento della concessione di servizio pubblico, qualificazione che non può essere negata, ad esempio, nel caso dei servizi connessi all'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali²⁹.

Anche la giurisprudenza si è espressa in tal senso, precisando che *“l'affidamento da parte della p.a. ad imprese private di servizi aggiuntivi”³⁰ di assistenza agli utenti (quali servizi di caffetteria, ristorazione e guardaroba, di vendita di riproduzioni di beni culturali, ecc.), da effettuarsi presso luoghi di interesse culturale ed artistico, integrati dal servizio di biglietteria (ai sensi degli artt. 112 e 113 del d.lg. 29 ottobre 1999 n. 490, richiamati dall'art. 115 d.lg. 22 gennaio 2004 n. 42), si configura come concessione di servizio pubblico rispetto ai servizi aggiuntivi, e come appalto di servizio pubblico in riferimento al servizio di biglietteria”³¹.*

²⁸ L. CASINI, *I beni culturali di fronte alla crisi economico-finanziaria e alla globalizzazione. La globalizzazione giuridica dei beni culturali*, in *www.Aedon*, 2012, 3; Id., *Il “nuovo” statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon*, 2014, 3.

²⁹ Cfr. G. PIPERATA, *Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi di cultura (nota a margine dell'ordinanza 27 maggio 2009, n. 12252)*, n.1, 2010, in <https://www.Aedon.it>.

³⁰ Il Cons. di Stato, V sez., sent. 7 dicembre 2017 n.5773 (caso dei siti del Colosseo, Foro Romano Palatino e Domus Aurea) ha sancito l'illegittimità del bando nei limiti in cui esso dispone una gara di appalto non circoscritta al solo servizio di biglietteria ed alle mere attività accessorie, ivi comprese l'attività di informazione, ma l'estende anche ai servizi aggiuntivi ex art. 117 del d.lgs. n. 42/2004. In senso conforme: Cons. St., VI sez., 4 settembre 2012 n.4682; V sez., 9 settembre 2011, n.5068; VI sez., 6 giugno 2011, n.3377.

³¹ La Cass., Sez. Un, con sentenza del 27 maggio 2009, n. 12252, con proprio orientamento, ha ritenuto che l'affidamento a terzi dei “servizi aggiuntivi” da svolgersi presso luoghi di interesse culturale ed artistico debba essere qualificato come concessione di servizio pubblico, mentre invece, l'affidamento del servizio di biglietteria integri un appalto pubblico di servizi. Secondo la Corte a differenza della concessione di servizi, dove l'affidatario deve pagare un canone di concessione (c.5 art. 117 dlgs.42/2004) ed eroga i servizi verso i terzi a pagamento, il servizio di biglietteria - riguardando servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta alcun trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione, e non determina, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario. La Corte osserva, inoltre, che a differenza della concessione di servizi dove l'unica controprestazione dell'amministrazione è il

Infatti, la qualificazione normativa in termini di concessione dell'affidamento della gestione a terzi dei servizi aggiuntivi è conforme alle definizioni delle direttive comunitarie (92/50/Ce e 2014/18/Ce), oltre che coerente con la struttura dei suddetti servizi, considerato che *“l'Amministrazione trasferisce il diritto di gestire il servizio in favore dei visitatori/utenti dietro pagamento di un canone e che sussistono, inoltre, i caratteri del pubblico servizio per la valorizzazione dei beni culturali in presenza: a) della titolarità del servizio in capo alla p.a.; b) della destinazione dello stesso alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) della predisposizione da parte della p.a. di un programma di gestione, con obblighi di condotta e livelli qualitativi vincolanti per il privato; d) del mantenimento da parte della p.a. dei corrispondenti poteri di indirizzo, vigilanza e intervento”*. La devoluzione al privato dei servizi di biglietteria³² – oltre che di

trasferimento al privato del diritto di gestire il servizio, nel servizio di biglietteria invece, il gestore non rende il servizio a favore dell'utente privato bensì in favore della p.a., per la quale riscuote il prezzo, trattenendo per sé solo una percentuale. Con la conseguenza, che il servizio di biglietteria affidato ad un privato non può costituire una concessione di servizio pubblico, ma un appalto di servizio pubblico. La Corte coglie lo spunto per chiarire anche un ulteriore profilo, e cioè che la fattispecie dei servizi aggiuntivi configuri una concessione di ‘pubblico servizio’. Infatti sussiste: a) l'imputabilità e la titolarità del servizio in capo alla p.a., imposta all'Ente pubblico ex lege; b) la destinazione del servizio alla soddisfazione di esigenze della collettività; c) la predisposizione da parte della p.a. di un programma di gestione, vincolante anche per il privato incaricato di erogare il servizio, con obblighi di condotta e livelli di qualità, d) il mantenimento in capo alla p.a. di poteri di indirizzo, vigilanza ed intervento, perché il servizio venga assicurato dal gestore all'utenza nel rispetto del programma. Inoltre, l'istituzione da parte della p.a. dei servizi aggiuntivi negli istituti e nei luoghi di cultura sono espressione dell'attività di “valorizzazione” dei beni culturali, ex artt. 111 e 112, d. lgs n. 42/2004. Cfr. TAR Lazio, Roma, 7 luglio 2017, n.8009, ha affermato il principio che, a differenza di quanto disposto per i servizi di valorizzazione culturale, la gestione dei servizi strumentali può essere legittimamente affidata mediante la stipula di un contratto d'appalto. Precisando altresì, che il vincolo della gestione indiretta tramite ricorso ad un contratto di concessione riguarda i soli servizi di valorizzazione e, quindi, anche l'ipotesi in cui la stazione appaltante opti per la gestione integrata di tali servizi aggiuntivi con quelli meramente strumentali. La gestione indiretta dei soli servizi strumentali, al contrario, non prevede lo stesso vincolo, e può legittimamente essere affidata mediante ricorso ad un contratto d'appalto. Il Cons.St., V sez., con sentenza n. 5773/2017, riformando la sentenza TAR Lazio, n. 8009/2017, ha ribadito che deve ritenersi illegittimo il bando di gara per l'affidamento dei servizi di biglietteria e di vigilanza *“nei limiti in cui dispone una gara d'appalto non circoscritta al solo servizio di biglietteria ed alle attività ad esso meramente accessorie”*.

