

Concessione di beni e concessione di servizi: differenze pratiche e operative

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 2-11-2022

Il criterio discriminante tra 'componente beni' e 'componente servizi' è individuabile negli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente, i quali, se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene (secondo la sua destinazione dichiarata negli atti di gara), collocandosi in una prospettiva più ampia, qualificano necessariamente il rapporto in termine di servizi.

Guida alla lettura

Con la **pronuncia n. 4949** dello scorso 16 giugno, la **V Sezione del Consiglio di Stato** ha soffermato la sua attenzione sulla **distinzione intercorrente tra concessione di beni e concessione di servizi**.

Avviando l'analisi dal testo delle disposizioni di legge, l'**art. 3, comma 1, lett. vv), d.lgs. n. 50/2016** definisce come **concessione di servizi**, *"un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi"*.

Secondo il consolidato orientamento del Supremo Consesso amministrativo (da ultimo, Cons. Stato n. 2810 del 2020), **l'elemento qualificante della concessione di servizi è costituito dal trasferimento del rischio economico/operativo a carico dell'affidatario**. In presenza di una concessione di servizi, le modalità di remunerazioni pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (in termini CGUE 15 ottobre 2009, in causa C-196/08; *Id.*, 13 novembre 2008, in causa C-437/07). In particolare, **una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio** (si veda CGUE 21 maggio 2015, in causa C-269/14). In altri termini, **la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di**

esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori della sfera di controllo delle parti (così Considerando 20 e art. 5, n. 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

Ancora, i Giudici di Palazzo Spada richiamano la posizione giurisprudenziale secondo cui **il criterio discriminante tra 'componente beni' e 'componente servizi' è individuabile negli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente**, i quali, se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene (secondo la sua destinazione dichiarata negli atti di gara), collocandosi in una prospettiva più ampia, qualificano necessariamente il rapporto in termine di servizi.

REPUBBLICA ITALIANA

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 7459 del 2021, proposto da Società Cooperativa "SognaAsinara", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Maria Fois, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lorenzo Spangaro in Roma, viale Angelico n. 54;

contro

Ente Parco Nazionale dell'Asinara, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Balà S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato Franco Pilia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Sonnino 128;

Cala Reale Service Soc.Coop.Soc. in Pr e Qle Mandataria del Costituito Rti con Cilia Sas di Cilia Massimiliano & C, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima) n. 00295/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ente Parco Nazionale dell'Asinara e di Balà S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 marzo 2022 il Cons. Annamaria Fasano e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.L'Ente Parco Nazionale dell'Asinara Area Marina Protetta "Isola dell'Asinara", in esecuzione della delibera di Consiglio Direttivo 13 del 11.02.2020 e della determinazione a contrarre del Direttore n. 208 del 15 aprile 2020, bandiva una procedura aperta per la concessione dei locali bar – ristorante di Cala Reale sull'Isola dell'Asinara. I requisiti di idoneità professionale previsti dall'art. 7, Punto II, del bando consistevano nell'iscrizione, per attività corrispondente all'oggetto della concessione, nel registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. o analogo registro dello Stato aderente all'Unione Europea.

I requisiti di capacità tecnica della ditta e del personale previsti dall'art. 7, Punto III, del bando consistevano nell'esperienza dell'impresa di almeno 2 anni anche non continuativa, nell'ultimo quinquennio antecedente alla data di scadenza dell'avviso, nella gestione di servizi di ristorazione. La procedura, secondo il bando, doveva soggiacere al regime normativo di cui al d.lgs. 50/2016, rientrando nelle ipotesi di cui all'art. 164 e ss., e il criterio di aggiudicazione prescelto nel bando era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura partecipavano la Società cooperativa "SognaAsinara", Balà S.r.l. in proprio e in qualità di capo gruppo mandataria del costituendo R.T.I. tra la medesima società e la società Motomar Sarda S.r.l.r.s., Cala Reale Service Società Cooperativa Sociale Onlus in proprio e in

qualità di capo gruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la società Cilia S.a.s. di Cilia Massimiliano & c..

All'esito delle operazioni di gara, ATI Balà-Motomar Sarda con punti 77 era la prima nella graduatoria provvisoria, al secondo posto ATI Cala Reale – Cilia Sas con punti 65, 85, e al terzo SognaAsinara con punti 59.

A seguito della graduatoria provvisoria, la Commissione, procedendo alla verifica della documentazione presentata dall'aggiudicataria, ravvisava che le componenti del RTI Balà S.r.l. e Motomar Sarda difettavano dei requisiti per poter partecipare alla gara: la prima in quanto dalle visure CCIAA non risultava avere svolto attività di ristorazione e bar tra le "attività prevalentemente esercitate", né aveva documentato l'esperienza di impresa di almeno 2 anni, anche non continuativa nella gestione dei servizi di ristorazione, nell'ultimo quinquennio antecedente alla data di scadenza dell'avviso; la seconda perchè risultava attiva solo dal maggio 2020, ossia pochi mesi prima della scadenza del bando. La Commissione formulava richiesta di integrazione di documentazione.

La capogruppo Balà S.r.l. depositava fatture concernenti le attività di cui alle precedenti dichiarazioni, per esercizio di *outsourcing* presso il ristorante nel complesso del Villaggio 'Le Tonnare di Stintino' da maggio 2017 a ottobre 2019 e attività di ristorazione presso la mensa aziendale dal gennaio 2018.

