

Massima: *Un conto infatti è la questione dell'inidoneità della convenzione Consip al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali, altro conto è la questione della mancanza di sovrapposibilità che costituisce un prius rispetto alla verifica di convenienza e di satisfattività della Convenzione Consip rispetto agli interessi dell'Amministrazione.*

L'inidoneità, infatti, deve emergere da un confronto operato tra lo specifico fabbisogno dell'ente e il bene o il servizio oggetto di convenzione, pertanto, deve riguardare le caratteristiche del bene o servizio senza che la valutazione possa estendersi a elementi ulteriori che incidono sul fabbisogno (Corte dei Conti Emilia-Romagna, Sez. contr., Delibera, 13/03/2018, n. 56).

Sentenza Consiglio di Stato n. 3659 del 22/04/2024



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6277 del 2023, proposto da Acciona Facility Service S.A. in proprio in qualità di mandataria del Rti, Rti Getec Italia S.P.A, Rti L'Operosa S.P.A, Rti del Bo - Società Consortile Stabile a responsabilità limitata, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 95049916B4, rappresentati e difesi dall'avvocato Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Fondazione Musei Civici di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi, Cinzia Guglielmello, Marco Martinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Consip Spa, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) n. 586/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione Musei Civici di Venezia;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2023 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati Marzo e Lirosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Acciona Facility Service S.A. in proprio e in qualità di mandataria del Rti, Rti Getec Italia s.p.a, Rti L'Operosa s.p.a, Rti del Bo - Società Consortile Stabile a responsabilità hanno interposto appello avverso la sentenza Tar per il Veneto, sez. I, 2 maggio 2023 n. 6277 che ha rigettato il ricorso proposto dall'odierna appellante avverso la delibera del Consiglio di Amministrazione del 3 novembre 2022 della Fondazione Musei Civici di Venezia, il bando di gara, il disciplinare di gara il capitolato speciale descrittivo e prestazionale e i relativi allegati, nonché la documentazione illustrativa e tecnica con cui la Fondazione Musei Civici di Venezia ha indetto l'“*Affidamento in appalto del servizio di pulizia, sanificazione, disinfezione, derattizzazione, disinfestazione e deodorizzazione nelle sedi della fondazione musei civici di Venezia CIG: 95049916B4, lotto unico*” nonché il ricorso per motivi aggiunti,

con il quale, impugnando formalmente la delibera del Consiglio di Amministrazione del 3 novembre 2022, già impugnata “al buio” con il ricorso introduttivo in quanto oggetto di successivo deposito in corso di causa, si sono ulteriormente sviluppati i profili di censura formulati con il ricorso introduttivo.

1.1. Con il ricorso di *prime cure* parte ricorrente aveva altresì richiesto l'accertamento e declaratoria dell'obbligo della Fondazione musei civici di Venezia di aderire alla Convenzione da essa stipulata con Consip s.p.a., relativa al Lotto 1 nell'ambito della gara a procedura aperta per la fornitura “*di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli istituti e luoghi di cultura pubblici individuati all'art. 101 del d.lgs. n. 42/2004 per le pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000*” e la conseguente condanna della stessa Fondazione a disporre il subentro della ricorrente nel servizio, eventualmente nelle more della aggiudicazione della procedura e previa declaratoria di inefficacia del contratto, ove medio *tempore stipulato*.

2. Dagli atti di causa risulta quanto di seguito specificato.

2.1 All'esito di una procedura aperta indetta da Consip s.p.a. con bando pubblicato in data 31 luglio 2015, l'RTI costituito da Acciona Facility Service s.a. (in seguito, Acciona), quale mandataria, con Getec Italia s.p.a., Operosa s.p.a. e Consorzio Del Bo – Società Consortile Stabile (in seguito, RTI Acciona), risultava aggiudicataria della “*Fornitura di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli istituti e luoghi di cultura pubblici individuati all'art. 101 del d.lgs. n. 42/2004 per le pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000 - lotto 3*”, (CIG 63460974E9) per i territori delle Regioni Veneto e Friuli Venezia Giulia, nei limiti e fino alla concorrenza dell'importo massimo di Euro 62.000.000,00, IVA esclusa.

2.2. In data 30 settembre 2022 Consip s.p.a. e l'RTI Acciona stipulavano la relativa convenzione, che diveniva efficace in data 20 ottobre 2022.

2.3. Con bando pubblicato in data 28 novembre 2022, la Fondazione Musei Civici di Venezia indiceva la procedura aperta ai sensi dell'art. 58 del d.lgs. n. 50 del 2016 “*per l'affidamento in appalto del servizio di pulizia, sanificazione, disinfezione, derattizzazione, disinfestazione e deodorizzazione*” nelle sue sedi, per la durata di 3 anni, con applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'importo complessivo a base di gara di Euro 4.385.670,22.

3. Con il ricorso di *prime cure* il RTI Acciona impugnava gli atti di indizione della procedura sulla base dei seguenti motivi.

I – Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 26, commi 3 e 3 bis, della legge n. 488 del 1999, dell'art. 1, commi 512 - 520 della legge n. 208 del 2015, dell'art. 1, comma 499, della legge n. 296 del 2006; dell'art. 1 della legge n. 135 del 2012. Eccesso di potere, carenza di istruttoria e difetto di motivazione. Violazione del principio del legittimo affidamento. Obbligo di attivazione Consip.

La Fondazione sarebbe “un ente strumentale/organismo *in house* del Comune di Venezia” e come tale ai sensi dell'art. 26, comma 3, della legge n. 488 del 1999, dell'art. 1, commi 510 e 512, della legge n. 208 del 2015, dell'art. 1, comma 499, della legge n. 296 del 2006 e dell'art. 1, comma 3, della legge n. 135 del 2012, avrebbe l'obbligo di effettuare gli acquisti di beni e servizi per il tramite delle convenzioni Consip disponibili.

II - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 26, comma 3 bis, della legge n. 488 del 1999 e dell'art. 3 della legge 241 del 1990.

In violazione dell'art. 26, comma 3-*bis*, della legge n. 488 del 1999 la Fondazione non avrebbe trasmesso la delibera di indizione della gara alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo di propria competenza.

Le Amministrazioni pubbliche avrebbero la possibilità di attivare propri strumenti di negoziazione nelle sole ipotesi in cui tale opzione sia orientata a conseguire

condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro Consip.

III – Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, e dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990. Sull'obbligo della previa comparazione tra gli esiti delle gare con quelli delle gare Consip. Eccesso di potere, carenza di istruttoria e omesso e/o difetto di motivazione.

La Fondazione non avrebbe effettuato alcuna comparazione con gli esiti della gara Consip, omettendo di motivare in ordine alla maggiore economicità della scelta di ricorrere al mercato.

IV - Violazione e/o falsa applicazione dell'art 26, comma 3, legge n. 488 del 1999. Sulla maggior economicità della gara Consip. Eccesso di potere, carenza di istruttoria e difetto di motivazione.

La convenzione stipulata dall'RTI Acciona con Consip avrebbe ad oggetto il medesimo servizio affidato con la procedura indetta dalla Fondazione e sarebbe più conveniente anche sotto il profilo prestazionale in quanto consentirebbe alla resistente di "giovarsi anche di ulteriori servizi", quali la manutenzione degli immobili e il servizio di facchinaggio nonché di beneficiare della gestione unitaria del contratto.

Dalla comparazione dei due capitolati, emergerebbe che il servizio afferente la convenzione Consip sarebbe "decisamente più specifico" e garantirebbe "uno standard qualitativo enormemente superiore a fronte di un miglior impiego delle risorse finanziarie". La Convenzione Consip consentirebbe di "selezionare le prestazioni necessarie anche integrative di quelle di base".

