

**TAR Liguria, Sezione Prima, Sentenza n. 600 del 29 agosto 2024**

Concessioni di servizi – D.lgs. 36/2023 – Partecipazione alla commissione di chi ha preparato atti di gara – Legittimità

Pubblicato il 29/08/2024

**N. 00600/2024 REG.PROV.COLL.**

**N. 00464/2024 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 464 del 2024, proposto da (...) società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di (...), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

A - per quanto riguarda il ricorso principale:

- della determinazione n. 234 del 21.5.2024, recante l'aggiudicazione in favore di (...) s.r.l. del lotto n. 1 della procedura per l'affidamento *ex art. 45-bis* cod. nav. della concessione del servizio pubblico inerente la gestione, organizzazione e conduzione di spiagge libere attrezzate;

- per quanto occorrer possa, della determinazione di contrarre n. 110 del 19.3.2024, del bando, del disciplinare, del capitolato, della determinazione n. 143 del 9.4.2024 di nomina della commissione giudicatrice, dei verbali e degli atti di gara, della determinazione n. 236 del 21.5.2024 e dell'ordinanza n. 128 del 4.5.2023;

e per la condanna dell'Amministrazione ad aggiudicare il lotto n. 1 alla ricorrente, con dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e subentro, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente;

B - per quanto riguarda il ricorso incidentale:

degli atti di gara, nella parte in cui non hanno escluso (...) s.c.s., o, in subordine, del disciplinare, nella parte in cui ha imposto i vincoli di aggiudicazione e di partecipazione, nonché nella parte in cui ha stabilito i requisiti di idoneità professionale dei concorrenti;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di (...) e di (...) s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2024, la dott.ssa Liliana Felletti e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato e depositato il 27 maggio 2024 (...) s.c.s. ha impugnato gli atti della procedura aperta esperita dal Comune di (...) per l'affidamento *ex art. 45-bis* cod. nav. della concessione del servizio pubblico di organizzazione e

gestione delle spiagge libere attrezzate e, segnatamente, l'aggiudicazione del lotto n. 1 ad (...) s.r.l., il bando, il disciplinare, il capitolato, la nomina della commissione giudicatrice ed i verbali di gara. In particolare, premesso di essersi classificata seconda in graduatoria, la ricorrente ha chiesto la caducazione degli atti e la condanna dell'Amministrazione civica ad aggiudicare la gara in proprio favore, con declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e subentro nello stesso, nonché, in subordine, al risarcimento del danno per equivalente; in via ulteriormente gradata, ha domandato l'annullamento dell'intera procedura.

Ha articolato i seguenti motivi:

I) *Violazione degli artt. 10.1 e 10.2 del disciplinare di gara; violazione del punto 5, lett. m) ed o), della determinazione dirigenziale n. 110 del 19.3.2024; violazione delle lett. k) ed m) delle linee di indirizzo approvate con deliberazione della Giunta comunale n. 63 dell'8.3.2024; violazione dell'art. 58, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023. Violazione dei principi di concorrenza ed accesso al mercato.* Il lotto in contestazione ed il lotto n. 2 sarebbero stati assegnati a due società collegate, ossia (...) s.r.l. ed (...) s.r.l., appartenenti al medesimo gruppo di persone, in violazione del vincolo di aggiudicazione posto dalla legge di gara con finalità pro-concorrenziali ed antitrust, oltre che di maggior efficienza.

II) *Violazione del paragrafo 12.1 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 13 e 14 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 31 e 32 del disciplinare di gara.* La controinteressata risulterebbe priva del requisito di idoneità professionale, non avendo alcuna esperienza nella conduzione di stabilimenti balneari. Segnatamente, dal 1996 ad oggi l'aggiudicataria avrebbe gestito unicamente un *residence* composto da 17 appartamenti; per contro, le attività alberghiere e turistico-balneari, così come quelle sportive e ludiche, sarebbero sempre state organizzate da altre imprese. Inoltre, (...) s.r.l. dovrebbe cessare l'attività il 31 dicembre 2025 e, comunque, trasgredirebbe il divieto di avvalimento e di subappalto stabilito dal disciplinare, poiché non sarebbe in grado di mettere in opera il progetto senza altri soggetti.

III) *Violazione dell'art. 11 del disciplinare di gara; violazione degli artt. 95 e 98 del d.lgs. n. 36/2023.* La vincitrice dovrebbe essere esclusa dalla gara per avere tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, lasciando intendere di avere in organico quindici unità di personale con esperienza pluriennale nel settore turistico-ricettivo, mentre i dipendenti attuali sono soltanto due.