A seguito di tale produzione documentale, la gara veniva aggiudicata al RTI Balà S.r.l. e Motomar Sarda S.r.l.s. (in seguito Motomar Sarda) e, con determinazione n. 399 dell'11 agosto 2020, il Direttore dell'ente Parco affidava alla aggiudicataria la concessione dei locali del bar ristorante di Cala Reale sull'isola dell'Asinara per il canone mensile di euro 2.083,34, secondo le prescrizioni del bando di gara e delle proposte operative e migliorative dichiarate in fase di gara.

2. Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. per la Sardegna, la Società Cooperativa 'SognaAsinara' (di seguito SognAsinara) impugnava gli esiti della procedura, chiedendo l'aggiudicazione della gara previa esclusione dei concorrenti prima e seconda classificata che la precedevano.

Balà S.r.l. proponeva ricorso incidentale, sostenendo che SognAsinara non poteva conseguire l'aggiudicazione, mentre avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura sin dalla prima seduta del 5.6.2020, in ragione di gravi violazioni riscontrate ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

Il Tribunale adito, con ordinanza cautelare n. 426/2020 del 13.11.2020, respingeva l'istanza di sospensiva, precisando che *"il bando di gara, all'art. 10, indica come attività oggetto del servizio 'Ristorante, Bar, Ulteriori attività offerte in sede di gara' e, dall'offerta dell'ATI aggiudicataria, risulta che la mandataria svolgerà le attività di ristorante e bar, mentre la mandante svolgerà ulteriori attività connesse offerte in sede di gara, quali 'organizzazione di matrimoni, organizzazione di eventi, dalla fase progettuale alla sua realizzazione; attività di promozione e gestione di serate a tema; trasporto esclusivo per clienti business al di fuori degli*

orari commerciali; organizzazione di meeting con business lunch; organizzazione di gite scolastiche con servizio di ristoro dedicato; cooking lesson”.

3. All'esito dell'udienza pubblica, il Tribunale amministrativo regionale, con sentenza n. 295/2021, respingeva il ricorso principale, dichiarando improcedibile il ricorso incidentale proposto da Balà S.r.l..

4. SognAsinara ha proposto appello, svolgendo otto motivi, lamentando che il giudice di prima istanza avrebbe effettuato una lettura errata degli atti di gara, in quanto: 1) pur riconoscendo i caratteri distintivi tra ATI verticale e ATI orizzontale non ne ha tratto le dovute conseguenze, in quanto Balà S.r.l. ha partecipato alla procedura in qualità di capogruppo della costituenda ATI verticale con Motomar Sarda S.r.l.s.; 2) è caduto in contraddizione avendo enfatizzato i servizi diversi e ulteriori rispetto a quelli contemplati dal bando, ma lasciando intendere che la fattispecie negoziale va qualificata come concessione di bene; 3) non ha riscontrato documentalmente che sia Balà S.r.l. che Motomar Sarda S.r.l.s. difettano dei requisiti per partecipare alla procedura; 4) ha escluso che la fattispecie in esame rientra nella concessione di servizi; 5) non ha considerato che nessuna delle due partecipanti a tale costituendo R.T.I. è dotata dei requisiti di partecipazione di cui agli artt. 6 e 7 del Bando; 6) ha ritenuto corretto l'operato della Commissione che ha assegnato i punteggi previsti dal bando; 7) ha interpretato la domanda proposta dal ricorrente come finalizzata a chiedere al giudice di sostituirsi alle valutazioni svolte dall'amministrazione con le proprie; 8) si è limitato a ritenere che la censura sollevata con il settimo motivo di ricorso riguarderebbe il merito della discrezionalità tecnica della Commissione per ritenerlo infondato; 9) ha ritenuto che l'ottavo motivo di ricorso, con cui si è rilevato il vizio dell'operato della Commissione nell'applicazione della formula matematica, per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche dei partecipanti, non supera la prova di resistenza.

4.1. Balà S.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la società Motomar Sarda si è costituita in resistenza, proponendo appello incidentale, e denunciando: a) *error in iudicando e in procedendo* per violazione ed erronea applicazione di legge (art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016; d.P.R. n. 445 del 200), atteso che SognAsinara non poteva essere ammessa in gara, da cui doveva essere esclusa, poiché avendo commesso un grave illecito professionale rispetto ad altro precedente contratto di concessione, non possedeva i requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e c-bis), c-ter (e f-bi) del Codice e comunque aveva presentato una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso di tali requisiti; b) *error in iudicando e in procedendo*, in quanto SognAsinara non poteva essere ammessa in gara, da cui doveva essere esclusa, non avendo i requisiti di cui all'art. 80 comma 4 del Codice, e comunque presentando una dichiarazione non veritiera in ordine alla regolarità fiscale; c) *error in iudicando e in procedendo*, per violazione ed erronea applicazione degli artt. 48, 80, 83 e 164 del d.lgs. n. 50 del 2016, per illegittimità del bando di gara nella parte in cui, quanto ai requisiti di partecipazione, era stato inteso nel senso che, in caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese, i requisiti c.d. speciali dovevano essere posseduti per interno e non solo dal raggruppamento nel suo complesso, ma anche da ciascuna delle imprese raggruppate.

4.2. Si è costituito in resistenza l'Ente Parco Nazionale Asinara – Area Marina Protetta 'Isola

dell'Asinara', chiedendo il rigetto dell'appello principale.