³² In merito alla qualificazione dei servizi di biglietteria come appalto di servizi, cfr. Direttive 95/50/CE e 2004/18/CE; sentenza 13.10.2005, Parking Brixen GmbH C-458 -03; Cons. st., sez. V, 30 aprile 2002, n.2294; Cons. St., sez.VI, 15 maggio 2002,

pulizia e vigilanza – che possono essere oggetto di affidamento integrato, è invece configurabile come appalto di servizio pubblico, venendo in rilievo l’assunzione da parte della P.A. della veste di acquirente del privato di determinate *utilitates* contro il pagamento di un corrispettivo. Alla luce di questa distinzione, si radica in capo al giudice amministrativo la giurisdizione relativa alla domanda dell’impresa finalizzata all’accertamento di inadempimenti da parte dell’Amministrazione, all’annullamento di atti di diffida, nonché alla condanna all’adempimento e al risarcimento del danno³³. Questo orientamento ribalta la posizione propugnata in precedenza dal TAR Lazio che inquadrava in maniera univoca tali rapporti: *“la gara finalizzata all’affidamento della gestione di servizi aggiuntivi – di accoglienza, assistenza, guida, vendita, vigilanza e pulizia del sito archeologico – non si qualifica come procedura di affidamento di un servizio pubblico, non ricorrendo i tratti fisionomici del servizio pubblico in senso oggettivo, correlabili ad un’attività volta a soddisfare direttamente bisogni di interesse primario della collettività in coerenza con i compiti dell’amministrazione pubblica”*³⁴.

Il comma 3 dell’art. 117 precisa che i servizi per il pubblico possono essere *“gestiti in forma integrata”* con i servizi di pulizia, vigilanza e di biglietteria che, come affermato dalla Suprema Corte³⁵, vengono assegnati non mediante concessione ma mediante contratto d’appalto: lo snodo argomentativo a sostegno di tale tesi si impernia at-

n 2634; Cass. Civ. SS.UU., 27 maggio 2009 n.12252.

³³ La Cass. civ. SS.UU., con l’ordinanza del 27 maggio 2009 n. 12252 ha ritenuto che l’affidamento a privati del servizio di biglietteria presso musei ed istituti di cultura configurasse non concessione, ma appalto di servizio pubblico, in quanto servizio reso all’Amministrazione e non ai cittadini fruitori del bene culturale interessato, dietro pagamento di un corrispettivo (poiché una quota parte del prezzo del biglietto viene trattenuto dal gestore del servizio stesso), mentre nella concessione “il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi, o in tale diritto accompagnato da un prezzo” (art. 1 direttiva 2004/18/CE cit.). Deve segnalarsi la diversa posizione del Consiglio di Stato cfr. Sez. VI, 26 giugno 2012 n. 3764, in www.dirittodeiservizipubblici, che sottolinea la necessità di valutare il carattere complessivo della concessione di cui trattasi, nell’ambito della quale il servizio di biglietteria qualora appaia elemento accessorio rispetto agli servizi aggiuntivi, in sostanza viene assorbito in un contesto di gestione di beni culturali affidati a terzi. Sull’assunzione dei rischi da parte del concessionario dei rischi economici della gestione del servizio, cfr. Cons. Stato, VI, 4 settembre 2012, n. 4682; V, 9 settembre 2011, n. 5068; V, 6 giugno 2011, n. 3377, (per contro, nel caso dell’appalto, l’onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull’amministrazione).

³⁴ TAR Lazio, Roma, Sez. II, 30 gennaio 2003, n. 540.

³⁵ Cass., Sez. Un, Ordinanza 27 maggio 2009, n. 12252, in <http://Aedon.it>, n.1, 2010.

torno al rilievo che il *discrimen* tra le due fattispecie è correttamente individuato nel destinatario della prestazione contrattuale, diretta, nel caso delle sopramenzionate attività, non già al pubblico bensì all'amministrazione³⁶, e nell'assunzione del rischio di impresa.

La questione ha trovato il suo epilogo nella pronuncia del Consiglio di Stato del 27 ottobre 2020 n.6549, in occasione del ricorso in appello promosso da Vivaticket S.p.A. avverso la sentenza del TAR Toscana, sez. II, del 12 maggio 2020, n. 565: la vicenda prende le mosse dall'impugnazione del bando di gara a procedura aperta per l'affidamento in concessione dei servizi museali presso la Galleria dell'Accademia di Firenze e il Museo di San Marco indetto da Consip spa. Oggetto della suddetta concessione era il servizio di biglietteria che accorpava il servizio aggiuntivo di assistenza alla visita – qualificato come prestazione principale – e di bookshop – qualificato, invece, come prestazione secondaria. In presenza di una *fattispecie di concessione integrata dei servizi aggiuntivi con servizi complementari, prevista dall'art. 117, c. 3, del d.lgs. n. 42 del 2004, successivamente qualificata dall'art. 3, c. 5, del d.m. 29 gennaio 2008 quale forma di "integrazione orizzontale"*³⁷, il ricorrente aveva denunciato "l'assenza di un progetto di valorizzazione dei siti oggetto di gara (...) con travisamento della natura del servizio di biglietteria che, in quanto servizio strumentale – al pari di quello di pulizia e vigilanza – non può assumere valore prevalente rispetto ai servizi aggiuntivi di cui all'art. 117.3 del d.lgs. n.42/2004, funzionalmente preposti alla valorizzazione. (...).