IV) *Violazione ed erronea applicazione degli artt. 24 e 26 del disciplinare e dell'art. 12 del capitolato. Eccesso di potere per macroscopica carenza dei presupposti, illogicità ed irragionevolezza manifesta.* I punteggi attribuiti alla ricorrente ed alla controinteressata si rivelerebbero illogici ed errati: i) per il sub-criterio di valutazione A.1 sarebbe incomprensibile l'assegnazione di 18,6 punti ad (...) s.r.l., a fronte di 13,2 punti ottenuti da (...) s.c.s., avendo l'aggiudicataria offerto un numero inferiore di servizi, senza un programma di pulizia della spiaggia ed un piano di sorveglianza dello stabilimento; ii) per il sub-criterio A.3 risulterebbe ingiustificato il punteggio di 4, anziché di 5, conferito alla deducente, la quale dispone di una sede operativa ad Alassio, vicinissima alla spiaggia, e di un magazzino ad Albenga; iii) per il sub-parametro A.4 sarebbero irragionevoli i punteggi di 4,65 di (...) s.r.l. e di 2,3 di (...) s.c.s., poiché solo l'esponente avrebbe descritto analiticamente le caratteristiche delle attrezzature, l'igienizzabilità dei materiali e l'investimento in strutture nuove; iv) per il sub-criterio B.1 risulterebbe manifestamente ingiusta l'attribuzione di un punteggio quasi uguale alle due contendenti, dato che la proposta progettuale di (...) s.r.l. non conterrebbe iniziative sociali in favore dei disabili; v) per il sub-criterio B.3 la vincitrice non avrebbe fornito una concreta programmazione delle attività per i minori, con conseguente erroneità del punteggio massimo di 4 attribuite; vi) per il sub-parametro B.4 la controinteressata sarebbe carente di personale addestrato all'uso del defibrillatore, onde avrebbe dovuto riportare 0 punti; vii) per il sub-criterio B.5 sarebbe illogica l'assegnazione ad (...) s.r.l. del punteggio di 2 e a (...) s.c.s. di 1,72 punti, avendo la

prima prefigurato l'utilizzo del portale *www.visitalassio.com* solamente per la prenotazione delle attività a pagamento; viii) per il sub-criterio D.1 sarebbe scorretto il conferimento di un punteggio simile ai due *competitors*, perché solo (...) s.c.s. avrebbe specificato la formazione professionale dei lavoratori; ix) per il sub-criterio E.1 risulterebbe errato il punteggio di 5,11 conseguito da (...) s.r.l., rispetto ai 4,2 punti riportati dalla deducente, perché, a differenza di quest'ultima, la controinteressata non ha proposto l'installazione di una gettoniera sulle docce; x) per il sub-parametro E.2 sarebbe irrazionale l'assegnazione all'esponente di soli 1,98 punti, a fronte del punteggio massimo di 3 conquistato dall'aggiudicataria, poiché la ricorrente avrebbe previsto iniziative per ridurre gli sprechi più significative rispetto a quelle della rivale.

V) *Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buona amministrazione.* L'Amministrazione avrebbe infranto i principi di trasparenza ed imparzialità, perché i dirigenti comunali -OMISSIS- – pur avendo predisposto la documentazione di gara ed approvato i verbali – hanno fatto parte della commissione giudicatrice, rispettivamente, come presidente e come componente. Sarebbe, altresì, illegittima l'autoinvestitura nell'incarico da parte dell'-OMISSIS-, che ha nominato i membri dell'organo valutatore.

Il Comune di (...) e la controinteressata (...) s.r.l. si sono costituiti in giudizio, difendendo la piena legittimità degli atti gravati ed instando per la reiezione dell'impugnativa.

Con ordinanza n. 112 del 10 giugno 2024 il Tribunale, ravvisati il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, ha sospeso l'efficacia del provvedimento di aggiudicazione.

Con ricorso notificato il 26 giugno 2024 e depositato il 27 giugno 2024 (...) s.r.l. ha proposto impugnativa incidentale avverso gli atti di gara, mirante ad ottenere l'esclusione di (...) s.c.s. dalla selezione o, in via subordinata, l'annullamento del disciplinare, nella parte in cui impone i vincoli di aggiudicazione e di partecipazione, nonché nella parte in cui stabilisce i requisiti di idoneità

professionale dei concorrenti. A tal fine ha dedotto i seguenti motivi:

I) *Violazione degli artt. 10.1 e 10.2 del disciplinare di gara. Violazione delle lett. m) e n) della determinazione dirigenziale n. 110 del 19.3.2024. Violazione degli artt. 5 e 58, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023. Violazione dell'art. 2359 cod. civ. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di presupposti, errore di fatto. Violazione del principio di concorrenza e di accesso al mercato. (...) s.c.s. avrebbe violato il vincolo di partecipazione ad un unico lotto, perché le due società ad essa collegate (...) s.r.l. ed (...) s.r.l.s. hanno gareggiato, rispettivamente, per la SLA 8 e per la SLA 2. In particolare, ricorrerebbero indici di collegamento delle tre imprese, quali la coincidenza fra proprietari, dipendenti e/o amministratori, nonché le analogie di contenuti e di grafica nei progetti proposti.*

II) *Violazione degli artt. 95, comma 1, lett. e) e 98, comma 3, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023. Violazione dell'art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Violazione dei principi di affidabilità, integrità e buona fede. Violazione dei principi di segretezza delle offerte e di par condicio fra i concorrenti. La ricorrente principale dovrebbe essere estromessa dalla competizione, sia ai sensi dell'art. 98, comma 3, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023, per avere partecipato alla gara tentando di celare il collegamento con altre due concorrenti, sia in base all'art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023, avendo presentato offerte imputabili ad un unico centro decisionale.*