4.3. Le parti con successive memorie e repliche hanno ulteriormente illustrato le proprie tesi difensive.

5. All'udienza pubblica del 17 marzo 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Con il primo mezzo, l'appellante contesta la sentenza impugnata nella parte in cui, ritenendo infondato il primo motivo di ricorso, ha affermato che il richiamo alla distinzione tra raggruppamenti orizzontali e verticali non sarebbe conferente in questo caso, e che la fattispecie integrerebbe una concessione di bene e non una concessione di servizi.

Precisa che, al contrario, la fattispecie deve essere sussunta nella previsione di cui all'art. 3, comma 1, lett. vv), del d.lg. n. 50/2016, che definisce concessione di servizi il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori, riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.

L'appellante lamenta che, anche se si trattasse di concessione di bene, si applicherebbero le disposizioni, così come previsto dall'art. 5 del bando secondo cui *"la gara di che trattasi sarà effettuata con le modalità previste dal decreto legislativo n. 50 del 18.4.2016, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il presente appalto rientra nei casi previsti dall'articolo 164 e seguenti essendo una procedura di concessione"*.

Pertanto, l'esponente ritiene la decisione censurabile sotto un triplice motivo.

In primo luogo, la sentenza impugnata assumerebbe una lettura errata degli atti di gara, in quanto il giudice di prima istanza avrebbe travisato il contenuto dell'art. 1 del Capitolato speciale che si limita ad esprimere un auspicio sui criteri di gestione, ma non estende l'oggetto dei servizi in concessione.

In secondo luogo, la sentenza, pur riconoscendo correttamente i caratteri distintivi tra ATI verticale e ATI orizzontale non ne trae le dovute conseguenze, in quanto Balà S.r.l. avrebbe partecipato alla procedura di gara in qualità di capogruppo della costituenda ATI verticale con Motomar Sarda, sicchè l'amministrazione avrebbe dovuto escludere la costituenda ATI e i suoi partecipanti dalla gara non essendo ammissibile nella procedura in esame la partecipazione di un ATI verticale atteso che, per i servizi oggetto della concessione, non vi sarebbe alcuna distinzione tra prestazioni principali e secondarie.

In terzo luogo, la sentenza impugnata cadrebbe in contraddizione laddove afferma che la fattispecie integra una concessione di bene, ma successivamente enfatizza i servizi diversi ed ulteriori rispetto a quelli contemplati dal bando al fine di sanare la posizione di Motomar Sarda,

sicchè sotto tale profilo, sembrerebbe ipotizzare una qualificazione in termini di concessione di servizi.

Secondo l'esponente, dalla documentazione di gara non sarebbe possibile evincere alcuna distinzione tra servizi principali e secondari.

6.1. Le critiche vanno respinte.

Esaminando con ordine le questioni prospettate con il suddetto mezzo, va disattesa la denuncia alla sentenza impugnata nella parte in cui qualifica la procedura in esame come finalizzata alla conclusione di un contratto di concessione di bene e non, come sostiene l'appellante, un contratto di concessione di servizi.

L'art. 3, comma 1, lettera vv) d.lgs. n. 50 del 2014 definisce come 'concessione di servizi, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera II) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.

Secondo il consolidato orientamento di questo di Consiglio di Stato (v. Cons. Stato n. 2810 del 2020), l'elemento qualificante della concessione di servizi è costituito dal trasferimento del rischio economico/operativo a carico dell'affidatario. In presenza di una concessione di servizi, le modalità di remunerazioni pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione (CGUE 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08; CGUE 13 novembre 2008, nella causa C-437/07); in particolare, una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio(v. CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14). In altri termini, la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta, ossia da fattori al di fuori della sfera di controllo delle parti (v. Considerando 20 e l'art. 5, n. 1, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

Nessuna di tali condizioni è ravvisabile nella fattispecie in esame.

La giurisprudenza prevalente individua il criterio discriminante tra 'componente beni' e 'componente servizi' negli obiettivi di fondo perseguiti dall'Amministrazione concedente, i quali, se travalicano il mero utilizzo ordinario del bene (secondo la sua destinazione dichiarata negli atti di gara), collocandosi in una prospettiva più ampia, qualificano necessariamente il rapporto in termine di servizi.

Come correttamente precisato dal giudice di prima istanza *"per non perdere di vista i termini della questione, che si sta trattando della concessione dei locali del bar – ristorante di Cala*

Reale sull'Isola dell'Asinara", sicché appare evidente che l'obiettivo di fondo perseguito dall'Amministrazione concedente, non travalica il fine di concedere al privato l'utilizzo di un bene previo pagamento di corrispettivo (si tratta di uno schema "modale" di concessione del bene che ricalca il negozio della locazione, laddove, la natura pubblica della proprietà del bene, rende rilevanti le connotazioni qualitative dell'attività da svolgere nei locali, corrispondente alla, naturalmente vincolante, destinazione d'uso del bene oggetto della concessione, espressa, come si vedrà, nella legge di gara). Nella specie, infatti, il Direttore dell'Ente Parco ha affidato alla RTI Balà S.r.l. e Motomar Sarda la concessione dei locali del bar-ristorante, per il canone mensile di euro 2.083,34, secondo le prescrizioni del bando di gara e delle proposte operative migliorative dichiarate in fase di gara.