A tal proposito, il Consiglio di Stato ha sottolineato come l'impiego della fattispecie concessoria per l'affidamento dei servizi aggiuntivi si radichi nella struttura dei servizi medesimi: l'amministrazione trasferisce il diritto di gestire il servizio in favore degli utenti dietro pagamento di un canone così profilandosi una relazione di "stretta bilateralità tra il rapporto di servizio e l'assunzione da parte dell'amministrazione della veste di acquirente delle corrispondenti *utilitates* su pagamento di corrispettivo"³⁸. Condizione di legittimità del bando è garantire il soddisfacimento della funzione culturale, esigenza che si riverbera sulla selezione

³⁶ G. SEVERINI, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, cit., 327. G. VENTURINI, *Dalla impresa alla cultura*, in *Economia della Cultura*, 1994, 3.

³⁷ Art. 3, c. 5, d.m. 29 gennaio 2008, "Modalità di affidamento a privati e di gestione integrata dei servizi aggiuntivi presso istituti e luoghi della cultura.

³⁸ Cons. Stato. Sez V, 27 ottobre 2020 n. 6549, cit.

della tipologia contrattuale per la realizzazione dell'affidamento. In tale contesto, secondo il Consiglio di Stato, la concessione garantisce la selezione verso tipologie di operatori adeguatamente qualificati in materia di servizi aggiuntivi, "vale a dire verso il preminente compito cognitivo di valorizzazione culturale, che è la ragione prima e comunque qualitativamente dominante di una tale complessa esternalizzazione"³⁹. Il giudice amministrativo, di conseguenza, individua quale presupposto primo ai fini della legittimità del bando l'aderenza con il principio di valorizzazione che può trovare compiuta realizzazione solo a condizione di preservare i rapporti tra le prestazioni principali ed accessorie. La portata meramente organizzativa dei servizi di biglietteria, pulizia e vigilanza ne impone la subordinazione rispetto ai servizi aggiuntivi che, al contrario, sono orientati alla funzione della valorizzazione culturale che, come specificato dallo stesso dettato codicistico, si concretizza nella promozione della conoscenza del patrimonio culturale e della cultura stessa e che costituisce la causa dell'operazione contrattuale. Alla luce di tali considerazioni, la concessione di valorizzazione è stata individuata dal Legislatore come strumento tecnico idoneo per il soddisfacimento di tali scopi innanzitutto in quanto la relativa procedura di selezione consente di individuare concessionari competenti nel settore; in secondo luogo, in quanto consente di trasferire sul concessionario il rischio d'impresa che costituisce un significativo fattore di implemento qualitativo della gestione del servizio a presidio del principio di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Non a caso, il Legislatore del 2020 nel consentire l'utilizzo dell'appalto pubblico di servizi ai fini della gestione indiretta, ha prescritto che le amministrazioni mantengano il rischio operativo a carico del concessionario e l'equilibrio economico e finanziario della gestione. Tale dato è significativo, come meglio si dirà in seguito, nella misura in cui, pur includendosi l'appalto nelle forme di gestione indiretta, si impone di preservare una caratteristica strutturale propria della forma concessoria, qual è il mantenimento dell'alea a carico del soggetto privato cui è attribuito il compito della gestione. Tale considerazione rileva poiché disvela la peculiare idoneità della concessione a garantire il rispetto del principio della valorizzazione che, alla luce della lettura sistematica della disciplina codicistica e come ribadito a più riprese dalla giurisprudenza, costituisce il parametro alla luce

³⁹ *Ibidem*.

del quale è necessario vagliare la legittimità del bando attraverso cui l'amministrazione realizza indirettamente la gestione dei beni culturali conformemente, in termini più generali, ai principi di cui all'art. 97 Cost.

2.2. La sentenza del Consiglio di Stato 16 marzo 2021 n. 2259: analisi della controversia, profili dogmatici ed operativi.

La giurisprudenza è di recente tornata sull'argomento in occasione della controversia in tema di affidamento congiunto del servizio di biglietteria con attività di guida turistica, didattica e assistenza agli utenti in relazione ad uno dei siti monumentali più rilevanti di Roma. Come evidenziato nella disamina svolta nel paragrafo precedente, le ricostruzioni ermeneutiche di matrice pretoria, alla luce del sistema normativo vigente, antecedente alle modifiche introdotte dalla legge n. 120/2020, si sono affermate nel senso di pretendere per l'affidamento dei servizi di assistenza culturale e ospitalità per il pubblico, il canale della concessione: è d'uopo ribadire che la centralità di tali attività richiede una più incisiva tutela inscindibilmente connessa alla procedura maggiormente garantita propria dell'istituto concessorio. Asimmetricamente, i servizi di biglietteria e vigilanza, stante il loro carattere meramente strumentale, ben possono essere oggetto di affidamento tramite l'appalto, nel rispetto, in ogni caso, dei principi proconcorrenziali. A completamento del quadro esegetico sinora delineato, è di recente intervenuta la sentenza Consiglio di Stato 16 marzo 2021, n. 2259 che ha fornito indicazioni fondamentali su aspetti sia di natura dogmatica - nella direzione di una più puntuale specificazione esegetica degli istituti di intervento privato - che eminentemente operativa.