III) *Violazione dell'art. 24 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 4 del capitolato. Violazione degli artt. 11 e 102, nonché degli artt. 95, comma 1, lett. e) e 98 del d.lgs. n.36/2023. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, irragionevolezza ed illogicità. Violazione dei principi di affidabilità, integrità e buona fede. L'offerta di (...) s.c.s. sarebbe inattendibile sotto il profilo finanziario, perché, da un lato, sottostimerebbe i ricavi complessivi ritraibili dalla gestione della SLA e quelli delle postazioni spiaggia; dall'altro lato, esporrebbe spese del chiosco-bar eccessivamente basse e costi del personale inferiori a quelli indicati nella dichiarazione di equivalenza delle tutele.*

IV) *In via subordinata. Violazione dell'art. 58, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023. Violazione dell'art. 2359 cod. civ. Violazione del principio di massima partecipazione e accesso alle procedure concorsuali. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà. Difetto di motivazione.* In subordine, il disciplinare sarebbe illegittimo sotto diversi profili: avrebbe contraddittoriamente introdotto un vincolo di aggiudicazione, nonostante le imprese collegate non possano partecipare alla gara; il suddetto vincolo non rispetterebbe l'art. 58, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, a causa del difetto di criteri di selezione del lotto da aggiudicare nell'ipotesi di concorrenti collegati utilmente collocati nelle rispettive graduatorie; la fissazione dei vincoli di partecipazione e di aggiudicazione risulterebbe genericamente motivata.

V) *In via subordinata. Violazione degli artt. 12.1 e 10.2 del disciplinare di gara. Violazione del principio di massima partecipazione e accesso alle procedure concorsuali, sotto ulteriori profili. Eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà.* Qualora venisse ritenuta fondata la contestazione della ricorrente principale circa l'inidoneità professionale di (...) s.r.l., il disciplinare si rivelerebbe illogico e contraddittorio, poiché l'inserimento del vincolo di partecipazione è stato giustificato facendo riferimento alla mancata prescrizione di requisiti di capacità tecnico-professionale.

Tutte le parti hanno depositato memorie e documenti ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a., insistendo nelle rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 19 luglio 2024 la causa è stata assunta in decisione.

## DIRITTO

### I) *Sul ricorso principale*

1. Il Collegio ritiene di esaminare dapprima il ricorso introduttivo del giudizio, poiché, in base all'elaborazione della Corte di Giustizia dell'Unione europea, lo scrutinio dell'impugnazione principale è comunque doveroso anche nell'eventualità di accoglimento del gravame incidentale c.d. escludente (Corte di Giustizia UE, 5 settembre 2019, C-333/18, *Lombardi*; Corte di Giustizia UE, 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica*).

2. Il I) motivo del ricorso principale è fondato.

Avvalendosi della facoltà contemplata dall'art. 58, comma 4, del d.lgs. n. 36/2023, la stazione appaltante ha posto un vincolo di aggiudicazione, *id est* il divieto di assegnare più di un lotto ai concorrenti che versino in situazione di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 cod. civ. La previsione in parola presenta dichiarate finalità pro-concorrenziali e distributive, oltre che di maggior efficienza (cfr. art. 10.1 del disciplinare, sub doc. 4 ricorrente; si veda altresì il punto 5, lett. m, della determina a contrarre n. 110 del 19.3.2024, sub doc. 2 ricorrente).

Secondo l'interpretazione sostanzialistica accolta dalla giurisprudenza, l'istituto del vincolo di aggiudicazione si applica non soltanto nelle fattispecie tipizzate dall'art. 2359 cod. civ., ma anche, più in generale, quando gli operatori economici appartengano comunque allo stesso gruppo societario, o siano espressione di una medesima realtà imprenditoriale, al fine di disincentivare l'accaparramento dei lotti da parte di una squadra "dominante"(in argomento cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 marzo 2024, n. 2149; Cons. St., sez. III, 4 marzo 2024, n. 2052; Cons. St., sez. V, 1° settembre 2023, n.8127). Tale situazione è ravvisabile in presenza di oggettivi elementi indiziari, tra cui partecipazioni incrociate e rapporti parentali tra le persone fisiche socie o titolari di incarichi apicali nelle imprese gareggianti (v. Cons. St., sez. IV, 19luglio 2004, n. 5185).

2.1. Alla stregua delle tracciate coordinate ermeneutiche, nel caso di specie si rinvencono indici di collegamento sostanziale tra (...) s.r.l., aggiudicataria del lotto n. 1 in contestazione, ed (...) s.r.l., aggiudicataria del lotto n. 2.

Segnatamente, le sorelle -OMISSIS- sono usufruttuarie, con diritto di voto, del 50% delle quote della prima società e del 90% delle quote di (...) s.r.l., della quale -OMISSIS- è anche amministratrice unica (v. doc. 19 ricorrente). Inoltre, le signore -OMISSIS- sono, rispettivamente, madre e zia di -OMISSIS-, piena proprietaria del 50% del pacchetto di (...) s.r.l. (oltre che nuda proprietaria del restante 50%) ed amministratrice della società (con le sue figlie -OMISSIS- e-OMISSIS-: v. doc.

18 ricorrente).