A sostegno dell'assunto depone la lettura dell'art. 1 del Capitolato speciale, oggetto della concessione, dal quale non è dato evincere un superamento del mero utilizzo, dietro corrispettivo, del bene, in quanto semplicemente si precisa che: *" il gestore dovrà assicurare le attività di ristoro in linea con i principi e le finalità istitutive del Parco e dovrà contribuire attraverso la futura gestione al miglioramento dell'esperienza complessiva dei visitatori del Parco, in particolare per ciò che riguarda il profilo enogastronomico."* In relazione alle modalità di espletamento dell'attività di ristoro non si aggiunge nulla, se non che *"a tal fine è auspicabile che i candidati alla gestione soddisfano i principi di base e di miglioramento della carta Qualità di Servizi turistici della Rete dei Parchi e delle Aree Protette"*.

Tenuto conto che l'esito della procedura si struttura nell'affidamento all'aggiudicataria della gestione del bar – ristorante sull'Isola dell'Asinara, tale rapporto, così come configurato negli atti di gara, può trovare titolo solo in un atto concessorio, potendo tale bene essere trasferito, per quello specifico uso, solo mediante "concessione del bene".

Quanto alla questione relativa alla distinzione tra raggruppamenti orizzontali e verticali dell'ATI aggiudicataria, l'appellante lamenta che Balà S.r.l. avrebbe partecipato alla procedura di gara in qualità di capogruppo della costituenda ATI verticale con Motomar Sarda, sicché l'amministrazione avrebbe dovuto escludere dalla gara la costituenda ATI e i suoi partecipanti in quanto, nella procedura in esame, non sarebbe ammissibile la partecipazione di un ATI verticale posto che, per i servizi oggetto della concessione, non era prevista alcuna distinzione tra prestazioni principali e secondarie.

Tale approccio interpretativo non può essere condiviso, essendo evidente che nella specie l'aggiudicataria ha costituito un ATI orizzontale, in cui Balà S.r.l. svolge l'attività principale ed è in possesso dei requisiti, e Motomar Sarda è la società che fornisce servizi aggiuntivi.

Il Collegio rammenta che la distinzione tra raggruppamenti verticali e orizzontali discende dalle concrete e specifiche attribuzioni delle singole associate, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale risalente alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria 13 giugno 2012, n. 22, alla cui stregua la distinzione si basa sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara.

L'ATI orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (od associande) sono portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto

del contratto, mentre l'ATI verticale è connotata dalla circostanza che l'impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra loro, sicchè nell'ATI di tipo verticale un'impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste dalla capacità per le prestazioni secondarie scorporabili.

Come correttamente argomentato dall'adito Tribunale, va escluso che la costituenda ATI con capogruppo Balà S.r.l. sia costituita in forma verticale, dovendosi rilevare che i componenti del raggruppamento si sono limitati ad indicare le specifiche parti del servizio complessivo, quale delineato dall'insieme delle previsioni della *lex specialis*, eseguite da ciascuno, restando tale ripartizione interna all'unica prestazione di natura complessa costituente l'oggetto della concessione.

Invero, ciò che rileva è la circostanza che tutte le componenti del raggruppamento siano singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione, mentre la diversità delle prestazioni idonea ad escludere il carattere orizzontale del raggruppamento ricorre solo se ciascuno degli operatori possiede specializzazioni e competenze diversa da quelle richieste dal Bando, finalizzate all'esecuzione di un'attività non corrispondente a quella oggetto di contratto (Cons. Stato n. 51 del 2018). La sentenza impugnata, pertanto, non merita censura, atteso che la mera scomposizione qualitativa interna, come quella di specie, è compatibile con l'istituto dell'ATI orizzontale e non vale ad identificare un'ATI verticale, per la quale occorre invece una differente spendita del possesso dei requisiti (Cons. Stato n. 519 del 2019). La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, in più occasioni, ha precisato che ai fini della qualificazione giuridica in termini di ATI verticale occorre che l'oggetto del contratto riguardi prestazioni e tipologie di servizi autonome e specifiche, differenziabili e scorporabili, tanto da poter essere svolte da soggetti distinti, dotati di determinati (ed altrettanto differenziabili), requisiti di qualificazione, idonei allo svolgimento di quelle particolari prestazioni che costituiscono, secondo la stazione appaltante, valore secondario. Ciò che caratterizza il raggruppamento di tipo verticale è la disomogeneità e la differenziazione delle capacità e dei requisiti posseduti dai componenti del raggruppamento medesimo; pertanto nella suddetta ipotesi, la stazione appaltante deve individuare le prestazioni principali e secondarie da ripartire all'interno dell'associazione tra i suoi componenti, non potendo consentire all'autonomia delle parti private la scelta delle prestazioni da svolgere, tenuto conto del differente regime relativo alla responsabilità che si applica alle ATI verticali (Cons. Stato n. 2243 del 2019).

Nella specie tale caratteristiche non sussistono, mentre invece, secondo una interpretazione più ampia dell'art. 48 comma 2 e 4 d.lgs. n. 50 del 2016, il raggruppamento in esame è un ATI orizzontale, in cui la ripartizione delle quote non inficia l'unicità della prestazione, consistente prevalentemente nella gestione del bar – ristorante di Cala Reale, ma estesa anche alle indicazioni specificate nella Carta di Qualità dei Servizi turistici della Rete dei Parchi e delle Aree Protette. Appare all'evidenza che l'attività svolta da Motomar Sarda è marginale e aggiuntiva, ma contenutisticamente e funzionalmente contigua, all'attività di ristorazione svolta da Balà S.r.l., offrendo servizi come organizzazione di matrimoni, organizzazione di eventi, attività di promozione e gestione di serate a tema, trasporto esclusivo per clienti business e organizzazione meeting.