Il costo del servizio previsto dalla Convenzione sarebbe più basso di quello indicato a base d'asta dalla Fondazione.

Dagli atti di indizione della procedura non emergerebbe alcuna motivazione in ordine ai presupposti richiesti dall'art. 1, comma 510, della legge n. 208 del 2015

per indire una autonoma procedura né in ordine alla maggiore convenienza della stessa.

La Fondazione avrebbe dovuto procedere alla revoca in autotutela della gara anche in ragione del disposto dell'art. 1, comma 1, della legge n. 135 del 2012 che sanziona con la nullità il contratto stipulato in violazione dell'obbligo di adesione alle convenzioni Consip.

4. La Fondazione, costituitasi in giudizio, in via preliminare eccepiva l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione ed interesse in quanto non vi sarebbe coincidenza e sovrapponibilità tra i servizi oggetto di gara e quelli oggetto della convenzione Consip sottoscritta da parte ricorrente.

Nel merito la Fondazione evidenziava, in particolare, che la stazione appaltante non rientrasse tra i soggetti obbligati ad aderire alle convenzioni Consip, né tra quelli che ne devono applicare i relativi parametri di prezzo-qualità.

5. Con ricorso per motivi aggiunti il RTI Acciona impugnava la delibera del Consiglio di Amministrazione della Fondazione del 3 novembre 2022 di indizione della procedura di gara, riformulando ed ampliando le censure proposte nel ricorso introduttivo, al fine di meglio specificare i profili di illegittimità della procedura.

6. Con memoria del 6.3.2023, la Fondazione eccepiva l'inammissibilità dei motivi aggiunti, in quanto diretti ad ampliare i motivi di ricorso, ribadendo l'inammissibilità ed infondatezza dell'impugnativa avversaria.

7. Il giudice di *prime cure* ha assorbito le eccezioni di rito, rigettando tanto le censure articolate nel ricorso introduttivo quanto quelle speculari e più specifiche del ricorso per motivi aggiunti, non condividendo la prospettazione su cui le censure erano state formulate, fondata sul duplice assunto:

a) che l'oggetto della convenzione Consip sottoscritta dalla ricorrente sia sovrapponibile a quello della procedura impugnata e comunque idoneo a soddisfare le esigenze della Fondazione;

b) che la Fondazione sia un'amministrazione pubblica o comunque un soggetto obbligato ad aderire alle convenzioni Consip.

8. Avverso tale sentenza il RTI Acciona, al fine di criticare il percorso motivazionale seguito dal primo giudice, ha articolato in sei motivi, le seguenti censure:

I) *Errores in iudicando*. Sulla omessa e/o apparente motivazione della sentenza Sulla contraddittorietà della motivazione della sentenza. Sulla Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 comma XIII del DL 95 del 2012, dell'art. 26 della legge 499 del 1988 e dell'art. 3 della legge 241 del 1990 e successive modifiche, sulla violazione dell'art. 3 Comma 26 del d.lgs 163 del 2006. Sulla violazione dell'art. 3 comma 26 del d.lgs 163 del 2006 Sull'obbligo della previa comparazione prezzo qualità tra gli esiti delle gare con quelli delle gare Consip. Eccesso di potere, carenza di istruttoria e omesso e/o difetto di motivazione.

II) *Errores in iudicando*. Sulla violazione e falsa applicazione all'art. 1 del d.lgs 165 del 2001. Sulla violazione e falsa applicazione degli articoli 101 e 115 del codice dei Beni Culturali d.lgs. 42/2004 sulla violazione dell'art. 3 Comma 26 del d.lgs 163 del 2006. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art. 113 bis del d.lgs 267 del 2000.

III) *Errores in iudicando*. Sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost, dell'art. 26, comma 3 e 3 bis, della L. n. 488/99, i commi 510 - 512 - 520 della legge 208/2015, dell'art. 1 comma 449 della legge 296 del 2006; dell'art. 58, co. 1, della legge n. 388/2000; dell'art. 1 della legge 135 del 2012. Dell'art. 9 del D. L. n. 66/2014 Eccesso di potere, carenza di istruttoria e difetto di motivazione.

Violazione del principio del legittimo affidamento. Obbligo di attivazione Consip.

IV) *Errores in iudicando*. Sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost, dell'art. 26, comma 3 e 3 bis, della L. n. 488/99, i commi 510 - 512 - 520 della legge 208/2015, dell'art. 1 comma 449 della legge 296 del 2006; dell'art. 58, co. 1,

della legge n. 388/2000; dell'art. 1 della legge 135 del 2012. Dell'art. 9 del d.l. n. 66/2014 Eccesso di potere, carenza di istruttoria e difetto di motivazione.

V) *Errores in iudicando*. Sulla non sovrapposibilità della procedura Consip alla procedura autonoma indetta dalla Fondazione Musei Civici di Venezia. Sulla violazione e/o falsa applicazione dell'art 26 comma III legge 488 del 1999. Sulla maggior economicità della gara Consip. Eccesso di potere, carenza di istruttoria e difetto di motivazione. Sulla violazione dell'art. 1 comma 510 della legge 208 del 2015. Sul vizio di eccesso di sindacato del GA. Sul difetto di motivazione della sentenza.

VI) *Errores in iudicando* Sulla Violazione e/o falsa applicazione dell'art 26 comma III legge 488 del 1999. Sulla maggior economicità della gara Consip. Eccesso di potere, carenza di istruttoria e difetto di motivazione.

9. Con la memoria di costituzione la Fondazione ha riproposto, ex art. 101 comma 2 c.p.a., le eccezioni articolate *in prime cure* ed assorbite dal primo giudice e segnatamente la censura di carenza di legittimazione/interesse ad agire in capo all'appellante, fondata sul rilievo della non coincidenza e sovrapposibilità tra i servizi oggetto della Convenzione Consip e quelli della gara indetta dalla Fondazione in quanto, stante l'obbligo di acquisire un Set Minimo di Servizi, doveva escludersi che la Fondazione potesse aderire alla Convenzione limitatamente ai "Servizi di Pulizia e Igiene ambientale". La mancanza di sovrapposibilità tra la Gara e la Convenzione Consip, già correttamente rilevata dal Tar, che ne aveva tratto la conclusione dell'infondatezza dell'impugnativa nel suo complesso, in tesi di parte appellata comporterebbe, prima ancora, l'inammissibilità del ricorso, dal momento che, anche ad ammettere per pura ipotesi l'applicazione della Convenzione Consip, per un verso, l'adesione non sarebbe "automatica", presupponendo una verifica circa la sovrapposibilità tra i servizi oggetto di gara e la Convenzione Consip, evidentemente assente, e per altro

verso, non vi sarebbe comunque la possibilità concreta di rispettare il vincolo imposto da Consip ovvero l'attivazione del set minimo di servizi richiesto, fra cui anche il servizio di pulizia.

9.1. Parta appellata ha altresì riproposto l'eccezione di inammissibilità dei motivi aggiunti formulata al par. 4 della memoria del 6.3.2023, ma non esaminata.

9.2. In tesi di parte appellata inoltre i motivi di appello sarebbero inammissibili per difetto di specificità in quanto per un verso mera riproposizione dei motivi articolati *in prime cure* e per altro verso in quanto volti ad allargare le censure formulate in primo grado con il ricorso introduttivo, con cui non era stata posta la questione della facoltà della Fondazione di aderire alla Convenzione Consip quale organismo di diritto pubblico, questione posta solo in via subordinata con il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, da ritenersi inammissibile.