A ciò si aggiunga che un'analogia condivisione delle partecipazioni e della gestione si realizza in (...) s.r.l. Infatti, le quote societarie appartengono a -OMISSIS- (per il 32,50% in piena proprietà e per il restante 67,50% in nuda proprietà), alla madre -OMISSIS- -OMISSIS- (usufruttuaria del 32,50%) ed alla zia -OMISSIS- (usufruttuaria del 35%); nel consiglio di amministrazione siedono -OMISSIS- e -OMISSIS- -OMISSIS- con poteri di rappresentanza dell'impresa, oltre alla loro figlia e nipote -OMISSIS- (doc. 20ricorrente).

2.2. Non persuadono le difese del Comune e della controinteressata, secondo cui:

i) (...) s.r.l. ed (...) s.r.l. sarebbero autonome ed indipendenti, perché -OMISSIS- -OMISSIS- e -OMISSIS- (madre e figlia) detengono il 75% dei voti di (...) s.r.l., mentre -OMISSIS-, -OMISSIS- (madre, figlia e nipote) possiedono il 55% dei voti di (...) s.r.l.; tanto più che le sorelle -OMISSIS- sono ultraottantenni e negli ultimi anni la zia della signora -OMISSIS- non ha partecipato alle assemblee di (...) s.r.l.;

ii) le due imprese hanno presentato, in momenti non coincidenti, progetti privi di analogie grafiche e contenutistiche, onde manca la prova di un accordo nel confezionamento delle offerte tecniche, che, quindi, non potrebbero ricondursi ad un unico centro decisionale.

2.2.1. Sotto il primo profilo si osserva che (...) s.r.l. ed (...) s.r.l. non sono semplicemente imprese appartenenti a parenti, ma risultano caratterizzate dalla compresenza dei soggetti titolari delle partecipazioni societarie e dei poteri di amministrazione, con un intreccio tale da far presumere un'interferenza vicendevole ed un coordinamento delle strategie imprenditoriali.

Infatti, pur essendo le quote suddivise in modo che (...) s.r.l. sia gestita dal "ramo (...)" e (...) s.r.l. dal "-OMISSIS-", le sorelle-madri -OMISSIS- sono radicate in entrambe le società con partecipazioni di rilievo (-OMISSIS- detiene il 25% dei voti in (...) s.r.l., -OMISSIS- -OMISSIS- il 45% dei voti in (...) s.r.l.). Siffatta situazione non può non comportare un'influenza reciproca delle politiche

aziendali, non apparendo altrimenti ragionevolmente spiegabile che le sorelle -OMISSIS- possiedano l'usufrutto di quote significative sia in (...) s.r.l., sia in (...) s.r.l., sia anche in (...) s.r.l.

È irrilevante l'età avanzata delle due imprenditrici, una delle quali (-OMISSIS-) è tutt'oggi amministratrice unica e legale rappresentante di (...) s.r.l., come tale attivamente impegnata nella gestione aziendale, mentre l'altra (-OMISSIS- -OMISSIS-) partecipa regolarmente alle assemblee di (...) s.r.l. (v. doc. 32 controinteressata) (oltre ad essere, come visto, amministratrice e legale rappresentante di (...) s.r.l.).

Parimenti, la mera assenza fisica della signora -OMISSIS- alle riunioni dei soci di (...) s.r.l. non è di per sé sufficiente a rendere verosimile la tesi dell'alienità delle due imprese.

2.2.2. Per quanto riguarda il secondo aspetto, l'imputabilità delle offerte di operatori economici formalmente distinti ad un centro decisionale unitario costituisce una causa di esclusione dalla competizione, prevista dall'art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 36/2023 (e, in precedenza, dall'art. 80, comma 5, lett. m del d.lgs. n. 50/2016), finalizzata ad evitare che il gioco della concorrenza venga falsato.

Nella specie, però, la ricorrente lamenta la mancata applicazione non già della prefata causa espulsiva, bensì del diverso istituto del vincolo di aggiudicazione relativo ai lotti di gara, introdotto discrezionalmente dall'Amministrazione per inibire la (astrattamente lecita) assegnazione di due o più lotti ad imprese collegate, con scopi distributivi e di efficienza. Di conseguenza, l'assenza di somiglianze fra le proposte presentate è indifferente, in quanto ciò che rileva per l'integrazione del vincolo di aggiudicazione, in ragione delle finalità dell'istituto, è il collegamento tra gli operatori economici (nel senso sopra illustrato). Peraltro, la circostanza che (...) s.r.l. ed (...) s.r.l. abbiano gareggiato per lotti diversi appare il segno di un'intesa circa la "ripartizione" delle spiagge per le quali competere.

2.3. Ciò posto, occorre individuare le conseguenze derivanti dall'applicazione del vincolo di aggiudicazione.

Non è condivisibile la tesi della controinteressata secondo cui, ravvisando un collegamento tra (...) s.r.l. ed (...) s.r.l., si imporrebbe automaticamente l'assegnazione alla prima del lotto n. 1, in quanto avente valore più elevato, anziché del lotto n. 2 alla seconda. In realtà, né la normativa né la *lex specialis* della procedura prescrivono l'eliminazione del vincitore del lotto economicamente meno rilevante, né può escludersi che il lotto di importo più basso sia in concreto considerato preferibile (ad esempio, per i minori investimenti necessari).