Degli esposti principi la sentenza impugnata si è fatta carico, pertanto, in relazione a tale profilo, non merita censura.

7. Con il secondo motivo, l'appellante deduce che il ragionamento svolto dal giudice di prima istanza, pur essendo in linea teorica corretto, non tiene conto dei documenti di gara e delle circostanze del caso concreto, come invece poste in rilievo nel ricorso introduttivo, in quanto sia Balà S.r.l. che Motomar Sarda difettano dei requisiti per partecipare alla procedura.

Balà S.r.l. sarebbe priva dei requisiti di capacità tecnica ex art. 83, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, fissato dal Punto III dell'art. 7 del Bando di gara, disposizione che impone, in attuazione della regola generale dettata dall'art. 6 del Bando, che l'attività effettivamente esercitata risulti regolarmente iscritta nel Registro delle Imprese.

Secondo l'esponente, dal Registro delle Imprese non dovrà risultare soltanto l'iscrizione per attività corrispondente all'oggetto della concessione, ma anche un'esperienza dell'impresa nella gestione dei servizi di ristorazione di almeno 2 anni, anche non continuativa, nell'ultimo quinquennio antecedente alla data di scadenza dell'avviso. Al requisito di idoneità, la Stazione appaltante aggiungerebbe anche il requisito di capacità che si dovrebbe porre in *continuum* con i requisiti riscontrabili dal Registro delle Imprese, in linea con quanto previsto dall'art. 6 del Bando.

Si precisa che non si intende censurare l'esercizio, da parte dell'Amministrazione, dell'insindacabile discrezionalità nel fissare i requisiti tecnici, ma di come sono state applicate le regole fissate nella *lex specialis*. In particolare, risulterebbe dalla visura allegata agli atti, che Balà S.r.l., costituita il 5.4.2017, ha avviato un'attività di bar – ristorazione a Stintino dal 28.7.2019, data da cui emergerebbe l'iscrizione al Registro delle Imprese del Codice ATECO 56.10.11 di ristorazione con somministrazione.

Si lamenta che il giudice di prima istanza non si sarebbe pronunciato sulle dichiarazioni e le fatture prodotte dalla stessa Balà S.r.l. su richiesta della Commissione, chiaramente insufficienti ad integrare il requisito in discorso, proprio perché si tratterebbe di documentazione riconducibile ad attività dal contenuto non univoco. Analogo discorso dovrebbe essere fatto con riguardo alla gestione di una mensa aziendale, di cui non si comprenderebbe se si tratti di un contratto di somministrazione di pasti confezionati ovvero di un contratto di appalto. Inoltre, il codice ATECO per le 'mense' è il 56.29.1. ben differente da quello di ristorazione e somministrazione al pubblico di alimenti e bevande. Come risulterebbe dalla visura allegata, l'attività prevalente consisterebbe in 'fornitura e gestione integrata di servizi da effettuarsi presso le strutture del cliente: servizi di pulizia di strutture ricettive, villaggi turistici e ricettive di ogni genere, compresa la pulizia degli spazi esterni, servizio di lavanderia presso strutture di clienti', mentre la stessa classificazione dichiarata ai fini IVA dell'attività prevalente reca il Codice 55.10.00: alberghi e simili. Tali aspetti non sarebbero stati esaminati dalla sentenza impugnata, atteso che il Collegio si sarebbe limitato ad affermare l'inconferenza delle osservazioni relative alla 'non prevalenza' dei servizi di ristorazione svolti rispetto al complesso delle attività di Balà S.r.l., ma non sarebbe entrato nel merito relativamente all'interpretazione delle clausole del bando e alla documentazione integrativa offerta da Balà S.r.l., per la quale, peraltro, non era consentito procedere a soccorso istruttorio.

7.1. Le doglianze non possono essere condivise, in ragione dei seguenti rilievi.

Come correttamente precisato dal giudice di prima istanza, dalla piana lettura del Bando di gara non emerge che il requisito di capacità tecnica ossia l'esperienza dell'impresa di almeno 2 anni anche non continuativa, nell'ultimo quinquennio antecedente la scadenza dell'avviso, nella gestione dei servizi di ristorazione", dovesse necessariamente risultare dal Registro delle imprese, essendo necessaria unicamente l'iscrizione alla Camera di Commercio per attività corrispondente all'oggetto della concessione al momento della partecipazione alla gara e non per un arco temporale antecedente minimo.