9.3. Nel merito la Fondazione ha insistito comunque nel rigetto del ricorso.

10. In vista dell'udienza di trattazione di merito dell'appello la Fondazione Musei Civici di Venezia ha depositato nei termini di rito verbale di avvio del servizio, a partire dal 1 agosto 2023 in cui si dà atto dell'avvenuta aggiudicazione della gara all'impresa Papalini s.p.a - aggiudicazione che secondo quanto dedotto dalle parti risulta essere oggetto di successiva impugnativa ad opera del RTI Acciona- nonché dell'avvenuta stipula del contratto in data 27 luglio 2023.

10.1. Entrambe le parti hanno depositato memoria di discussione e di replica, ex art. 73 comma 1 c.p.a., insistendo nei rispettivi assunti. Il RTI Acciona con tali memorie, oltre a controdedurre in ordine alle eccezioni sollevate dalla Fondazione Musei Civici di Venezia, ha a sua volta eccepito l'inammissibilità delle eccezioni sollevate a suo dire solo nel presente grado di appello.

11. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 19 dicembre 2023.

DIRITTO

12. La presente controversia ha ad oggetto l'impugnativa da parte del RTI Acciona (già ricorrente in *prime cure* ed odierno appellante) - aggiudicataria della gara Consip per “*Fornitura di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli istituti e luoghi di cultura pubblici individuati all’art. 101 del d.lgs. n. 42/2004 per le pubbliche amministrazioni ai sensi dell’art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell’art. 58 legge n. 388/2000 - lotto 3*”, (CIG 63460974E9) per i territori delle Regioni Veneto e Friuli Venezia Giulia - degli atti di indizione da parte della Fondazione Musei Civici di Venezia della procedura di gara per l'affidamento del servizio di pulizia, sanificazione, disinfezione, derattizzazione, disinfestazione e deodorizzazione nelle sedi della Fondazione Musei Civici di Venezia CIG: 95049916B4, lotto unico.

12.1. Il giudice di *prime cure* ha rigettato tanto le censure articolate nel ricorso introduttivo, quanto quelle del ricorso per motivi aggiunti, non condividendo la prospettazione su cui le censure erano formulate, fondata sul duplice assunto:

- a) che l'oggetto della convenzione Consip sottoscritta dalla ricorrente sia sovrapponibile a quello della procedura impugnata e comunque idoneo a soddisfare le esigenze della Fondazione;
- b) che la Fondazione sia un'amministrazione pubblica o comunque un soggetto obbligato ad aderire alle convenzioni Consip.

12.2. Quanto al primo profilo, il Tar ha osservato che la procedura impugnata ha ad oggetto “*i servizi di pulizia, sanificazione, disinfezione, derattizzazione, disinfestazione e deodorizzazione necessari a garantire il massimo livello di pulizia e igiene presso le strutture museali ed amministrative della Fondazione, con particolare attenzione alla prevenzione della diffusione e trasmissione delle malattie infettive (quali ad esempio SARS-CoV-2)*” (art. 1 del capitolato della Fondazione).

La Convenzione Consip invece riguarda i “*Servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli istituti e luoghi di cultura pubblici individuati all’art. 101 del d.lgs. n. 42/2004*

per le pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 26 legge n. 488/1999 e s.m.i. e dell'art. 58 legge n. 388/2000" (Disciplinare di gara Consip).

Pertanto la Convenzione Consip ha ad oggetto un "appalto per servizi di Facility Management" (cfr. premesse capitolato tecnico Consip, allegato n. 8 della ricorrente) che comprende una pluralità di servizi articolati in "Servizi di governo" e "Servizi Operativi", tra cui i "Servizi di manutenzione", i "Servizi di Pulizia e Igiene ambientale" e "Altri Servizi Operativi" (cfr. art. 3 del capitolato Consip), con l'obiettivo di attivare un "*processo di razionalizzazione delle spese di manutenzione e dei servizi relativi agli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni*" (art. 1 del capitolato Consip).

Peraltro, la Fondazione, ove avesse aderito alla convenzione Consip, non avrebbe potuto acquisire i soli "*servizi di pulizia, sanificazione, disinfezione, derattizzazione, disinfestazione e deodorizzazione*" oggetto della procedura, ma avrebbe dovuto acquistare, a seconda della modalità di erogazione prescelta, almeno tre o cinque ulteriori servizi operativi, tra cui almeno uno o due servizi di manutenzione, di cui non risulta avesse necessità.

12.3. Ferma l'assorbenza di tale profilo, di per sé dirimente, peraltro secondo il giudice di *prime cure* non ricorrerebbe neanche il secondo presupposto, non essendo la Fondazione assimilabile ad un'amministrazione pubblica obbligata ad aderire alla convenzione Consip, in quanto solo le "amministrazioni pubbliche" di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001 sarebbero tenute ad aderire a tali convenzioni, laddove secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 498, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, "*Le società controllate dallo Stato e dagli enti locali che siano organismi di diritto pubblico ai sensi dell'articolo 3, comma 26, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ad eccezione di quelle che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati, utilizzano i parametri di prezzo-qualità di cui all'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488*".

Pertanto le società controllate da enti pubblici e che sono organismi di diritto pubblico, diversamente dalle pubbliche amministrazioni, hanno dunque la facoltà – non l'obbligo - di aderire alle convenzioni Consip, essendo unicamente tenute ad utilizzarne i parametri di prezzo-qualità.

Le c.d. fondazioni culturali, quali forme tipizzate di partenariato pubblico-privati, non risultano, secondo il giudice di *prime cure*, rientrare di per sé tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, bensì eventualmente tra gli organismi di diritto pubblico.

12.4. Inammissibile e infondato è stato inoltre ritenuto il profilo di censura contenuto nel terzo motivo del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti, con cui la ricorrente lamentava che la Fondazione avrebbe in ogni caso dovuto applicare i parametri prezzo-qualità delle convenzioni Consip.

Sotto il primo profilo, in quanto parte ricorrente, non avendo dimostrato di aver partecipato alla procedura, non sarebbe legittimata a far valere tale violazione e in ogni caso non aveva evidenziato quale utilità conseguirebbe dall'accoglimento della censura.

12.4.1. La censura sarebbe peraltro altresì infondata in quanto, in ragione della non sovrapposibilità dell'oggetto della convenzione Consip con il servizio oggetto dell'appalto, i parametri prezzo-qualità della Convenzione non risulterebbero in concreto applicabili.

12.5. Inammissibile e infondato, da ultimo, secondo il Tar sarebbe anche il quarto motivo con cui la ricorrente lamentava che il servizio oggetto della convenzione sarebbe maggiormente vantaggioso per la Fondazione, in ragione da un lato della non sovrapposibilità dei servizi, dall'altro, del rilievo che, in ossequio al principio di specificità dei motivi di gravame, sarebbe stato in ogni caso onere della parte ricorrente dedurre precisi elementi idonei a dimostrare la violazione dei vincoli di qualità e di prezzo dettati dalla convenzione Consip.

13. Il RTI Acciona critica il percorso motivazionale seguito dal primo giudice con sei motivi di appello.

14. Con il primo motivo parte appellante lamenta che la sentenza gravata, pur avendo riconosciuto la natura di organismo di diritto pubblico della Fondazione Musei Civici di Venezia, non ne avrebbe tratto le necessarie conseguenze in merito al rispetto dei parametri di prezzo qualità stabiliti dalla normativa in materia. Da ciò il vizio di carenza della motivazione riportata nella sentenza.

Parte appellante infatti sostiene che nel ricorso di *prime curem* e segnatamente nel terzo motivo del ricorso introduttivo ulteriormente sviluppato nel terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, era stato richiesto il riconoscimento dell'obbligo della Fondazione ad aderire a Consip – in quanto *longa manus* del Comune–; ovvero la facoltà di aderire alla convenzione Consip (III motivo di diritto – motivi aggiunti pag. 16 ; ovvero pag. 12-14 della memoria ex art 73 cpa) – , con l'obbligo, però di rispettare i parametri di prezzo e qualità come limiti massimi.