Non risulta utilizzabile nemmeno il criterio pretorio per cui va tenuta ferma l'aggiudicazione avvenuta per prima (Cons. St., sez. III, 15 giugno 2023, n.5900), poiché le determine aggiudicatarie dei due lotti sono entrambe del 21 maggio 2024 (docc. 1 e 14 ricorrente).

Come sostenuto dalla ricorrente, in linea generale dovrebbe operare l'art. 108, comma 12, del d.lgs. n. 36/2023, in forza del quale le variazioni che intervengono dopo il provvedimento di aggiudicazione, anche a seguito di pronuncia giurisdizionale, non sortiscono effetti sui procedimenti relativi agli altri lotti di gara. Invero, la relazione al codice afferma espressamente l'applicabilità della norma in questione all'ipotesi del vincolo di aggiudicazione, allo scopo di evitare la paralisi delle gare per i lotti non oggetto di impugnativa.

Nel caso in esame, però, il Collegio non può esimersi dal rilevare che l'assegnazione del lotto n. 2 a (...) s.r.l. è stata contestata dalla seconda classificata nella relativa graduatoria, la quale ha radicato il ricorso allibrato al n. di R.G. 557/2024 (cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, ord. n. 142 dell'8 luglio 2024). Pertanto, essendo l'aggiudicazione del lotto n. 2 *sub iudice*, spetta al Comune determinarsi circa le modalità di scelta del lotto da assegnare, con la precisazione che, qualora lo ritenga opportuno, potrà chiedere ad (...) s.r.l. se intende conservare il lotto n. 1 o, invece, preferisce optare per il mantenimento del lotto n. 2 da parte di (...) s.r.l.

(sul punto si veda anche *infra*, § 7).

3. Gli altri mezzi del gravame principale sono infondati.

3.1. Per quanto riguarda il II) motivo, l'art. 12.1 del disciplinare prescrive, quale requisito di idoneità professionale, l'iscrizione nel registro delle imprese per attività pertinenti con quelle da appaltare. Come risulta dalla visura camerale, l'oggetto sociale di (...) s.r.l. contempla, tra le varie attività, la gestione di stabilimenti balneari (v. doc. 1 controinteressata). Pertanto, la controinteressata risulta professionalmente idonea ad eseguire la commessa.

Diversamente da quanto adombrato dalla ricorrente, invece, la *lex specialis* non richiede un requisito esperienziale inerente all'effettiva pregressa conduzione di spiagge attrezzate. Peraltro, nel progetto organizzativo offerto in gara, l'aggiudicataria ha rappresentato di operare da anni nel settore turistico, occupandosi della R.T.A. "Solemare" e partecipando alla gestione dell'Hotel Eden e dello stabilimento balneare "Eden Beach" (v. pagg. 3-4 del progetto di (...) s.r.l., sub doc. 21 ricorrente).

È, poi, privo di significato il fatto che la scadenza della società risulti fissata al 31 dicembre 2025, giacché la durata del contratto sociale è prorogabile.

Infine, (...) s.r.l. non intende avvalersi di imprese ausiliarie o di subappaltatrici, bensì di lavoratori da ingaggiare alle proprie dirette dipendenze (v. pag. 18 del progetto di (...) s.r.l.).

3.2. Con riguardo al III) motivo del ricorso, la controinteressata non ha dichiarato di avere già in pianta organica quindici addetti da destinare alla commessa, ma ne ha contemplato l'assunzione con contratti a tempo determinato ed alle condizioni del C.C.N.L. turismo, pubblici esercizi e stabilimenti balneari (v. pagg. 18-19 del progetto di Immobiliare Riviera s.r.l.).

3.3. Il IV) mezzo dell'impugnativa principale, contenente doglianze sui punteggi attribuiti per vari parametri valutativi (docc. 23-24 ricorrente), è inaccoglibile, per le ragioni che in appresso si illustrano.

Per il sub-criterio A.1 (pregio tecnico del progetto e qualità dei servizi offerti all'utenza), il maggior punteggio conseguito da (...) s.r.l. appare giustificato, giacché i servizi previsti sono più numerosi di quelli di (...) s.c.s. ed appaiono particolarmente pregevoli. In particolare, sono indicate lezioni di nuoto, *acquagym*, zumba in acqua, marcia acquatica, yoga ed attività di risveglio muscolare; è offerta la messa a disposizione di reti da pallanuoto e da *beach volley*, nonché di attrezzature sportive (gratuitamente bocce, palloni, racchettoni, *frisbee* ed aquiloni; a pagamento tavole da *surf* e da *sup*, canoe, *kayak*); sono programmabili gite in barca (con circumnavigazione dell'isola Gallinara) ed escursioni con biciclette elettriche; è contemplata un'area con quotidiani, riviste ed una libreria per il *book crossing*; viene garantita l'apertura per almeno dieci mesi, con servizio elioterapico dal 1° aprile al 31 ottobre (pagg. 10-12 e 16-17 del progetto di Immobiliare Riviera s.r.l.). Inoltre, per il chiosco-bar è confezionata una ricca proposta enogastronomica (pagg.13-14 del progetto di Immobiliare Riviera s.r.l.). Infine, è previsto il noleggio di ombrelloni, sedie, lettini, cabine e docce, oltre all'attività di pulizia dello stabilimento e dell'arenile ed alla vigilanza diurna e notturna (pag. 16 del progetto di (...) s.r.l.).