Il Punto III dell'art. 7 del Bando prevede: *(Requisiti di capacità tecnica della ditta e personale). I Soggetti interessati, dovranno essere in possesso dei seguenti requisiti di capacità tecnica: - esperienza dell'impresa di almeno 2 anni anche non continuativa, nell'ultimo quinquennio antecedente alla data di scadenza del presente avviso, nella gestione dei servizi di ristorazione. Il candidato gestore dovrà impegnarsi al rispetto dei principi di base e di miglioramento della carta Qualità dei Servizi turistici della Rete dei Parchi e delle Aree Protette, attraverso l'acquisizione del Marchio del Parco entro il primo semestre del secondo anno di gestione".*

Dalla piana lettura della disposizione non è dato rilevare neppure che il requisito della 'gestione dei servizi di ristorazione' debba essere attività prevalente, come, invece, deduce l'appellante nei propri scritti difensivi. Inoltre, l'art. 6 del Bando di gara stabilisce che: "sono ammessi alla gara i concorrenti di cui all'articolo 45 e 48 del decreto legislativo 50/2016. Per la partecipazione alla gara è indispensabile il possesso dei requisiti previsti dalle vigenti disposizioni di legge in materia di iscrizione alla Camera di Commercio per la somministrazione di alimenti e bevande e tale attività deve risultare effettivamente esercitata". Ne consegue che il possesso dei requisiti di capacità tecnica di cui al Punto III dell'art. 7 del Bando poteva essere desunto anche dalla prova (es. fatture) dell'effettivo esercizio pregresso di servizi di ristorazione (per il periodo considerato), a prescindere dalla classificazione ATECO non menzionata dalla *lex specialis*.

8. Con il terzo mezzo si contesta la sentenza impugnata nella parte in cui, ritenendo infondato il terzo motivo di ricorso di primo grado, afferma, richiamando il contenuto dell'ordinanza cautelare n. 426/2020, le stesse ragioni per le quali è stato ritenuto infondato il secondo motivo di ricorso. Secondo l'esponente, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice di prima istanza, la fattispecie in esame rientrerebbe nella categoria della concessione di servizi, come emergerebbe dall'oggetto unitario e inscindibile in prestazioni principali e secondarie, fissato dal bando e descritto dall'art. 2, atteso che l'art. 10 del Capitolato si limiterebbe a rendere vincolanti contrattualmente le prestazioni aggiuntive che, eventualmente, le concorrenti possano avere inserito in sede di offerta tecnica, ma non consentirebbe, attraverso le offerte migliorative, di ampliare il servizio oggetto di concessione per permettere la partecipazione di soggetti privi dei requisiti di capacità tecnica. L'appellante, nell'illustrare il mezzo, insiste nell'evidenziare che nella concessione di servizi in esame non vi sarebbe alcuna distinzione tra prestazioni principali e secondarie e, pertanto, oltre a non potersi costituire alcuna ATI verticale, la mandante Motomar Sarda difetterebbe dei requisiti tecnici di partecipazione riconducibili al servizio oggetto di concessione. Non rileverebbero i generici, indeterminati ed

eterogenei, rispetto a quello oggetto di concessione, servizi costituenti parte dell'offerta migliorativa, così come erroneamente sosterrrebbe la sentenza impugnata.

8.1. Il motivo va respinto. Il Collegio richiama i rilievi, in fatto e in diritto, già enunciati con riferimento al primo motivo di appello a cui si fa, per disattendere il presente mezzo, espresso rinvio, rammentando che la vicenda contrattuale in esame integra una concessione di bene e non una concessione di servizi; pertanto, la sentenza impugnata non merita censura nella parte in cui ha precisato che i requisiti di partecipazione alla gara devono essere riferiti all'ATI complessivamente mentre, quanto alla mandante, è chiarito nell'offerta quali ulteriori attività, connesse a quelle di ristorante e bar, essa debba espletare, come previsto all'art. 10 del Bando.

Nel rapporto di concessione, i servizi di Motomar Sarda devono ritenersi diversi ed aggiuntivi rispetto alla mera attività di ristorazione svolta da Balà S.r.l., atteso che l'art. 10 del Capitolato oltre a prevedere le attività principali esplicitate nella gestione, costituite da ristorante e bar, individua anche 'ulteriori attività offerte in sede di gara', le quali, va evidenziato, secondo il disposto dell'art. 9 del Capitolato speciale, consistono anche nella promozione pubblicitaria e negli aspetti inerenti alla logistica.

9. Con il quarto motivo di appello si contesta la sentenza impugnata nella parte in cui, ritenendo infondato il quarto motivo del ricorso di primo grado, si limita ad affermare che *'la censura è infondata per le stesse ragioni per cui è infondato il primo motivo di ricorso. La ricorrente fonda tutte le sue argomentazioni trattando la procedura in esame, come un appalto di servizi. Così non è, come il Collegio ha più volte precisato'*. A tale riguardo, l'appellante ribadisce quanto esposto nei precedenti mezzi con riguardo alla natura di concessione di servizi del contratto in esame e, quindi, dell'applicabilità, al caso di specie, delle regole riguardanti i soggetti che partecipano ad una procedura ad evidenza pubblica. Secondo l'esponente nessuna delle due partecipanti a tale costituendo RTI sarebbe dotata dei requisiti di partecipazione di cui agli artt. 6 e 7 del Bando, come risulta dalle visure allegate al fascicolo di parte di primo grado. L'Amministrazione resistente avrebbe dovuto escludere tali soggetti dalla gara in quanto non era ammissibile, tra gli stessi, un ATI orizzontale con riferimento ai servizi oggetto della procedura in esame dal momento che entrambe le componenti difettavano dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando.

9.1. Le censure, che ripropongono doglianze già esposte, non possono trovare accoglimento per le medesime ragioni sopra ampiamente illustrate a cui si fa rinvio, tenuto conto che, come anche correttamente rilevato dal giudice del merito, tali critiche sono fondate su un presupposto errato, ossia che l'accordo negoziale convenuto integra una concessione di servizi, laddove, invece, l'amministrazione ha concesso, in esito alla procedura in esame, i locali del bar – ristorante di Cala Reale sull'Isola dell'Asinara all'ATI Balà – Motomar con capogruppo Balà S.r.l. e mandante Motomar Sarda S.r.l.s. previo pagamento di un canone mensile, secondo le prescrizioni del Bando di gara.