I fatti oggetto della controversia sottesa alla menzionata pronuncia prendono le mosse dal ricorso promosso da un'impresa privata avverso il bando di gara indetto da Consip S.p.A per l'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza presso i siti monumentali del Colosseo, Foro Romano-Palatino e Domus Aurea. Il ricorrente aveva eccepito l'indebita inclusione di una parte servizi aggiuntivi - segnatamente la fornitura di hardware, audioguide e video guide - nell'oggetto dell'affidamento in violazione del combinato disposto degli artt. 115 e 117 del Codice dei beni culturali che

imponessero, invece, l'impiego della concessione per l'affidamento delle attività di valorizzazione. Una tale opzione contrasterebbe con le finalità dell'operazione anche in considerazione del fatto che lo strumento concessorio, come anticipato, è tale da consentire che il rischio dell'attività di impresa sia sopportato dal concessionario medesimo: ciò lo indurrebbe alla pianificazione di strategie di gestione efficienti e remunerative, garantendo una performance dai livelli qualitativi elevati.

Nel rigettare il ricorso, il giudice amministrativo, nella sentenza del 7 luglio 2017 n. 8009, aveva qualificato i servizi oggetto della gara - cd. "servizio informazioni" e "servizio di vendita e di gestione delle visite guidate" - come meramente strumentali al servizio di biglietteria, esulanti, di conseguenza, dalla diversa categoria dei "servizi di valorizzazione culturale" coperti, all'epoca, dal vincolo di affidamento tramite concessione di cui all'art. 117, comma 2, del Codice dei beni culturali⁴⁰.

Avverso suddetta decisione, l'impresa soccombente aveva proposto appello, deciso con la sentenza Consiglio di Stato 7 dicembre 2017, n. 5773 sovversiva della operazione classificatoria operata dal giudice di primo grado, ascrivendo le attività sopramenzionate nel novero dei servizi aggiuntivi, pertanto, assoggettabili alla relativa disciplina. Risulta, dunque, non solo violato il vincolo di legge all'epoca del bando vigente che impone la concessione come mezzo di affidamento per i servizi aggiuntivi ma anche sovvertito il rapporto - essenziale ai fini di preservare l'equilibrio della procedura - tra servizi centrali e meramente accessori.

La sentenza in esame poggia sulla fondamentale premessa dommatica secondo cui "il concessionario (...) assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa - per contro, nel caso dell'appalto, l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione". Proprio per tale ragione "i penetranti - per non dire quasi totalità-

⁴⁰ TAR Lazio, Sez II, 7 luglio 2017, n. 8009 che definisce i servizi aggiuntivi come "servizi di assistenza culturale, di accoglienza e di ospitalità per il pubblico, nonché ogni altro servizio strumentale alla migliore valorizzazione e fruizione degli istituti e dei luoghi della cultura". Secondo il TAR Lazio, la prestazione della fornitura a noleggio dell'hardware non concreta l'effettivo valore culturale del servizio a differenza della fornitura del software che, tuttavia, non era compreso nell'oggetto della gara impugnata e avrebbe dovuto essere affidato, tramite concessione, all'esito di successiva procedura.

ri – poteri organizzativi dell'appaltatore del servizio di biglietteria appaiono del tutto incompatibili con la piena libertà organizzativa ed operativa del (futuro e diverso) concessionario, che rappresenta il corrispettivo dell'assunzione, da parte di quest'ultimo, del rischio di impresa"⁴¹.

La Consip S.p.A nel febbraio del 2019 pubblica un nuovo bando avente ad oggetto l'affidamento, stavolta tramite concessione, dei servizi di biglietteria e vigilanza presso l'Anfiteatro Flavio; avverso il bando sono denunciati profili di illegittimità nel ricorso per l'ottemperanza promosso dall'operatore economico vincitore in ultimo grado. In sostanza, la centrale acquisti della pubblica amministrazione, assumendo di non poter altrimenti assicurare l'equilibrio economico-finanziario della concessione, aveva accorpato in un unico lotto i servizi di biglietteria per l'accesso al sito archeologico e i servizi di assistenza alla visita: ma aveva qualificato i secondi come prestazione secondaria rispetto ai primi, conferendo loro una valenza preminente nell'attribuzione dei punteggi per l'aggiudicazione. In realtà, si legge nella sentenza del Consiglio di Stato, "l'amministrazione può esternalizzare a privati tali servizi, in quanto ciò risulti strumentale alla valorizzazione culturale dei siti culturali", ovvero per fare della concessione un valore aggiunto per la collettività, tale da giustificare la pratica.

Nella sentenza si evidenzia, altresì, che i parametri di valutazione definiti nella *lex specialis* erano in contrasto con il principio generale della rilevanza preponderante dei servizi aggiuntivi rispetto a quello accessorio di biglietteria.

Ed infatti il Consiglio di Stato ribadisce che "in nessun caso" è possibile attribuire preponderanza al servizio di biglietteria a prescindere sia dall'oggettivo valore economico sia dall'insostenibilità finanziaria dei servizi aggiuntivi isolatamente considerati. Così facendo si opererebbe un'indebita sovversione del rapporto tra principalità ed accessorietà dei servizi svilendo *in toto* la preminente finalità di valorizzazione culturale che concreta la ratio sottesa alla disciplina sulla gestione. L'istituto della concessione va, dunque, ritenuto sempre dominante in quanto è lo strumento ritenuto dalla legge idoneo alla "maggior qualità in concreto del servizio pubblico di valorizzazione culturale", scopo che non risulta integrato nelle finalità dei servizi di biglietteria che, pertanto, "possono al più essere integrate nei servizi aggiuntivi qualora ciò consenta di

⁴¹ Cons. Stato, Sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5773.