Con riguardo al parametro A.3 (disponibilità di sede operativa prossima alla spiaggia libera attrezzata), si rivela corretta l'attribuzione ad entrambe le contendenti di 4 punti su un massimo di 5. Infatti, sia la ricorrente sia la controinteressata hanno una sede operativa molto vicina alla SLA (rispettivamente, in via Pascoli n. 2 ed in via Cadorna n. 68), ma non frontistante all'arenile in contestazione. Peraltro, (...) s.r.l. possiede un magazzino in (...), passeggiata Cadorna n. 77, senza dubbio più prossimo di quello albenghese di (...) s.c.s.

In relazione al sub-criterio A.4 (caratteristiche delle attrezzature), si rileva che l'aggiudicataria ha offerto un numero maggiore di dotazioni per il mare (100 ombrelloni, 200 lettini, 70 sedie/sdraio e 2 passerelle, contro 70 ombrelloni, 140 lettini, 70 sdraio ed 1 passerella di (...) s.c.s.). È vero che la descrizione contenuta

nel progetto della ricorrente è più accurata: tuttavia, ciò non rende irragionevole o illogica l'assegnazione di un punteggio più elevato alla controinteressata, anche perché quest'ultima ha specificato che tutte le attrezzature saranno nuove ed igienizzabili, esponendo nel dettaglio l'investimento programmato (v. pagg. 14-15 e 20-21 del progetto di (...) s.r.l.).

Per il sub-criterio B.1 (iniziative sociali per la fruizione della SLA da parte delle categorie protette), la commissione ha riconosciuto la preminenza dell'offerta di (...) s.c.s. (tre operatori dedicati, animazione con giochi e musica, aperitivi, giornata dell'accessibilità, attrezzature specifiche), premiandola con 3,44 punti su un massimo di 4. Tuttavia, l'attribuzione di 2,92 punti a (...) s.r.l. non appare censurabile, dato che anch'essa ha contemplato servizi per gli utenti disabili, prevedendo un addetto all'assistenza (con l'impegno ad aumentare gli operatori in caso di necessità), attività ludiche e ricreative, nonché dotazioni apposite, tra cui lettini ad altezza maggiorata ed una carrozzina galleggiante (v. pagg. 7-8 del progetto di (...) s.r.l.).

Per il parametro B.3 (iniziative rivolte alla minore età), il punteggio di 4 ottenuto da (...)s.r.l., rispetto a quello di 3,44 conseguito da (...) s.c.s., risulta coerente con il più ampio ventaglio dell'offerta vincitrice, avendo la controinteressata ideato – accanto a spettacoli, “trucca-bimbi” ed uno spazio attrezzato con scivoli ed altalene per i più piccoli (previsti pure da (...) s.c.s.) – anche un angolo per ragazzi, con giochi da tavolo ed una piccola biblioteca (v. pagg. 9-10 del progetto di (...) s.r.l.). Inoltre, contrariamente all'assunto attoreo, la prima graduata ha precisato la periodicità delle attività di intrattenimento, indicando una cadenza settimanale sia per gli spettacoli di magia, sia per la *baby dance*, sia, infine, per la gara di biglie (pag. 10 del progetto di (...) s.r.l.).

Le lagnanze della deducente sono, poi, destituite di fondamento per il sub-criterio B.4 (personale formato e autorizzato all'utilizzo del defibrillatore semiautomatico), perché nell'offerta tecnica l'aggiudicataria si è espressamente impegnata ad

impiegare operatori addestrati all'uso dello strumento, in possesso delle necessarie certificazioni (pag. 16 del progetto di (...) s.r.l.).

Per il parametro B.5 (offerta dei servizi sportivi complementari anche tramite il portale *www.visitalassio*), il maggior punteggio ottenuto da (...) s.r.l. è legittimo, in quanto essa ha previsto la facoltà di prenotare la partecipazione alle attività sportive direttamente attraverso il sito internet dedicato al turismo alassino, mentre l'esponente ha prefigurato la fruizione del portale solamente per la pubblicizzazione dei servizi proposti (v. pag. 12 del progetto di (...) s.r.l. e pag. 13 del progetto di (...) s.c.s., sub doc. 22 ricorrente).

Con riguardo al sub-criterio D.1 (organico che si intende impiegare nella gestione della SLA), l'organo valutatore ha riconosciuto a (...) s.c.s. il più elevato punteggio di 5,6, in coerenza con il fatto che la cooperativa ha illustrato anche la formazione professionale delle quindici figure contemplat enel piano occupazionale. Tuttavia, i 4,2 punti assegnati ad (...) s.r.l. non paiono irragionevoli, perché il suo progetto è comunque sufficientemente dettagliato, specificando la qualifica dei quindici operatori programmati, il loro livello contrattuale, le ore settimanali ed i costi (v. pag. 18 del progetto di (...) s.r.l.).