Ciò in quanto l'art. 26, comma III della legge n. 499/1988 prevede l'obbligo, per le pubbliche amministrazioni pubbliche sia centrali che periferiche, di effettuare acquisti di beni e servizi tramite le convenzioni Consip, stabilendo che le amministrazioni pubbliche devono utilizzare “ *i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse anche utilizzando procedure telematiche per l'acquisizione di beni e servizi ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101*”.

In tesi di parte appellante non sarebbe stata inoltre rispettata la previsione del comma 1 del d.l. n. 95/12, in base al quale “*la disposizione del primo periodo del presente comma non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip s.p.a., ed a condizione che tra*

l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza'.

Nell'ipotesi di specie tale obbligo comparativo di convenienza non era stato assolto dalla Fondazione – come emerge dalla delibera del CDA del 3.11.2022 – mancando una qualsivoglia comparazione economica, laddove detto obbligo dovrebbe essere assolto *ex ante*, prima di bandire la gara, facendolo procedere da adeguata istruttoria.

In ragione di ciò parte appellante lamenta anche l'erroneità del capo motivazionale di cui al paragrafo 4.1. della sentenza con cui si è rigettato il terzo motivo di ricorso, con cui la ricorrente aveva lamentato che la Fondazione avrebbe in ogni caso dovuto applicare i parametri prezzo-qualità delle convenzioni Consip, fondato sul rilievo che la ricorrente non avesse partecipato alla procedura *de qua*.

Ciò in quanto la ricorrente aveva agito in giudizio quale operatore del mercato aggiudicatario della gara Consip, avendo l'interesse ad eseguire il relativo contratto ed espletare le relative prestazioni; eventualità che sarebbe preclusa dalla procedura di gara indetta dalla Fondazione; da ciò la legittimazione ad impugnare gli atti della gara in questione, a prescindere dalla sua partecipazione alla gara.

In ogni caso parte appellante assume che nell'ipotesi in cui la sentenza di *prime cure* non avesse riconosciuto la natura di organismo di diritto pubblico in capo alla Fondazione, la sentenza sarebbe erronea anche sotto tale profilo, per cui ricorrerebbero tutte le condizioni esplicitate nell'art. 3 comma 26 del d.lgs. 163 del 2006.

15. Con il secondo motivo il RTI Acciona lamenta l'erroneità della sentenza di *prime cure* laddove aveva affermato che la Fondazione non è un'amministrazione pubblica o comunque un soggetto obbligato ad aderire alle convenzioni Consip (punto 1.1. lett. B) perché *“le fondazioni culturali, quali forme tipizzate di partenariato*

pubblico privato, non risultano rientrare tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs 165 del 2001".

Ciò in quanto la norma *de qua* ricomprenderebbe espressamente i Comuni e la Fondazione sarebbe ente strumentale/organismo del Comune di Venezia e, in quanto tale, sarebbe soggetta ai medesimi obblighi del Comune -ivi compresa l'obbligo di adesione alla Convenzione Consip se già attiva- a meno che non ponga in essere preventivi e determinati adempimenti al fine di indire una gara autonoma (adempimenti qui insussistenti).

Del resto, l'art. 113 *bis* del d.lgs. 267 del 2000 prevede che gli enti locali possono procedere all'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate, potendo avvalersi di forme organizzative non direttamente tipizzate dal TUEL, in assenza di disposizioni preclusive espresse; pertanto la fondazione sarebbe *longa manus* del Comune.

La sentenza meriterebbe inoltre di essere riformata laddove assume che la fondazione non sia una società *in house*, per non esservi prova del controllo analogo, non essendo sufficiente al riguardo l'affidamento diretto del servizio, allegando che il Comune di Venezia è il Fondatore Promotore, nonché il socio di maggioranza e che la nomina di tutti i membri della Fondazione è proveniente dal Comune; peraltro il controllo analogo si evincerebbe dalla delibera consiliare 25 del 2008 (doc. 19 – delibera 25 del 2008), acquisita agli atti a seguito di istanza di accesso (non essendo reperibile sul sito del Comune) da cui emergerebbe, a chiare lettere la cd la comprova del controllo analogo – ovvero il controllo che la PA esercita sulla Fondazione, analogo a quello esercitato sui propri servizi.

16. Con il terzo motivo di appello il RTI Acciona assume che, stante la configurazione della Fondazione come *longa manus* del Comune, ovvero come articolazione interna della medesima Amministrazione, ne deriverebbe la

sussistenza dell'obbligo di adesione alle convenzioni Consip, gravante su tutte le amministrazioni centrali e periferiche (quindi anche quelle comunali) e, conseguentemente, l'obbligo di adesione Consip anche da parte della medesima Fondazione, allorché quest'ultima abbia determinato di procedere all'acquisto di un bene o di un servizio per il quale Consip ha già la disponibilità ed è stata stipulata una convenzione.

Dall'esame della normativa e, specificamente, in base a quanto disposto con valenza prescrittiva dall'art. 9 co. 3 del d.l. n. 66/14 per effetto della modifica recata dall'art. 1, comma 499, lett. b), c), d) ed e), L. 28 dicembre 2015, n. 208 ("ricorrono" e non "possono ricorrere", come rinvenibile nelle norme anteriori), si ricava che anche gli enti locali sottostanno all'obbligo di approvvigionamento mediante ricorso alle convenzioni stipulate dai soggetti aggregatori.

17. Con il quarto motivo di appello il RTI Acciona assume che, atteso l'inquadramento della Fondazione quale *longa manus* del Comune di Venezia, ribadita la preesistenza della Convenzione Consip alla indizione della nuova gara - aggiudicazione del 30 giugno (doc. 6), sottoscrizione convenzione Consip del 30 settembre 2022 (doc. 7) e attivazione della Convenzione Consip in data 20 ottobre 2022 - ribadito l'obbligo del Comune di aderire a Consip, la Fondazione avrebbe dovuto porre in essere tutti gli adempimenti richiesti dall'art. 1, comma 510, della Legge n. 208/2015 (Legge di Stabilità 2016) per procedere ad acquisti autonomi.

18. Con il quinto motivo di appello il RTI Acciona afferma che la sentenza di *prime cure* meriterebbe di essere riformata anche laddove ha ritenuto che i servizi di cui alla gara *de qua* non siano perfettamente sovrapponibili con quelli della Convenzione Consip, essendo il giudice di *prime cure* entrato nel merito della sovrapponibilità dei servizi, sottratta al suo sindacato e non avendo il Tar spiegato il rigetto della censura formulata secondo cui era onere, ai sensi dell'art. 1 comma

510 legge 208 del 2015, della Fondazione provare la inidoneità del servizio Consip per mancanza delle caratteristiche essenziali per procedere ad una gara autonoma.

Analizzando il Capitolato Speciale della gara della Fondazione (lett. C) e il Capitolato Tecnico Consip (doc. 3) emergerebbe chiaramente, secondo la prospettazione attorea, che, in entrambi i casi, le prestazioni da svolgere involgerebbero le attività di pulizia e disinfestazione.

La gara Musei sarebbe più conveniente, anche sotto il profilo prestazionale: invero, non solo prevede l'erogazione dei servizi di pulizia e igiene ambientale, ma consentirebbe alla Fondazione di giovare anche di ulteriori servizi, quali la manutenzione degli immobili e il servizio di facchinaggio, nonché il vantaggio di gestione unitaria del contratto regolato dall'apposita convenzione. Anche l'eventuale rimodulazione delle prestazioni eventualmente necessaria per far fronte ai nuovi e più severi standard in uso in questa fase pandemica sarebbe possibile con pochi passaggi nella convenzione Consip con investimento dei risparmi derivanti dall'adesione alla convenzione.