perseguire meglio la finalità di valorizzazione del luogo della cultura in questione”⁴². Oltretutto, una tale inversione dei rapporti tra servizi aggiuntivi e complementari, oltre che condurre ad una degradazione della funzione dell’implemento delle condizioni per la pubblica funzione quale vincolo teleologico costituzionalmente imposto – decostruirebbe l’impianto dommatico posto a fondamento dell’istituto in esame: l’elemento causale caratterizzante la concessione risulterebbe snaturato a tal punto da potersi sovrapporre con quello dell’appalto di servizi. Il Consiglio di Stato, dunque, opera una definitiva puntualizzazione circa l’interrelazione tra servizi aggiuntivi e servizi accessori attraverso un’impostazione ermeneutica degli istituti di intervento privato a disposizione della pubblica amministrazione orientati alla preminente finalità della valorizzazione e della pubblica fruizione a garanzia dei principi che presidiano l’azione amministrativa evincibili dal combinato disposto degli artt. 9 e 97 Cost. che trovano, come referente normativo a livello di legislazione ordinaria, l’art. 6 del Codice dei beni culturali. È proprio in tal senso che il giudice amministrativo ha sancito il principio, valevole come regola generale, che l’affidamento dei servizi aggiuntivi di assistenza agli utenti costituisce una figura di concessione di servizio pubblico e quello dei servizi complementari di biglietteria, pulizia e vigilanza dà, invece, luogo ad appalto di servizi. Tali considerazioni trovano precipua conferma nell’impianto normativo delineato dal Codice dei beni culturali: una lettura sistematica del dato codicistico – e segnatamente il combinato disposto dei citati articoli 6 e 117 del Codice – affida allo strumento della gestione indiretta, da esercitarsi potenzialmente anche nella forma dell’integrazione dell’affidamento,

⁴² Sent. Cons. Stato, Sez. V, 16 marzo 2021, n.2259: dopo aver analiticamente individuato i motivi per i quali si debba ritenere invertito il rapporto tra principalità e accessorieta di servizi aggiuntivi e complementari, la Corte osserva che operando una siffatta inversione “si oblitererebbe che la concessione domina in quanto è lo strumento prescelto dalla legge (...) e la si degraderebbe – contro la ratio dello stesso art. 117 – a mera strumentazione di esigenze economiche altrui, non già culturali della generalità. In tal modo non si garantirebbe più l’efficace perseguimento della dominante ragione della valorizzazione dei beni culturali, cioè del potenziamento delle condizioni di fruizione (più precisamente: si posporrebbe lo scopo di “promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, nel che consiste la valorizzazione per l’art. 6 del Codice, che pone l’art. 117 nel contesto dei “Principi della valorizzazione dei beni culturali”.

il preminente scopo del miglioramento qualitativo del pubblico godimento del bene culturale, che pertanto assurge a parametro di legittimità degli atti amministrativi nei quali è condensata la discrezionalità amministrativa⁴³.

Oltretutto, la preponderanza dei servizi aggiuntivi rispetto a quelli strumentali di biglietteria rinviene specifico avallo, come osservato dal Consiglio di Stato nella sentenza in esame, dalla specificazione contenuta nell'art. 117, comma 3 laddove si prevede la concessione integrata come "mera possibilità, di suo la concessione essendo propria dei soli servizi aggiuntivi".

Di conseguenza l'esternalizzazione dei servizi culturali può dirsi legittima solo in quanto sia preordinata alla valorizzazione dei siti culturali, ovvero per fare della concessione un valore aggiunto per la collettività: ciò inevitabilmente richiede il rispetto dei vincoli strumentali *ex ante* imposti dal Legislatore.

2.3 Sostenibilità economico-finanziaria della gestione integrata: punti di frizione tra valorizzazione e interessi privati.

Un profilo di spiccato interesse, specificamente analizzato nello sviluppo giurisprudenziale in esame, concerne la portata che assume l'interesse economico fisiologicamente connaturato nell'attività imprenditoriale oggetto dell'affidamento tramite concessione. La questione assume portata centrale in un contesto intrinsecamente trasversale che esplica incidenza in una serie innumerevole di settori. È dunque preliminare operare una ponderazione tra assetti di interessi divergenti per preservare l'equilibrio nel complesso sistema del partenariato pubblico-privato per garantire, da un lato l'effettivo soddisfacimento dell'interesse pubblico, dall'altro di consentire un certo grado di diffusione degli strumenti di intervento privato quali preziosi canali di convoglio di risorse economiche, strutturali ed organizzative attraverso il raggiungimento

⁴³ Cfr. Cons. Stato 7, Sez. V, 7 dicembre 2017, n. 5773: "La rilevanza preponderante dei servizi aggiuntivi rispetto a quello accessorio e strumentale di biglietteria è implicita anche nella lettera della norma, come mostra la circostanza che l'art. 117, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004 prevede come mera possibilità quella della gestione in concessione integrata. La concessione è, di suo, formula propria dei servizi aggiuntivi, sì che questi ultimi, in caso di uso di tale strumento giuridico (che è modalità di gestione finalizzata alla valorizzazione) non possono divenire né formalmente né sostanzialmente accessori".

di un livello adeguato di appetibilità. Sotto quest'ultimo aspetto è significativo osservare in che misura la giurisprudenza abbia attribuito rilievo alla remuneratività dell'operazione economica. Si tratta, occorre ribadirlo, di un aspetto centrale posto che la prospettiva del ritorno economico è connaturata nell'attività del concessionario su cui, peraltro, grava il peso del rischio di impresa⁴⁴. Il referente normativo utile per il bilanciamento degli interessi in gioco è, innanzitutto, l'art. 115 del Codice dei Beni Culturali la cui collocazione sistematica nel Capo II del Codice rubricato "Principi della valorizzazione dei beni culturali", ne individua esplicitamente la direzione teleologica. La scelta di ricorrere alla gestione indiretta, quale esercizio legittimo della discrezionalità amministrativa, deve, oltretutto, essere sorretta da una "valutazione comparativa in termini di sostenibilità economico-finanziaria e di efficacia" tale da configurarsi lo strumento maggiormente adeguato ai fini di raggiungere livelli qualitativi elevati nel soddisfacimento dell'obiettivo primario della valorizzazione, anche laddove la scelta di ricorrere a strutture organizzative interne all'amministrazione non sia tale da ottenere un analogo *output*.