Per il sub-criterio E.1 (interventi finalizzati al risparmio energetico ed idrico), non appare scorretta l'attribuzione alla controinteressata di un punteggio superiore, avendo essa contemplato punti di ricarica elettrica per autovetture e per biciclette (v. pag. 6 del progetto di (...) s.r.l.). Pertanto, la gettoniera sulle docce proposta dalla ricorrente non è sufficiente a fare primeggiare la sua offerta sotto il profilo in esame, anche perché, per il resto, le soluzioni *green* per il risparmio idrico delle docce sono identiche (pannelli solari per la produzione di acqua calda, rubinetti a tempo e riduttori di flusso).

Infine, per il parametro E.2 (utilizzo di materiali ecosostenibili, iniziative volte a ridurre gli sprechi e la plastica, incremento della raccolta differenziata), effettivamente non risultano comprensibili le ragioni del conferimento del

punteggio massimo esclusivamente ad Immobiliare Riviera s.r.l., perché, se è vero che quest'ultima ha offerto menù digitali e contenitori *plastic free* (mentre la ricorrente solo stoviglie biodegradabili), (...) s.c.s. ha, dal canto suo, stipulato un accordo con la Fondazione Progetto Arca ONLUS, impegnandosi a destinare il cibo invenduto alle persone in difficoltà economica (v. pag. 20 del progetto di (...) s.c.s.). Ciononostante, atteso il distacco fra le due concorrenti – avendo (...) s.c.s. totalizzato 75,72 punti ed (...) s.r.l. 78,92 punti *ante* riparametrazione (v. doc. 12 ricorrente) –, ipotizzando di attribuire anche alla ricorrente il massimo di 3 punti per il criterio in parola, essa raggiungerebbe il punteggio di 76,74 e, dunque, (...) s.r.l. rimarrebbe al primo posto.

3.4. Da ultimo, il V) mezzo non può trovare accoglimento, in quanto si fonda sul previgente art. 77, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, che stabiliva un'incompatibilità astratta ed automatica tra il ruolo del commissario e quello del dipendente pubblico che avesse predisposto e/o approvato gli atti di gara, oppure designato la commissione.

Senonché gli artt. 51 e 93 del d.lgs. n. 36/2023 hanno eliminato la fattispecie dell'incompatibilità endoprocedimentale, superando l'idea che i funzionari occupatisi dell'appalto nelle fasi della procedura precedenti alla gara vera e propria siano condizionati nella scelta dell'aggiudicataria. Come evidenziato nella relazione al nuovo codice dei contratti, infatti, si è al contrario ritenuto che essi, conoscendo in maniera approfondita l'oggetto della commessa, possano individuare più agevolmente l'offerta migliore.

La recente opzione legislativa si rivela, oltretutto, coerente con la figura del dirigente negli enti locali, giacché l'art. 107, comma 3, del d.lgs. n. 267/2000 attribuisce ai dipendenti con qualifica dirigenziale la competenza esclusiva sia per l'adozione degli atti a rilevanza esterna che per la presidenza delle commissioni di gara (sul punto cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. V, 27 aprile 2012, n. 2445; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 4 aprile 2024, n. 6546; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 6

febbraio 2024, n. 2290).

## II) *Sul ricorso incidentale*

4. Passando al vaglio dell'impugnativa incidentale, si rileva l'infondatezza del I) motivo.

L'art. 10.2 del disciplinare stabilisce il vincolo di partecipazione ad un solo lotto con chiaro riferimento al singolo operatore economico (*“ciascuncon corrente può presentare offerta per un solo lotto funzionale”*), ma non alle imprese collegate (a differenza del vincolo di aggiudicazione, posto dall'art. 10.1 *“nei confronti di più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento”*). Peraltro, il portale telematico è stato configurato per consentire a ciascun *competitor* di presentare domanda limitatamente ad un lotto, così da evitare in radice l'invio di più istanze.

Di conseguenza, legittimamente (...) s.c.s. e le due società in tesi ad essa collegate, ossia (...) s.r.l. ed (...) s.r.l.s., hanno gareggiato per tre lotti diversi (mentre il vincolo di aggiudicazione non è stato violato, perché nessuna delle tre imprese è risultata vincitrice).

5. Parimenti da respingere è il II) mezzo del gravame, non ricorrendo gli estremi delle fattispecie escludenti invocate dalla ricorrente incidentale.

Come si è detto, infatti, la partecipazione di imprese collegate a lotti differenti è consentita dal disciplinare, onde non è ravvisabile alcun illecito professionale per condotta decettiva di (...) s.c.s. *ex art. 98, comma 3, lett. b) del d.lgs. n. 36/2023.*

Nemmeno risulta inverata l'ipotesi dell'art. 95, comma 1, lett. d) del d.lgs. n.36/2023, ai sensi del quale vanno estromessi i concorrenti le cui offerte *“siano imputabili ad un unico centro decisionale a cagione di accordi intercorsi con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara”*. Infatti, la causa espulsiva in questione non riguarda le offerte presentate per lotti diversi, perché, qualora una gara sia suddivisa in più lotti, ognuno di questi assume veste autonoma sia sotto il profilo procedurale che ai fini della partecipazione (in argomento cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 5 marzo 2024, n. 2176, riguardante il previgente art. 80, comma 5, lett. m

del d.lgs. n. 50/2016, di contenuto sostanzialmente analogo alla disposizione attuale).