Né sarebbe un ostacolo l'obbligo di acquisire un set minimo di servizi, escludendo che la fondazione possa in ipotesi aderire limitatamente ai servizi di pulizia e igiene ambientale, in quanto questo aspetto non deve essere considerato come uno svantaggio, ma un'opportunità per l'amministrazione a centralizzare i servizi con un unico interlocutore, con conseguente risparmio.

19. Parte appellante censura con il sesto motivo il capo della sentenza con cui si era rigettata la censura di cui al quarto motivo di appello, riferita alla maggiore convenienza della convenzione Consip in ragione da un lato della asserita sovrapposibilità dell'oggetto delle due gare e dall'altro della circostanza che il Tar avrebbe imposto erroneamente a carico della ricorrente un onere di dimostrazione della maggiore economicità della convenzione Consip, quando dovrebbe essere la stazione appaltante a dover dimostrare la maggiore economicità della gara indetta

in via autonoma. Indubbio peraltro sarebbe che l'adesione alla Convenzione comporterebbe una serie di vantaggi che la gara autonoma non permette di ottenere: la Fondazione, infatti, avrebbe una pluralità di servizi tecnico-manutentivi attraverso un unico interlocutore.

20. Come desumibile dalla disamina dei motivi di appello e dalle difese delle parti il *thema decidendum* si incentra su tre questioni, in relazione alle quali pertanto può procedersi alla disamina congiunta dei motivi di appello per ragioni di connessione:

1) la sovrapponibilità o meno dei servizi oggetto della Convenzione Consip di cui il RTI Acciona è risultata aggiudicataria, questione che il giudice di *prime cure* ha esaminato prioritariamente ritenendola in grado *ex se* di portare al rigetto del ricorso e in relazione alla quale parte appellante, invertendo l'ordine logico seguito dal primo giudice, ha articolato il quinto e sesto motivo di appello;

2) l'assimilabilità o meno della Fondazione Musei Civici di Venezia ad un'amministrazione pubblica o comunque ad una società *in house* del Comune di Venezia, con obbligo pertanto di adesione alle Convenzioni Consip con la conseguente necessità di potersi svincolare da tale obbligo solo nella ricorrenza dei presupposti individuati dall'art. 1 comma 510 della l. 208/2015 (secondo, terzo quarto motivo di appello);

3) la configurabilità della Fondazione Musei Civici di Venezia quale organismo di diritto pubblico con facoltà di aderire a Consip e con l'obbligo però di rispettare i parametri di prezzo qualità come limiti massimi nell'indizione delle gare autonome (primo motivo di appello).

21. Ciò posto, *in limine litis* si impone la disamina delle eccezioni di rito sollevate da parte appellata con la memoria di costituzione ex art. 101 comma 2 c.p.a..

Infatti come noto l'esame delle questioni preliminari deve precedere la valutazione del merito della domanda (Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4), salve esigenze eccezionali di semplificazione che possono giustificare l'esame prioritario

di altri aspetti della lite in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali (Cons. Stato, Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5); inoltre l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito non rientra nella disponibilità delle parti (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9).

21.1. La Fondazione Musei Civici di Venezia eccepisce in primo luogo il difetto di legittimazione e di interesse a ricorrere del RTI Acciona sulla base del rilievo della non sovrapposibilità dei servizi oggetto della gara Consip ad essa aggiudicata e della gara oggetto dell'odierna impugnativa.

Il primo giudice ha infatti soprasseduto da tale eccezione, ritenendo che la stessa afferisse al merito dell'impugnativa, considerando l'accertata non sovrapposibilità come ragione sufficiente *ex se* a determinare il rigetto dell'impugnativa, salvo poi affrontare anche gli ulteriori motivi di ricorso afferenti all'obbligo o meno della Fondazione di aderire alla Convenzione Consip, giungendo anche sotto questo profilo al rigetto del ricorso.

21.2. Il collegio condivide al riguardo il ragionamento del primo giudice in quanto la legittimazione e l'interesse a ricorrere vanno affermate in astratto, alla luce della prospettazione della parte ricorrente (Cons. Stato, sez. III, 29 ottobre 2021 n. 7248), essendo la sovrapposibilità o meno dei servizi oggetto della convenzione Consip e di quelli oggetto della gara *de qua* questione che afferisce al merito.

Il RTI Acciona, in quanto aggiudicatario della gara Consip, vanta infatti un interesse concreto diretto ed attuale all'impugnativa dell'indizione delle gare autonome che ritenga lesive della sua posizione, indipendentemente dall'adozione del provvedimento terminale di quel procedimento (Cons. Stato Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2728; Cons. Stato, sez. III, 29 ottobre 2021 n. 7248).

22. Fondata si rileva per contro l'eccezione di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti presentato in primo grado avverso la delibera del Consiglio di Amministrazione del 3 novembre 2022 della Fondazione Musei Civici di Venezia

nella parte in cui il RTI Acciona ha allargato il *thema decidendum* in relazione a vizi che non emergevano dal contenuto della delibera *de qua*, depositata nel corso del giudizio dalla Fondazione Musei Civici di Venezia ed in particolare in relazione al terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, con cui per la prima volta è stata posta la questione dell'annoverabilità della Fondazione fra gli organismi di diritto pubblico.

22.1. Ed invero il ricorso per motivi aggiunti, come evincibile dall'art. 43 c.p.a., può essere proposto per sollevare nuove censure contro il provvedimento già impugnato con l'atto introduttivo del giudizio al fine di evidenziarne ulteriori vizi conosciuti solo successivamente (motivi aggiunti propri); o per estendere l'impugnativa ad atti connessi e sopravvenuti a quelli già impugnati (motivi aggiunti impropri, contenenti una domanda nuova), ipotesi queste non ricorrenti nella fattispecie *de qua*, in quanto il RTI Acciona con il ricorso per motivi aggiunti ha inteso non solo precisare meglio i motivi formulati con il ricorso introduttivo a seguito della sopravvenuta conoscenza della delibera del Consiglio di Amministrazione del 3 novembre 2022 della Fondazione Musei Civici di Venezia di indizione della gara, ma anche motivi nuovi che non trovano fondamento nel contenuto della delibera, come il motivo formulato nel terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, riguardante come innanzi precisato, la configurabilità della Fondazione Musei Civici di Venezia come organismo di diritto pubblico.

22.1.1. Infatti nel ricorso introduttivo di *prime cure* alcuna censura è stata mossa dal RTI Acciona sulla configurabilità della Fondazione come organismo di diritto pubblico, tenuto pertanto al rispetto dei parametri di prezzo e qualità quali limiti massimi per la stipula dei contratti, posto che anche con il terzo motivo del ricorso introduttivo alcun riferimento era stato operato in ordine a tale obbligo, essendosi per contro fatto riferimento all'obbligo di effettuare una comparazione di convenienza rispetto agli esiti della gara Consip, sulla base del presupposto

dell'annoverabilità della Fondazione tra le amministrazioni pubbliche ex comma 1 del d.l. 95 del 2012.

22.1.2. Il RTI Acciona ha pertanto formulato inammissibilmente il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti onde allargare il *thema decidendum*, evidentemente a seguito dell'adozione ad opera del Tar dell'ordinanza cautelare n. 40 del 2023, con la quale il collegio ha rigettato l'istanza di sospensiva osservando altresì che “*in base agli atti prodotti in giudizio e in particolare allo statuto, la Fondazione Musei Civici di Venezia pare avere natura di organismo di diritto pubblico e non possa invece essere qualificata Amministrazione statale né ente pubblico e nemmeno “società in house providing”*”.