L'assoluta centralità della valorizzazione trova conferma nelle soluzioni ermeneutiche poc'anzi esaminate⁴⁵ che hanno individuato nella concessione lo strumento giuridico teleologicamente connesso a tale finalità che ha come corollario la necessità di preservare l'equilibrio tra prestazioni principali e meramente strumentali proprio in quanto ne sarebbe altrimenti svilita la funzione culturale qual è, invece, condizione legittimante la stessa esternalizzazione. Del resto, la natura dei servizi richiede differenti modalità di affidamento: servizi che richiedono una procedura di appalto, per i quali le attività rappresentano un costo a carico del committente (ad es. le pulizie, la manutenzione, ecc.) rispetto a quelli che richiedono una procedura di concessione, per i quali le attività possono dare luogo ad un profitto per l'amministrazione (bar, ristorazione, bookshop) o a quelli che possono essere affidati in forme integrate

⁴⁴ L'eccessivo frazionamento dei servizi spesso crea delle diseconomie di scala, così come il raggruppamento di attività non omogenee crea fittizie aspettative di economicità.

⁴⁵ Sent. Cons. Stato Sez. V, 7 dicembre 2017, n.5773: La valorizzazione dei siti culturali, attuata tramite l'erogazione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico (ex art. 117 d.lgs. n.42 del 2004) rappresenta lo scopo centrale del sistema tracciato dal vigente Codice di beni culturali e del paesaggio, rispetto ai quali quelli di biglietteria e vigilanza assumono carattere meramente accessorio e strumentale.

di appalto e concessione.

È a tal proposito significativo che la Consip S.p.A aveva eccepito, tra i motivi posti a fondamento della legittimità dell'operazione, la "mancata sostenibilità del piano economico-finanziario se formulato per la sola gestione dei servizi di valorizzazione culturale" che era stata individuata come "ragione oggettiva e dirimente" sottesa alla scelta della gestione integrata così come strutturata dalla società⁴⁶. Tale circostanza aveva trovato conferma all'esito di una verifica disposta dal giudice amministrativo con ordinanza n.5135 che aveva ritenuto assolutamente necessari gli introiti derivanti dal servizio di biglietteria.

Alla luce delle considerazioni svolte, il Consiglio di Stato aveva escluso la possibilità di ritenere rilevante l'interesse del ritorno economico affermando la necessità, per l'operatore privato, di "valutare ex ante la sua convenienza e dunque di organizzarsi di fronte a questa prospettiva essenziale dotandosi di congrue capacità di corrispondere al compito di valorizzazione".

In definitiva, la pubblica amministrazione, non essendo gravata da alcun obbligo di esternalizzazione, nel determinarsi in direzione dell'una o dell'altra forma di gestione consentita dall'art. 115 del Codice, deve basarsi sul criterio della massimizzazione della performance nella logica dell'efficienza e dell'effettività dell'*agere* amministrativo rispetto al "superiore obiettivo della valorizzazione culturale".

La scelta pubblica, sospesa tra discrezionalità amministrativa e coerenza delle norme nazionali e comunitarie, deve riuscire a coniugare efficienza ed economicità per le attività che si devono erogare. Efficienza ed economicità non sempre raggiungibili mediante l'esternalizzazione: spesso si è potuto constatare che la carenza progettuale e l'assenza dei controlli sull'attuazione dei capitolati hanno inciso sulla qualità del servizio affidato a mezzo di bando e di una gara formalmente perfetta.

Forse, in merito alla esternalizzazione dei servizi, alla luce delle profonde trasformazioni intervenute negli ultimi anni, sarebbe utile una riflessione se l'esternalizzazione risulti sempre conve-

⁴⁶ Sent. Cons. Stato Sez. V, 16 marzo 2021, n.2259: la Consip aveva motivato la scelta sulla base della considerazione che "dalla analisi del PEF allegato al Capitolato tecnico con riferimento al Lotto 1 [...] si evince l'assoluta necessità degli introiti derivanti dall'aggio dal servizio di biglietteria per garantire l'equilibrio economico-finanziario della concessione".

niente e sulla opportunità o meno di una riappropriazione e riorganizzazione da parte della pubblica amministrazione di questa tipologia di servizi, anche in considerazione dell'aiuto derivante dalle intervenute soluzioni tecnologiche⁴⁷. La scelta se sia più conveniente ed efficace dal punto di vista dei risultati mantenere il servizio all'interno o esternalizzarlo deve, ovviamente, fondarsi su un'analisi costi-benefici dei diversi modelli organizzativi e sulla valutazione della possibilità del miglior utilizzo delle risorse umane e strumentali disponibili.

3. Riflessioni sulle modifiche introdotte alla gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione e per il pubblico dopo la l. n. 120/20 (cd. Decreto Semplificazione).

Il sostrato metodologico sotteso alle politiche decisionali in materia di beni culturali mira ad assicurarne da un lato la conservazione dall'altro a "promuoverne la potenzialità come fattori di diffusione dei valori della cultura"⁴⁸. Il difficile compito del Legislatore nei tempi più recenti è stato quello di elaborare modelli di fruizione e valorizzazione volti a garantire "standard qualitativi e prestazionali adeguati ed economicamente sostenibili"⁴⁹.