10. Con il quinto motivo di appello, si contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto infondato il quinto motivo di ricorso, posto che la ricorrente con tale censura non sarebbe entrata, in realtà, nel merito delle scelte discrezionali dell'Amministrazione, ma ne

avrebbe contestato l'operato sotto il profilo di legittimità. L'attività della Commissione sarebbe stata censurata con riguardo a quanto previsto dall'art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016, il quale disciplina la procedura di scelta del contraente mediante l'offerta economicamente più vantaggiosa.

11. Con il sesto mezzo, si denuncia l'erroneità della decisione impugnata, nella parte in cui, respingendo il sesto motivo di ricorso di primo grado, ha affermato che il ricorrente si limiterebbe a sostituire le valutazioni svolte dall'amministrazione con le proprie, ritenendo le censure riferite al merito di tali valutazioni. Non sarebbe condivisibile tale affermazione del giudice di primo grado, dal momento che la contestazione formulata con il sesto motivo di ricorso accede alla legittimità dell'operato della Commissione. L'appellante argomenta che all'aggiudicataria è stato riconosciuto il punteggio di 11 punti per il criterio 'Definizione organizzazione', benché, per tal criterio, la stessa aggiudicataria abbia ommesso l'illustrazione degli elementi da cui è composto, ai sensi dell'art. 9 del Bando. Il contenuto obbligatorio dell'offerta tecnica andava individuato negli elementi di valutazione contemplati dall'art. 9 del Bando, sicché la sua incompletezza avrebbe dovuto determinare l'esclusione della partecipante responsabile di tale omissione. In ogni caso, secondo la ricorrente, anche a voler salvare la partecipazione dell'aggiudicataria, alla stessa non sarebbe stato possibile attribuire alcun punteggio e, comunque, non certo gli 11 punti assegnati dalla Commissione mediante l'illegittima individuazione di sub-punteggi non contemplati dal Bando.

Nel caso di specie, pertanto, contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, non si tratterebbe certo di sindacato sulla discrezionalità tecnica della Commissione, come tale inammissibile, ma di dati oggettivi tali da rendere palesemente inattendibile e manifestamente irragionevole il giudizio tecnico operato.

12. Con il settimo motivo si contesta la sentenza impugnata nella parte in cui, ritenendo infondato il settimo motivo di ricorso di primo grado, afferma che la ricorrente non porterebbe alcun elemento concreto che valga a sconfiggere il giudizio della Commissione, così ritenendo che la censura sollevata atterrebbe al merito della discrezionalità tecnica della stessa. Il Collegio non avrebbe dato una adeguata lettura della documentazione di gara, la quale offrirebbe riscontri oggettivi per ritenersi integrato un vizio di legittimità e non una contestazione di merito sull'operato della Commissione. Nella fattispecie non si tratterebbe di sindacato sulla discrezionalità tecnica della Commissione, come tale inammissibile, ma di dati oggettivi tali da rendere palesemente inattendibile e manifestamente irragionevole il giudizio tecnico effettuato.

13. Con l'ottavo mezzo, si denuncia l'erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui si assume che il ricorso non superi la prova di resistenza. Secondo l'esponente la sottrazione dei punteggi previsti per l'offerta tecnica in base ai motivi di ricorso nn. 6, 7, oltre alla diversa distribuzione in base al motivo n. 8, determinerebbe l'aggiudicazione della gara alla ricorrente (RTI Balà avrebbe – 23 punti in base ai motivi di ricorso n. 6 e n. 7; RTI Cala Reale – 16 punti in base al motivo n. 7; SognAsinara più 4,65 in base al motivo n. 8; RTI Cala Reale più 2,5 in base al motivo n.8), con evidente superamento della prova di resistenza, consentendo all'appellante, attraverso la diversa distribuzione dei punteggi fondata su elementi oggettivi, di ottenere il primo posto in graduatoria.

Si precisa che l'ottavo motivo del ricorso di primo grado aveva rilevato un ulteriore vizio dell'operato della Commissione nell'applicazione della formula matematica per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche dei partecipanti, consistente nella violazione dell'art. 9 del Bando di gara. La formula indicata nella disposizione, che corrispondeva al prezzo minimo, doveva corrispondere a criteri di logicità, sicchè o la formula risultava illegittima o doveva essere interpretata nel senso che il valore da assumere a base di base di gara era 800,00 euro.

La Commissione avrebbe, pertanto, vanificato l'elemento qualità a tutto vantaggio dell'elemento prezzo. In tal modo, sarebbe spettato alla ricorrente il punteggio ulteriore di 4, 65, all'ATI Reale il punteggio di 16, 35 e all'ATI Balà il punteggio di 30. Lo scarto sarebbe stato comunque non adeguato, ma in tale modo avrebbe impedito di attribuire il punteggio di zero a chi, comunque, aveva proposto un'offerta in aumento, anche se risultata l'offerta più bassa.

14. Il quinto, il sesto, il settimo e l'ottavo motivo di ricorso, vanno trattati congiuntamente per connessione logica, in quanto inerenti ad un medesimo ordine di questione che li accomuna, ossia l'errata valutazione delle offerte e l'errata attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice.