22.1.3. In alcun modo l'adozione di tale pronunciamento poteva pertanto costituire presupposto per la proposizione del cennato motivo del ricorso per motivi aggiunti, rimettendo nei termini la parte per la proposizione di una censura non formulata nei termini di rito con il ricorso introduttivo e non discendente dal contenuto della Delibera del Consiglio di Amministrazione del 3 novembre 2022 della Fondazione Musei Civici di Venezia, formalmente oggetto di impugnativa con tale ricorso per motivi aggiunti.

22.1.4. Né appare condivisibile l'argomentazione difensiva del RTI Acciona fondata sul rilievo che la Fondazione non avrebbe eccepito l'inammissibilità di tale motivo *in prime cure*, con la conseguente decadenza dalla proposizione nell'odierna sede, non avendo tra l'altro impugnato neanche il capo della sentenza di prime cure secondo cui “*Le c.d. fondazioni culturali, quali forme tipizzate di partenariato pubblico-privati, non risultano rientrare di per sé tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, bensì eventualmente tra gli organismi di diritto pubblico*”.

Ed invero entrambe le argomentazioni non colgono nel segno.

Infatti come noto l'eventuale inammissibilità del ricorso di primo grado costituisce una questione rilevabile d'ufficio, anche in appello, in quanto attinente ad una

condizione dell'azione (Con Stato, sez. V, 17 gennaio 2019, n. 421; sez. III, 13 agosto 2018, n. 4914).

Inoltre, in base alla giurisprudenza in materia, in alcun modo la parte resistente *in prime cure* incorre nel divieto *dei nova* di cui all'art. 104 c.p.a. che riguarda la sola parte ricorrente cui è precluso, una volta delimitato il *thema decidendum* con i motivi di impugnazione articolati in primo grado, un ampliamento nel giudizio, mentre i resistenti possono addurre qualunque motivo (salve le preclusioni di legge) per dimostrare al giudice di secondo grado l'infondatezza della domanda del ricorrente (da ultimo, Cons. Stato, Sez. VII, 10 ottobre 2023, n. 8846, sez. IV, 29 dicembre 2020, n. 8475).

22.1.5. Peraltro la Fondazione neppure era onerata dall'appello avverso il punto 3.3. della sentenza di *prime cure*, che lungi dall'affermare la configurabilità della Fondazione come organismo di diritto pubblico, al solo fine di rigettare la prospettazione del RTI Acciona circa l'obbligo della medesima Fondazione di aderire alla Convenzione Consip ha *incidenter tantum* affermato che le fondazioni culturali, quali forme tipizzate di partenariato pubblico-privati, non risultano rientrare di per sé tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, bensì *eventualmente* tra gli organismi di diritto pubblico.

Trattandosi di statuizione in alcun modo lesiva della posizione della Fondazione pertanto non sussisteva alcun onere di impugnativa, non sussistendo alcuna soccombenza.

23. Avuto riguardo all'inammissibilità del terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti in appello con il quale, come innanzi precisato, si è posto per la prima volta la problematica dell'annoverabilità della Fondazione come organismo di diritto pubblico, il primo motivo di appello, in quanto fondato su tale rilievo inammissibile, si appalesa del pari inammissibile per divieto *dei nova* ex art. 104 comma 1 c.p.a.

24. Ciò posto, seguendo l'ordine logico posto a base del *decisum di prime cure*, non avendo parte appellante graduato le censure in senso vincolante per il giudice, non potendosi confondere la graduazione delle censure con la loro enumerazione, possono esaminarsi congiuntamente il quinto e il sesto motivo di appello, con i quali il RTI Acciona critica la sentenza di *prime cure* nella parte in cui aveva escluso la sovrapposibilità tra l'oggetto delle due gare.

24.1. In tesi di parte appellante il giudice di *prime cure* sarebbe entrato nel merito della sovrapposibilità dei servizi, sottratta al suo sindacato e non avrebbe motivato in ordine alla censura formulata, secondo cui era onere, ai sensi dell'art. 1 comma 510 legge 208 del 2015, della Fondazione provare la inidoneità del servizio Consip per mancanza delle caratteristiche essenziali per procedere ad una gara autonoma (quinto motivo).

24.2. Inoltre, nel rigettare la censura di cui al quarto motivo di ricorso, riferita alla maggiore convenienza della gara Consip, il Tar avrebbe da un lato erroneamente fatto riferimento all'asserita non sovrapposibilità dell'oggetto delle due gare e dall'altro al fatto che era onere della ricorrente dimostrare la maggiore economicità della convenzione Consip, quando dovrebbe essere la stazione appaltante a dover dimostrare la maggiore economicità della gara indetta in via autonoma (sesto motivo).

Inoltre con entrambi i motivi parte appellante assume che la Convenzione Consip sarebbe più vantaggiosa per la Fondazione, in quanto le permetterebbe di avere più servizi tramite un unico interlocutore.

25. I motivi si appalesano infondati.

25.1. Ed invero l'art. 1 comma 510 della l. 208 del 2015 prescrive che “*Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate da Consip SpA, ovvero dalle centrali di committenza regionali, possono procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito*

di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali?.

Detta norma non è applicabile alla fattispecie *de qua*, non solo per la circostanza che si applica alle sole amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le Convenzioni Consip – fra le quali non rientra, come si preciserà nella disamina del secondo, terzo e quarto motivo di appello, la Fondazione - ma perché postula quale *prius* la sovrapposibilità fra l'oggetto della gara Consip e l'oggetto della gara che si intende bandire, non potendo farsi rientrare nella verifica dello specifico soddisfacimento dell'Amministrazione la disamina di detta sovrapposibilità allorché la stessa, come nell'ipotesi di specie, sia palese.

Da ciò, pertanto, la possibilità per il giudice di apprezzare la sovrapposibilità dell'oggetto delle due gare in quanto vertente su un presupposto necessario per l'applicabilità del cennato disposto normativo.

Un conto infatti è la questione dell'inidoneità della convenzione Consip al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali, altro conto è la questione della mancanza di sovrapposibilità che costituisce *un prius* rispetto alla verifica di convenienza e di satisfattività della Convenzione Consip rispetto agli interessi dell'Amministrazione. L'inidoneità, infatti, deve emergere da un confronto operato tra lo specifico fabbisogno dell'ente e il bene o il servizio oggetto di convenzione, pertanto, deve riguardare le caratteristiche del bene o servizio senza che la valutazione possa estendersi a elementi ulteriori che incidono sul fabbisogno (Corte dei Conti Emilia-Romagna, Sez. contr., Delibera, 13/03/2018, n. 56).

25.2. Nell'ipotesi di specie come correttamente ritenuto dal primo giudice non vi è alcuna sovrapposibilità tra i servizi oggetto della Convenzione Consip e quelli della gara indetta dalla Fondazione.

Infatti la procedura *de qua agitur* ha ad oggetto “*i servizi di pulizia, sanificazione, disinfezione, derattizzazione, disinfestazione e deodorizzazione necessari a garantire il massimo livello di pulizia e igiene presso le strutture museali ed amministrative della Fondazione, con particolare attenzione alla prevenzione della diffusione e trasmissione delle malattie infettive (quali ad esempio SARS-CoV-2)*” (art. 1 del capitolato della Fondazione)”.

Per contro, come precisato dall'art. 1 del Capitolato tecnico (cfr. doc. 5 parte ricorrente), la gara Consip è stata indetta al fine di attivare un “*processo di razionalizzazione delle spese di manutenzione e dei servizi relativi agli immobili in uso a qualsiasi titolo alle Pubbliche Amministrazioni?*”.