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile concludere che l'istituto giuridico della concessione si pone al centro di un complesso sistema normativo oggetto di massicci interventi giurisprudenziali che ne hanno definito aspetti essenziali e che hanno costituito un fattore del rafforzamento del potere magistratuale. Il ruolo assunto dalla giurisprudenza amministrativa e civile è stato quello di operare una ponderazione tra assetti di interessi divergenti e in potenziale conflitto e di garantirne l'aderenza con lo

⁴⁷ Nel settore dei beni culturali le gare on line, poco diffuse tra le amministrazioni pubbliche, presentano diversi vantaggi: forse sono la migliore modalità per redigere capitolati adeguati ai fabbisogni effettivi di un settore molto specifico, consentono maggiore libertà di scelta fra i fornitori e di poter controllare tutto il processo di gara. Conseguentemente, l'ampliamento della platea dei fornitori consente la possibilità di verificare e controllare la qualità dei servizi resi e quindi creare un rating dei fornitori.

⁴⁸ G. SCIULLO, *Le funzioni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 55.

⁴⁹ G. MARI, M.C. SPENA, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali* in *Beni culturali: i nuovi approcci strategici a livello italiano ed europeo*, M.C. SPENA (a cura di), Edicampus Edizioni, Roma, 2017, 97 ss.

scopo di cui all'art. 9 Cost.: la promozione della cultura.

Il coinvolgimento del soggetto privato nelle attività di rilevanza pubblicistica implica necessariamente il bilanciamento tra l'interesse all'utile economico connaturato nell'attività imprenditoriale - e più in generale, il diritto di cui all'art. 41 Cost, - e il principio costituzionale della valorizzazione ai fini della pubblica fruizione. La necessaria preminenza di quest'ultimo ha costituito il criterio esegetico per la risoluzione delle questioni giuridiche di volta in volta insorgenti.

La fisionomia della concessione di servizi⁵⁰, così come strutturata nelle interpretazioni della giurisprudenza, dimostra quanto lo sviluppo delle dinamiche del partenariato pubblico-privato sia passato per la ricerca di nuovi istituti di gestione, spesso di vocazione ibrida e forma eterolitica.

Come precedentemente osservato, il tema della gestione indiretta è stato di recente oggetto di una significativa interpolazione normativa che ne ha ampliato gli strumenti di realizzazione. La legge 11 settembre 2020, n. 120 ha introdotto la possibilità di avvalersi per la gestione indiretta dei servizi culturali, oltre che dell'istituto della concessione, anche dell'appalto di pubblici servizi, anche in forma congiunta o integrata. La giurisprudenza amministrativa, nella sentenza resa in occasione della controversia Vivaticket S.p.A, ha avuto modo di pronunciarsi sulla portata dell'art. 8, comma 7-*bis* che modifica l'art 117 prevedendo che "qualora l'affidamento dei servizi integrati abbia ad oggetto una concessione di servizi ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del d.lgs. 18 aprile 2016 n.50, l'integrazione può essere realizzata anche indipendentemente dal rispettivo valore economico dei servizi considerati. È ammessa la stipulazione di contratti di appalto pubblico aventi ad oggetto uno o più servizi tra quelli di cui al comma 1 e uno o più tra i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria". Seppure la norma di nuovo conio non fosse applicabile perché successiva al caso di specie, era stata invocata dai resistenti "per una pretesa portata ricognitiva: e se ne predica un'effettualità finalizzata ad ammettere l'*affidamento integrato in concessione* indipendentemente dal valore economico dei servizi, e dunque dalla necessità di applicare la disciplina sui contratti misti. A bene considerare, tale opzione ermeneutica evidenzia la specialità della *concessione di servizi* in materia di beni culturali, idonea anche ad escludere un problema di compatibilità

con i principi europei in materia di contratti pubblici; ma non ad infrangere il principio della necessaria prevalenza funzionale (non: economica) dei *servizi per il pubblico* rispetto a quelli *complementari*⁵¹. È significativo osservare che la modifica apportata all'art. 115, comma 4 è idonea ad avvalorare la tesi della naturale idoneità strutturale dell'istituto della concessione ad espletare la funzione culturale: la nuova norma stabilisce, infatti, che la gestione in forma indiretta è attuata nel rispetto dei parametri di cui all'articolo 114, ferma restando la possibilità per le amministrazioni di progettare servizi e i relativi contenuti, anche di dettaglio, mantenendo comunque il rischio operativo a carico del concessionario e l'equilibrio economico e finanziario della gestione⁵². Come anticipato, tale opzione si pone, nel sistema normativo vigente, come logico corollario ai principi di efficienza ed economicità.

Tuttavia, la modifica del comma 3 dell'art. 117 Codice dei beni culturali, operata dal Decreto Semplificazioni, convertito nella l. n.120/20, ha evidenziato alcune criticità sul piano applicativo. In primo luogo, laddove dovesse ritenersi esclusa l'utilizzabilità della finanza di progetto, si avrebbe una restrizione delle possibilità di gestione indiretta dei beni culturali di appartenenza pubblica alle sole forme della concessione servizi e dell'appalto e non alle altre forme del PPP o del project financing in relazione ai servizi culturali. Limitazione normativa che secondo alcuni autori, comporterebbe la conseguente esclusione degli enti no-profit non economici dalla gestione dei servizi di valorizzazione e dei servizi al pubblico, proprio perché tali operatori rendono servizi di tipo non economico⁵³; inoltre, si porrebbe in contrasto con l'art. 4 c.2

⁵¹ Cons. Stato. Sez. V, 27 ottobre 2020 n. 6549, in <https://www.giurisprudenzappalti.it/sentenze/valorizzazione-dei-beni-culturali-decreto-semplificazioni/>.