Il Collegio ritiene le suddette doglianze inammissibili, atteso che, per indirizzo unanime della giurisprudenza amministrativa, la valutazione di idoneità delle offerte, come l'attribuzione dei punteggi, rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla Commissione giudicatrice, organo tecnico competente, per cui, fatto salvo il limite dell'abnormità della scelta tecnica operata, per come risultante dagli atti di gara e di causa, sono inammissibili le censure che impingono nel merito di valutazione per loro natura opinabili (Cons. Stato n. 330 del 2020).

Questo Consiglio ha chiarito che, a fronte di censure circa la qualità tecnica dell'offerta dell'aggiudicataria, in astratto idonee a superare la c.d. prova di resistenza, e tanto più, ove prospettanti la doverosità della sua esclusione, ferma l'impossibilità di esercitare un sindacato sostitutivo, i limiti del sindacato giurisdizionale si fermano ad un 'sommario, essenziale, esame delle stesse' dal quale si evince motivatamente che dette censure non disvelano un'abnormità della valutazione, del tutto illogica e/o parziale, o un manifesto travisamento del fatto (Cons. di Stato n. 6753 del 2020).

Nella specie, la Commissione ha assegnato i punteggi previsti dal bando, motivando ulteriormente i punteggi attribuibili in dipendenza dei vari sottocriteri indicati, nell'ambito del punteggio complessivo previsto dalla *lex specialis*, con riferimento a ciascun criterio, nel pieno esercizio del proprio potere tecnico discrezionale, esprimendo una motivazione che il giudice di prima istanza ha condivisibilmente qualificato come "ancor più analitica di quanto richiesto dal bando".

Il Tribunale adito, con specifico riferimento alle critiche che hanno riguardato l'attribuzione del punteggio relativo al criterio 'esperienze gestione', individuato dall'art. 9 del Bando di Gara, ha correttamente evidenziato come i singoli rilievi espressi dall'appellante non hanno portato a vanificare il giudizio tecnico espresso dalla Commissione, la quale ha, invece, puntualmente

valutato le esperienze di gestione sia della seconda classificata che della aggiudicataria. Inoltre, il vizio denunciato con riferimento alla formula matematica per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche dei partecipanti, come già specificato dal giudice di prima istanza, non supera la c.d. "prova di resistenza", ossia la prova che, in difetto dell'illegittimità lamentata, il ricorrente avrebbe sicuramente vinto la gara.

Il Collegio rileva che le ragioni della preferenza accordata alla società aggiudicataria risultano, con ciò, affidate a motivazione puntuale ed esaustiva che, attenendo a valutazioni di ordine tecnico ampiamente discrezionali, si sottraggono, in quanto né illogiche, né arbitrarie, né manifestamente incongrue, al sindacato di legittimità.

15. In definitiva, l'appello principale va respinto.

16. Balà s.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la società Motomar Sarda S.r.l.s. si è costituita in resistenza, proponendo anche ricorso incidentale.

16.1. Con il primo motivo di ricorso incidentale si denuncia *error in iudicando* per errata applicazione della *lex specialis* in quanto SognAsinara non avrebbe dovuto essere ammessa in gara poiché, avendo commesso un grave illecito professionale rispetto ad altro precedente contratto di concessione, non possedeva i requisiti di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis), c-ter) e f-bis) del Codice e, comunque, non aveva presentato in gara dichiarazioni non veritiere in ordine al possesso di tali requisiti.

16.2. Con il secondo motivo di ricorso incidentale si lamenta *error in iudicando e in procedendo* per erronea applicazione della *lex specialis* in quanto SognAsinara non avrebbe dovuto essere ammessa in gara, non avendo i requisiti di cui all'art. 80, comma 4, del Codice ed avendo presentato una dichiarazione non veritiera in ordine alla regolarità fiscale.

16.3. Con il terzo motivo di ricorso incidentale si denuncia *error in iudicando e in procedendo*, per violazione degli artt. 48-80, 83 e 164 del d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto, quanto ai requisiti di partecipazione, va inteso nel senso che, in caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei di imprese, i requisiti c.d. speciali devono essere posseduti per intero non solo dal raggruppamento nel suo complesso, ma anche da ciascuna delle imprese raggruppate.

17. Il Collegio, peraltro, alla luce delle statuizioni che precedono, di reiezione dell'appello principale, rileva l'improcedibilità dell'appello incidentale testé sunteggiato nelle sue linee essenziali, atteso che, a seguito di tale reiezione, l'appellante incidentale non può ottenere, dall'eventuale accoglimento delle esposte critiche, alcuna utilità ulteriore rispetto a quella già ottenuta mediante la conferma dell'esito del giudizio di prime cure.

18. In definitiva, va respinto l'appello principale e dichiarato improcedibile l'appello incidentale, con conseguente conferma della sentenza impugnata. Le spese di lite del grado di giudizio seguono la soccombenza a favore dell'Ente Parco Nazionale dell'Asinara e vanno determinate come in dispositivo, mentre, per le ragioni della decisione, vanno compensate integralmente tra l'appellante e Balà s.r.l..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale, come in epigrafe proposti.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del grado di giudizio a favore dell'Ente Parco Nazionale dell'Asinara che liquida in complessivi euro 4000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge, se dovuti. Compensa integralmente tra la Società cooperativa SognaAsinara e Balà S.r.l. le spese di lite del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 marzo 2022.