6. Non coglie nel segno il III) motivo del ricorso incidentale.

I ricavi annuali di € 171.000,00 ipotizzati da (...) s.c.s. nel piano economico-finanziario (doc. 26 ricorrente) sono in linea con le previsioni dell'Amministrazione civica, che ha stimato un fatturato pari ad € 841.500,00 nel quinquennio (v. pag. 10 della determina a contrarre n. 110 del 19.3.2024, sub doc. 2 ricorrente) e, quindi, ad € 168.300,00 annui (v. PEF allegato al progetto di fattibilità del Comune, sub doc. 45 ricorrente).

Analogha considerazione vale per l'incasso di € 48.000,00 previsto per il noleggio delle attrezzature balneari, sostanzialmente coincidente con l'importo di € 48.960,00 esposto dal Comune (v. sempre PEF allegato al progetto di fattibilità comunale).

Parimenti, i costi del chiosco-bar indicati dalla ricorrente principale in € 18.000,00, su un introito ipotizzato in € 105.000,00, sono coerenti con le cifre supposte dall'ente locale, pari ad € 16.000,00 per le spese e ad € 99.450,00 per i ricavi (v. sempre PEF allegato al progetto di fattibilità comunale).

Infine, (...) s.c.s. ha indicato i costi della manodopera nel file *excel* di cui al doc. 46: tali oneri, calcolati con riferimento al costo orario definito nella tabella ministeriale relativa al C.C.N.L. delle cooperative ed al monte ore stimato, risultano conformi ai minimi salariali retributivi.

7. Non è accoglibile nemmeno il IV) motivo del ricorso incidentale.

Anzitutto, nessuna contraddizione affligge il disciplinare, perché, come si è detto, le società collegate possono gareggiare per lotti diversi, salva l'applicazione del vincolo di aggiudicazione qualora, in concreto, due o più di esse si classificano in posizione utile nella rispettiva graduatoria.

Con riferimento alla mancata previsione del criterio per individuare il lotto da aggiudicare nella prefata situazione, il Collegio ritiene che, in virtù del canone di

conservazione degli atti giuridici e del principio del risultato, tale omissione non determini né l'inefficacia del vincolo di aggiudicazione, né la totale caducazione della gara, ma comporti l'obbligo del Comune di definire il sistema per addivenire alla scelta (eventualmente interpellando le imprese collegate in merito alla loro preferenza).

Infine, le specifiche ragioni sottese all'introduzione dei limiti di partecipazione e di aggiudicazione sono state illustrate dall'Amministrazione in modo chiaro e puntuale, soddisfacendo l'onere motivazionale rafforzato prescritto dall'art.58, comma 4, terzo periodo del d.lgs. n. 36/2023 (in particolare, per il vincolo di aggiudicazione la determina a contrarre n. 110 del 19.3.2024 indica a pag. 7 le seguenti motivazioni: *“per consentire la massima partecipazione possibile alla gara delle imprese minime, piccole e medie che costituiscono il tessuto economico-commerciale del territorio”*; *“in considerazione delle pregresse esperienze di affidamento della gestione delle spiagge libere attrezzate comunali, nelle quali si è rilevata una maggiore efficienza e tempestività nel rispetto delle obbligazioni contrattuali pattuite con l'ente concedente da parte degli operatori economici che hanno dovuto far fronte dal punto di vista dell'esposizione finanziaria alla gestione di una sola SLA”*; *“per disincentivare l'accaparramento di commesse pubbliche e la contemporanea assunzione, da parte di una medesima organizzazione aziendale, di una pluralità di prestazioni in diversi ambiti del territorio, con conseguente sovraccarico di impegno organizzativo ed economico in fase esecutiva, con pregiudizio della qualità dei servizi forniti all'utenza, come sperimentato in precedenti affidamenti di questa Amministrazione, e al fine quindi di garantire una più efficace, proficua e curata conduzione dei servizi offerti”*; le medesime ragioni sono state esplicitate nelle linee di indirizzo adottate con delibera giunta n. 63 dell'8.3.2024, sub doc. 17 ricorrente, nonché riportate a pag. 8 del disciplinare di gara).

8. Da ultimo, il V) mezzo è improcedibile, essendo stata giudicata infondata la censura ricorsuale sull'idoneità professionale di (...) s.r.l.

III) *Sull'esito del giudizio*

9. In conclusione, il ricorso principale si appalesa fondato e va, quindi, accolto, con

conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione. Il gravame incidentale è, invece, parzialmente improcedibile e, per il resto, infondato.

10. Le spese seguono, come di regola, la soccombenza nei confronti del Comune di (...) e sono liquidate in dispositivo, mentre possono essere compensate nei riguardi della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti, così dispone:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione;
- dichiara il ricorso incidentale parzialmente improcedibile, ai sensi di cui in motivazione, e per il resto lo rigetta.

Condanna il Comune di (...) al pagamento delle spese di lite in favore di (...) s.c.s., liquidandole forfettariamente nell'importo di € 3.500,00 (tremilacinquecento//00), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato. Compensa le spese nei riguardi di (...) s.r.l.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Liliana Felletti, Primo Referendario, Estensore

Marcello Bolognesi, Referendario

**L'ESTENSORE**

**Liliana Felletti**

**IL PRESIDENTE**

**Giuseppe Caruso**

## IL SEGRETARIO