⁵² Nella concessione è necessario che sia trasferito sul concessionario il rischio operativo, ovvero il rischio legato alla gestione del servizio; ai sensi dell'articolo 3, c. 1, lettera zz) del d.lgs. n. 50/2016 si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi oggetto di concessione e sussista per il concessionario una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato. Qualora non sussista trasferimento del rischio, la fattispecie contrattuale va inquadrata nell'ambito degli appalti pubblici

⁵³ S.A. BRUNO, *Legge 120/20 (ex dl semplificazioni) : primi appunti sulle novelle in materia di servizi culturali di valorizzazione e servizi per il pubblico*, gennaio, 2021, in <https://www.diritto.it>. Al riguardo, l'Autore, osserva che "Tanto è reso evidente, non solo dalla lettera immutata del comma 3 dell'articolo 115 ("concessione a terzi") del D.Lgs 42/04 e dalla nuova versione dell'articolo 117, comma 3 C.b.C. che fa riferimento

della Direttiva 2014/23/UE e l' art. 164, comma 3 del D.lgs n. 50/16, che statuiscono che la disciplina normativa sulla concessioni di servizi non si applica ai servizi di interesse generale non di tipo economico, ovvero ai servizi sociali di interesse generale⁵⁴. Proprio in relazione agli enti no profit, la legge n.120/2020, all'art.8, comma 5 del d.l., inserisce nel corpo del Codice dei Contratti pubblici⁵⁵, alcuni riferimenti al Titolo VII del Codice del Terzo settore - che regola i rapporti con gli enti pubblici -, modificando gli articoli 30, c. 8 del Codice dei Contratti⁵⁶ (recante i principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni), 59, comma 1, (relativo alle procedure di affidamento), e 140, comma 1, in quanto disposizione specifica per l'affidamento dei servizi sociali, introducendo una serie di misure di coordinamento fra quest'ultimo ed il Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017). Anche se si auspicava un intervento più organico nella disciplina dei rapporti tra Codice dei Contratti e Codice del Terzo settore, soprattutto in relazione alla natura dei servizi svolti⁵⁷, l'intento del

alla concessione di servizi ex-articolo 3, comma 1, lettera vv), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ma anche dal riferimento fatto dal comma 4 dell'art. 115 C.b.C. al solo "rischio operativo", espressamente previsto per le concessioni in forza dell'art. 3 comma 1 punto vv) e dell'art. 165 comma 1 del D.Lgs 50/16) e non anche ai "rischi di costruzione, domanda e disponibilità" propri dei PPP a norma dell'art. 180 comma 3 del Codice Contratti"; S.A. BRUNO, *Gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione e per il pubblico dopo la l.120/20: necessità di riclassificazione*, in <https://www.ildirittoamministrativo.it>.

⁵⁴ G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Volontariato, non-profit e beni culturali*, n.10, 2017, <https://federalismi.it>.

I Servizi sociali di interesse generale (SSIG) che possono essere dotati o meno del requisito della economicità, negli ultimi decenni hanno assunto un ruolo rilevante sia per quanto riguarda la coesione sociale, sia per la crescita economica e la creazione di posti di lavoro.

⁵⁵ R. DONATI, *Il Codice del Terzo Settore è (finalmente) richiamato dal Codice dei Contratti*, in <https://www.giurisprudenzappalti.it>, 9 settembre 2020.

⁵⁶ Art.30, comma 8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici (*nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117*) si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

⁵⁷ La Corte Costituzionale nella sentenza n. 131 del 26.06.2020, in contrasto con il parere reso dal Consiglio di Stato, Sez. atti norm., 27/12/2019, n. 3235, ravvisa nella normativa contenuta nel Codice del Terzo settore l'attuazione di fondamentali principi costituzionali che consentono di sottrarre i servizi sociali svolti dal terzo set-

legislatore con la legge n.120/2020 era finalizzato principalmente al coordinamento dei due Codici (CCP e Cts), superando la posizione del parere del Consiglio di Stato dell'automatica prevalenza della disciplina degli appalti pubblici. Inoltre, con le due disposizioni modificate dal legislatore (art. 59, c.1 e art. 140, c.1 del d.lgs. n. 50/2016), si chiarisce che gli istituti dell'«amministrazione condivisa» (artt. 55-57 Cts), come definiti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.131 del 2020, sono soggetti alle disposizioni della legge n. 241 del 1990 ed alla disciplina del codice civile per ciò che attiene alla fase di stipula degli accordi contrattuali ed all'esecuzione degli stessi (così l'art. 30, c.8 d.lgs. n. 50 del 2016), divenendo, a pieno titolo, parte degli strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per concludere rapporti con le pubbliche amministrazioni.

La legge n.120/2020 riconosce in sostanza, la parità di trattamento tra i due Codici e di non applicazione del Cts solo in via residuale, assumendo l'equiparazione tra il principio della tutela della concorrenza ed il principio di sussidiarietà orizzontale con l'evidente fine di superare la situazione di stallo creatasi rispetto a pratiche collaborative.

L'attuale contesto di crisi economica pone in risalto l'esigenza di un utilizzo strategico delle forme di collaborazione pubblico privata per la gestione dei servizi pubblici o di pubblica utilità e per la realizzazione delle infrastrutture ad essi strumentali. L'elaborazione di un sistema integrato tra pubblica amministrazione e soggetti privati può dar vita ad un modulo organizzativo che realizzi un nuovo equilibrio tra le opposte istanze di autorità e libertà. L'amministrazione pubblica è il soggetto con maggior capacità di spesa, ma anche il soggetto che ha il ruolo e la responsabilità di innescare processi virtuosi di innovazione e di mercato per i privati e di adottare misure di sostegno alla competitività e all'innovazione di servizi, mediante studi di fattibilità, valutazione economico-finanziaria completa dell'operazione e una precisa quantificazione e qualificazione dei rischi e della sua ripartizione fra il soggetto pubblico e quello privato. In tal modo, la p.a. potrebbe raggiungere l'obiettivo di ridurre i costi complessivi, attraverso la distribuzione ottimale di rischi e responsabilità, garantendo un utilizzo efficiente ed efficace delle risorse pubbliche.

tore dal novero delle attività economicamente rilevanti e dalla correlativa disciplina, centrata sul principio di concorrenza in funzione dell'unicità del mercato.