Si tratta, infatti, di un contratto di “*appalto per servizi di Facility Management?*”, che ha ad oggetto una pluralità di servizi descritti all'articolo 3 del Capitolato tecnico, come detto articolati in “Servizi di governo” e “Servizi Operativi”, a loro volta distinti in “Servizi di manutenzione”, “Servizi di Pulizia e Igiene ambientale” e “Altri Servizi Operativi”.

L'art. 5.2 del medesimo Capitolato tecnico, nel disciplinare “*le Condizioni per l'adesione alla convenzione?*”, prevede molto chiaramente che “*le Amministrazioni che intendano utilizzare la Convenzione sono obbligate ad ordinare ed acquistare un quantitativo minimo di servizi composto da:*

·- *per la modalità di erogazione “evoluta”, almeno 5 servizi operativi tra quelli previsti nel presente Capitolato Tecnico (esclusi i servizi di Minuto Mantenimento Edile, Presidio Tecnologico, Presidio di Pulizia e Reperibilità), di cui per lo meno 2 afferenti alla categoria Servizi di Manutenzione (rif. paragrafo 7.1).*

·- *per la modalità di erogazione “semplificata” almeno 3 servizi operativi tra quelli previsti nel presente Capitolato Tecnico (esclusi i servizi di Minuto Mantenimento Edile, Presidio*

Tecnologico, Presidio di Pulizia e Reperibilità), di cui per lo meno 1 servizio afferente alla categoria Servizi di Manutenzione (rif. paragrafo 7.1)”.

Essendo previsto l'obbligo di acquisire un Set Minimo di Servizi era escluso che la Fondazione potesse aderire alla Convenzione limitatamente ai “Servizi di Pulizia e Igiene ambientale”.

Difatti, in base al Capitolato tecnico, per poter aderire la Fondazione dovrebbe ordinare (a seconda della modalità di erogazione prescelta) almeno 5 o 3 servizi operativi, tra cui almeno 1 o 2 servizi di manutenzione.

Inoltre, come correttamente osservato dal primo giudice, il capitolato della Fondazione faceva particolare riferimento alla necessità di “*prevenzione della diffusione e trasmissione delle malattie infettive (quali ad esempio SARS-CoV-2)*”, quando invece il bando Consip è stato pubblicato nel 2015 allorché non era ancora intervenuta la nota pandemia.

25.3. Questa Sezione, come già osservato dal primo giudice, con riferimento ad analoga procedura indetta dalla Consip per l'affidamento di servizi integrati, gestionali ed operativi, da eseguirsi negli immobili, adibiti prevalentemente ad uso ufficio, in uso a qualsiasi titolo alle pubbliche amministrazioni, nonché negli immobili in uso a qualsiasi titolo alle istituzioni universitarie pubbliche ed agli enti ed istituti di ricerca, ha al riguardo ritenuto infondata l'impugnativa proposta avverso la gara autonoma indetta Agenzia delle Entrate [ente rientrante nelle categorie di soggetti tenuti ad aderire alle convenzioni Consip], proprio per l'assenza di sovrapponibilità non solo territoriale ma di oggetto tra le due procedure, osservando che “*l'oggetto delle due gare non è sovrapponibile, come emerge dalla diversità di CPV; ed invero, le gare autonome ADE riguardano soltanto i servizi di pulizia, quelli effettivamente necessari alla stazione appaltante, mentre la gara Consip contempla anche la manutenzione degli immobili, i servizi di facchinaggio e quelli di reception (facility management o facility management light). Ed anche in quest'ultima fattispecie (FML), i servizi di pulizia non*

erano opzionabili da soli, ma esclusivamente insieme ad altri servizi. Anzi, nel FML i servizi di pulizia erano di regola esclusi, e per ottenerli, sempre comunque in un pacchetto con altri, bisognava proporre una specifica domanda” (Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2023, nn. 2728, 2729, 2730).

Nonostante dette statuizioni siano state richiamate nella sentenza di *prime cure*, il RTI Acciona alcuna censura ha al riguardo sollevato nell’atto di appello al fine di dedurre l’inapplicabilità alla fattispecie di cui è causa.

25.4. In ragione di tali rilievi il quinto e sesto motivo di appello risultano destituiti di fondamento, non potendo questo giudice, stante l’assenza di sovrapponibilità dei servizi oggetto delle due gare, pronunciarsi, come vorrebbe parte appellante, sulla maggiore convenienza della Convenzione Consip acquisendo anche gli ulteriori servizi, deduzione questa, al contrario di quella oggettiva attinente alla sovrapponibilità dell’oggetto delle due gare, che, ove rimessa in questa sede, solleciterebbe un inammissibile sindacato sostitutorio ad opera del G.A..

26. Il rigetto del quinto e sesto motivo di appello sarebbe in grado *ex se* di determinare il rigetto dell’appello, venendo a mancare il profilo oggettivo per l’obbligo di adesione alla Convenzione Consip, ovvero la sovrapponibilità dell’oggetto delle due gare, come peraltro correttamente evidenziato dal primo giudice che al riguardo ha osservato “*Fermo quanto sopra – di per sé dirimente per la definizione della presente controversia*”, salvo poi precisare per ragioni di completezza come non fosse condivisibile il secondo presupposto (soggettivo) fondante la pretesa della parte ricorrente, ossia l’assunto secondo cui la Fondazione rientrerebbe tra i soggetti obbligati ad aderire alle convenzioni Consip.

27. Per le medesime esigenze di completezza pertanto verranno esaminati il secondo, terzo e quarto motivo di appello, in quanto volti a contestare i capi della sentenza che hanno escluso che la Fondazione possa essere annoverata fra le amministrazioni pubbliche obbligate ad aderire alle Convenzioni Consip.

27.1. Detti motivi in quanto fondati su un unico presupposto, ovvero sull'erroneità della sentenza nel punto in cui aveva ritenuto che la Fondazione non è un'amministrazione pubblica o comunque un soggetto obbligato ad aderire alle convenzioni Consip (punto 1.1. lett. B) perché “*le fondazioni culturali, quali forme tipizzate di partenariato pubblico privato, non risultano rientrare tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs 165 del 2001*” ed in ogni caso sull'erroneità della sentenza laddove aveva escluso la natura di soggetto *in house* del Comune di Venezia possono essere esaminati congiuntamente,

Al riguardo parte appellante evidenzia come anche i Comuni rientrano tra le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del d.lgs. 165 del 2001 e come la Fondazione sia una *longa manus* del Comune.

A riprova di tale assunto ha depositato per la prima volta nel presente grado di appello la delibera consiliare 25 del 2008 (doc. 19 – delibera 25 del 2008), acquisita agli atti a seguito di istanza di accesso (non essendo reperibile sul sito del Comune) da cui emergerebbe, a chiare lettere la cd la comprova del controllo analogo – ovvero il controllo che la PA esercita sulla Fondazione analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Con la memoria ex art. 73 c.p.a. inoltre il RTI Acciona, estendendo ulteriormente ed inammissibilmente il *thema decidendum* sia rispetto a quanto dedotto nell'atto di appello, sia a quanto dedotto in *prime cure*, argomenta in ordine alla circostanza che l'art. 1 del d.lgs. 165 del 2001 contempra fra le amministrazioni pubbliche non solo gli enti locali ma anche tutti quei soggetti a chiara veste privatistica come i consorzi e le loro associazioni.

28. Ciò posto, i motivi in quanto fondato sull'unico presupposto innanzi indicato, possono essere disattesi.

Va in primo luogo chiarito come in questa sede non si verte sull'obbligo del Comune, quale amministrazione pubblica ex art. 1 d.lgs. 165/2001, di aderire alla

stipula delle Convenzioni Consip ma semmai sull'obbligo di aderirvi da parte della Fondazione quale *longa manus* del Comune, ovvero società in *house*.

28.1. Nell'ipotesi di specie deve escludersi la ricorrenza dell'indicato presupposto soggettivo.

Va osservato al riguardo che in base all'art. 26, comma 1 e 3, della L.n. 488/1999 (Finanziaria 2000), confermato dall'art. 1, comma 449, della L.n. 296/2006 (Finanziaria 2007), l'obbligo di adesione alle convenzioni Consip sussiste a carico delle Amministrazioni, statali e periferiche, dello Stato, mentre per le amministrazioni pubbliche non statali è prevista la facoltà di ricorrere alla convenzione Consip ovvero di utilizzarne i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili.

28.2. A tali fini, l'art. 58, comma 1, L.n. 388/2000 (Finanziaria 2001) prevede che per pubbliche amministrazioni si intendono quelle elencate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 (in precedenza art. 1, comma 2, d.lgs, n. 29/1993), ossia *“tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN), le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300...”*

A tali amministrazioni pubbliche si riferisce dunque l'art. 1, comma 510, della L.n. 208/2015 (Legge di Stabilità 2016) laddove consente di *“procedere ad acquisti autonomi esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione specificamente motivata resa dall'organo di vertice amministrativo e trasmessa al competente ufficio della Corte dei conti, qualora il bene o il*

servizio oggetto di convenzione non sia idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione per mancanza di caratteristiche essenziali" in relazione

Inoltre l'art. 1 delle "Condizioni generali" allegate allo schema di Convenzione Consip (cfr. doc. 5 parte ricorrente in primo grado), prevede alla lett. a) che per "Amministrazioni o Enti" devono intendersi "le amministrazioni che - sulla base della normativa vigente - sono legittimate ad utilizzare la Convenzione, in particolare le Pubbliche Amministrazioni definite dall'articolo 1 del d.lgs. n. 165/2001 e s.m.i., come richiamato dall'articolo 58, Legge 23 dicembre 2000, n. 388, nonché i soggetti che ai sensi della normativa vigente (es.: i soggetti di cui all'articolo 2, comma 573 Legge 244/07 e i movimenti politici, ex articolo 24, comma 3, Legge n. 289/2002), sono legittimati ad utilizzare la Convenzione", escludendo dunque che possano aderirvi i soggetti non rientranti in tali categorie.

28.3. Né in senso contrario può deporre - a prescindere dal rilievo innanzi evidenziato della sua inammissibilità- la deduzione relativa all'assimilabilità della Fondazione Musei Civici di Venezia ad una associazione o consorzio di ente locale, rientrante nel *genus* delle amministrazioni pubbliche.

Infatti l'art. 1, co.2, del D.lgs. n. 165/2001, nel contemplare i comuni e "loro consorzi ed associazioni", fa riferimento alle speciali forme associative pubbliche disciplinate al capo V del D.lgs n. 267/2000 e ss.mm.ii. (artt. 31-32 e 33), ossia ai consorzi ed associazioni costituiti tra enti locali per l'esercizio associato di funzioni e servizi (i.e. consorzi, unioni di comuni ed associazioni previste dalla legislazione regionale) che costituiscono essi stessi enti locali, come tali assoggettati alla relativa disciplina, per cui in alcun modo la Fondazione, peraltro a carattere non associativo, è assimilabile a detti Enti.

Pertanto appare del tutto corretta la statuizione del primo giudice secondo cui “*le c.d. fondazioni culturali, quali forme tipizzate di partenariato pubblico privato, non risultano rientrare di per sé tra le amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1 del d.lgs. n. 165 del 2001*”.

28.4. Neppure, al fine di radicare l’obbligo della Fondazione di aderire alle Convenzioni Consip, giova il richiamo alle società *in house*, trattandosi di istituto che viene in rilievo ai sensi dell’art. 192 del d.lgs. 50 del 2016, ovvero per giustificare l’affidamento diretto dei servizi nei confronti di proprie società *in house* e che non può pertanto *ex se* radicare l’obbligo della società *in house* di aderire alla convenzione Consip.

Peraltro il disposto dell’art.113 *bis* del d.lgs. n. 267 del 2001 secondo cui “*Gli enti locali possono procedere all’affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate*” invocato da parte appellante, non depone, avuto riguardo alla circostanza che detti enti non perseguono scopo di lucro, per l’annoverabilità degli stessi fra i soggetti *in house*, per cui risulta sul punto irrilevante la documentazione prodotta solo nel presente grado di appello circa il controllo analogo esercitato dal Comune sulla Fondazione.

La Corte di Cassazione, SS.UU., nella sentenza n. 2584 del 2 febbraio 2018, con riferimento alla Fondazione Festival Pucciniano creata dal Comune di Viareggio, ha infatti escluso la giurisdizione della Corte di Conti in materia di responsabilità erariale ritenendo che il modello gestionale dell’affidamento *in house* vada escluso per le fondazioni, in quanto “*La figura dell’affidamento in house trova la sua precipua collocazione nell’ambito di attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e che proprio in tale ambito può trovare spazio l’analisi dell’ente al fine di rinvenire un agire sul mercato in termini concorrenziali con altri soggetti economici: situazione questa che va del tutto esclusa, in ragione della statutaria previsione della Fondazione, di non perseguire fini di lucro*”. Secondo tali coordinate ermeneutiche le fondazioni, anche se fondate da un soggetto pubblico, non possono essere considerate quali società *in house* laddove - come la

fondazione - non perseguano scopi di lucro. L'affidamento *in house*, infatti, si colloca nell'ambito delle attività economiche da svolgersi con criteri imprenditoriali e con logiche concorrenziali.

Peraltro alla luce della normativa in materia quel che rileva ai fini della deliberazione degli indicati motivi non è la questione se la Fondazione sia o meno un soggetto *in house*, ma la questione se la stessa sia un'amministrazione pubblica, ex art. 1 d.lgs. 165/2001, soggetta pertanto all'obbligo di adesione alle Convenzioni Consip, circostanza questa da escludersi avuto riguardo alla chiara natura privatistica della Fondazione, quale evincibile dal suo Statuto.

Infatti la Fondazione risulta qualificata come persona giuridica di diritto privato, i suoi partecipanti possono essere sia soggetti pubblici sia privati e il suo patrimonio è costituito da conferimenti sia del fondatore-promotore (il Comune), sia di partecipanti e di terzi.

Inoltre è stato rilevato che l'elenco dei soggetti che aderiscono alle convenzioni Consip deve essere inteso in maniera tassativa e restrittiva, in quanto l'evidente intenzione del legislatore è quella di consentire l'approvvigionamento solo a soggetti di natura pubblicistica, i quali abbiano determinate finalità e che operino in ambiti territoriali delimitati (cfr. T.A.R. Lazio, sez. II, 2 marzo 2020, n. 2698. Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VII, 7 novembre 2022, n. 9780).

Per contro solo il diverso istituto dell'organismo di diritto pubblico rileva semmai ai fini del rispetto dei parametri di prezzo e qualità, quali limiti massimi per la stipula dei contratti, questione questa peraltro, che, come innanzi osservato, esula dalla presente disamina, stante l'inammissibilità del primo motivo di appello.

29. In considerazione dell'inammissibilità del primo motivo di appello e dell'infondatezza degli altri motivi, l'appello va rigettato.

30. Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza

al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione Civile, Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione Civile, Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663; Cass. civ., Sez. V, Sent., (data ud. 24/01/2012) 16/05/2012, n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 settembre 2021 n. 6209, 13 settembre 2022 n. 7949 e 18 luglio 2016 n. 3176).

31. Sussistono nondimeno eccezionali e gravi ragioni, avuto riguardo alla complessità delle questioni sottese, per compensare integralmente le spese di lite del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite.

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

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

Diego Sabatino, Presidente

Stefano Fantini, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Diana Caminiti

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino