

Pubblicato il 09/12/2021

N. 01471/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00545/2021 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 545 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

S.R.L. Venice By Boat, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucio Anelli, Flavia Anelli e Ugo Bergamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, San Marco 4179;

contro

Ente di Governo del Trasporto Pubblico Locale del Bacino Territoriale Ottimale Omogeneo di Venezia, Comune di Chioggia, non costituiti in giudizio;

Comune di Venezia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Iannotta, Nicoletta Ongaro e Federico Trento, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura civica in Venezia, S. Marco 4091;

Città Metropolitana di Venezia, in persona del Sindaco Metropolitano *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberta Brusegan, Katia Maretto

e Giuseppe Roberto Chiaia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura dell'Ente in Venezia - Mestre, via Forte Marghera 191;

nei confronti

Alilaguna s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Giandomenico Falcon, Marco Falcon e Gaetano Guzzardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, Santa Croce 468/B;

per l'annullamento

A) quanto al ricorso principale, depositato il 3 giugno 2021:

- del bando di gara n. 31/2016 e dell'allegato disciplinare di gara, relativi all'affidamento dei servizi di linea per via d'acqua nella laguna veneta appartenenti ai servizi urbani del Comune di Venezia, lotto n. 2, CIG n. 6248833C1C;
- della lettera di invito in data 2 luglio 2020, relativa all'affidamento dei Servizi di linea per via d'acqua nella laguna veneta appartenenti ai servizi urbani del Comune di Venezia, Lotto n. 2;
- dell'allegato n. 1 alla lettera di invito, relativo al lotto 2;
- della graduatoria finale della gara per il lotto n. 2, pubblicata il 10 maggio 2021 sul portale delle gare d'appalto del Comune di Venezia, in cui è risultata prima in graduatoria con il miglior punteggio la s.p.a. Alilaguna;
- dei verbali della Commissione giudicatrice di tutte le sedute pubbliche e riservate nonché di tutti gli altri atti presupposti, connessi o conseguenti, allo stato non conosciuti nonché per la ichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, ove stipulato, medio tempore, con la s.p.a. Alilaguna in relazione al lotto n. 2;

B) quanto al ricorso incidentale depositato da Alilaguna s.p.a. il 25 giugno 2021:

- del provvedimento del Dirigente del Settore Gare contratti, centrale unica appalti ed economato nella Direzione Finanziaria del Comune di Venezia

dott. Marzio Ceselin del 23 febbraio 2017, n. PG/2017/0095890, avente ad oggetto “gara n. 31/2016: procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale automobilistici e di navigazione dell'ambito di unità di rete dell'area urbana di Venezia: lotti n. 1 e n. 2. Avviso di ammissione ed esclusione ai sensi degli artt. 29 comma 1 e del d. lgs. 50/2016”, nella parte in cui esso, comunicando che “tutti i candidati sono stati ammessi alle fasi successive della gara, fatta eccezione per il concorrente: ARFEA SRL (lotto n. 1) la cui istanza è pervenuta fuori termine”, ammette Venice by Boat s.r.l. alla gara;

- del verbale della Commissione di Gara del 6 maggio 2021 con cui essa, pur dando atto che Venice by Boat s.r.l. non ha presentato il piano economico finanziario asseverato, considera ugualmente ammissibile l'offerta;

- della graduatoria finale della gara per il lotto n. 2, pubblicata il 10 maggio 2021 nel portale delle gare d'appalto del Comune di Venezia, nella parte in cui in essa è inserita anche Venice by Boat s.r.l.;

- di ogni altro atto connesso presupposto o consequenziale, anche non conosciuto, nel quale Venice by Boat s.r.l. sia stata o risulti ammessa a partecipare alla gara 31/2016, per l'effetto escludendosi Venice by Boat s.r.l. dalla predetta gara;

C) Quanto ai motivi aggiunti al ricorso principale, depositati da Venice By Boat s.r.l. il 3 settembre 2021:

- del bando di gara n. 31/2016 e dell'allegato disciplinare di gara, relativi all'affidamento dei Servizi di linea per via d'acqua nella laguna veneta appartenenti ai servizi urbani del Comune di Venezia, Lotto n. 2, CIG n. 6248833C1C;

- della lettera di invito in data 2.7.2020, relativa all'affidamento dei Servizi di linea per via d'acqua nella laguna veneta appartenenti ai servizi urbani del Comune di Venezia, Lotto n. 2;

- dell'allegato n. 1 alla lettera di invito, relativo al lotto 2;

- della graduatoria finale della gara per il lotto n. 2, pubblicata il 10 maggio 2021 sul portale delle gare d'appalto del Comune di Venezia, in cui è risultata

prima in graduatoria con il miglior punteggio la S.p.A. Alilaguna;

- di tutti i verbali della Commissione giudicatrice (verbali 1, 2, 3, 4, 5, 6 e 7);
- della proposta di Determinazione Dirigenziale n. 1388 del 29.6.2021;
- della Determinazione Dirigenziale n. 1302 del 30 giugno 2021, con cui sono stati approvati i verbali di gara ed è stato aggiudicato il servizio di trasporto pubblico locale automobilistico e di navigazione dell'ambito di unità di rete dell'area urbana di Venezia per il lotto 2 alla Società Alilaguna S.p.A.

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, ove stipulato, medio tempore, con la S.p.A. Alilaguna in relazione al lotto n. 2.

D) Quanto ai motivi aggiunti al ricorso incidentale, depositati da Alilaguna s.p.a. il 14 settembre 2021:

- della Determinazione del Dirigente del Settore Gare contratti, centrale unica appalti ed economato nella Direzione Finanziaria del Comune di Venezia n. 1302 del 30 giugno 2021, avente ad oggetto *“gara n. 31/2016: affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale automobilistici e di navigazione dell'ambito di unità di rete dell'area urbana di Venezia Lotto n. 2 Servizi di linea per via d'acqua nella laguna veneta appartenenti ai servizi urbani del Comune di Venezia - CIG n. 6248833C1C”*, comunicata con PEC della Città di Venezia del 13 luglio 2021 che aggiudica il servizio ad Alilaguna s.p.a., limitatamente alla parte in cui colloca come seconda classificata Venice by Boat s.r.l.;
- dei verbali allegati alla citata determina di aggiudicazione con cui la Commissione Giudicatrice ha valutato l'offerta tecnica di Venice by Boat s.r.l. attribuendole punteggi non spettanti;
- di ogni altro atto connesso presupposto o conseguente, e per l'effetto escludendosi l'ATI ricorrente Caronte & Tourist s.p.a. dalla predetta gara o, in subordine, rideterminando il punteggio ad essa attribuito o, ancora in ulteriore subordine, ordinando la riedizione del potere;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Venezia, della Città Metropolitana di Venezia e di Alilaguna s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 ottobre 2021 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Ente di governo del trasporto pubblico locale del bacino territoriale ottimale omogeneo di Venezia, con bando n. 31/2016, pubblicato dal 13 luglio 2016 all'11 ottobre 2016, ha indetto una gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale automobilistici e di navigazione dell'ambito di unità di rete dell'area urbana di Venezia, suddiviso in 2 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa.

Venice by Boat s.r.l. (d'ora in poi Venice by Boat), che è il gestore uscente del servizio, ha chiesto di partecipare al lotto n. 2 relativo ai *“servizi di linea per via d'acqua nella laguna veneta appartenenti ai servizi urbani del Comune di Venezia”*.

A seguito del superamento della fase di prequalifica gli operatori ammessi sono stati chiamati a presentare l'offerta con lettera di invito prot. n. 0278411 del 2 luglio 2020.

La procedura delineata dal bando del 2016, prevede l'assegnazione di un massimo di 75 punti per l'offerta economica, e di un massimo di 25 punti per l'offerta tecnica.

All'esito della gara Alilaguna s.p.a. (d'ora in poi Alilaguna) ha ottenuto il miglior punteggio complessivo di 98,3835/100, di cui 25 per l'offerta tecnica e 73,384 per l'offerta economica, mentre l'odierna ricorrente si è classificata al secondo posto con un punteggio complessivo di 90,7410/100, di cui 15,560 per l'offerta tecnica e 75 per l'offerta economica.

Con il ricorso introduttivo la ricorrente impugna il bando, la lettera di invito e la graduatoria finale della gara con tre motivi.

Con il primo motivo lamenta la violazione degli articoli 95 e 50 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, l'errata ed illegittima suddivisione del punteggio totale tra qualità e prezzo, la violazione dei principi di proporzionalità e di concorrenza, nonché l'illogicità manifesta dei criteri presi a riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con questo motivo la ricorrente, premesso che l'art. 95, comma 10 *bis*, del D.lgs. n. 50 del 2016 prevede un tetto massimo del 30 per cento per il punteggio relativo all'offerta economica, e che la giurisprudenza e gli orientamenti dell'Anac (con particolare riguardo alle Linee guida n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa di cui alla delibera n. 1005 del 21 settembre 2016) esprimono un chiaro *favor* per la valorizzazione del profilo qualitativo delle offerte, evidenzia l'illegittimità della scelta della stazione appaltante di privilegiare, attribuendo un peso addirittura del 75 per cento, la componente del prezzo in modo illogico e contrario alle prescrizioni inderogabili previste dal legislatore. Secondo la ricorrente la citata norma di cui all'art. 95, comma 10 *bis*, ha una portata eterointegrativa delle disposizioni della *lex specialis* di gara e comunque, anche ove tale carattere non dovesse essere riconosciuto, la procedura di gara nella sua interezza dovrebbe essere annullata.

Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione degli articoli 95 e 30 del D.lgs. n. 50 del 2016, dei principi di proporzionalità e di concorrenza, nonché l'illogicità manifesta della formula matematica utilizzata per il calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica.

In particolare la ricorrente, sostiene che l'applicazione della formula di attribuzione del punteggio all'offerta economica ha portato ad un risultato incongruo. L'aggiudicataria con un ribasso solamente del 13 per cento ha ottenuto un punteggio di 73,38353, mentre la ricorrente con un ribasso del 20 per cento ha ottenuto un punteggio di 75. Secondo Venice by Boat la formula matematica utilizzata ha determinato un anomalo appiattimento ed una eccessiva compressione del *range* dei punteggi, che svisciva irrazionalmente ed

ingiustificatamente la componente del prezzo in violazione del principio di proporzionalità, ed escludendo in radice la possibilità di utilizzare il potenziale di 75 punti previsto dal bando.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'allegato 1 alla lettera di invito, relativo al lotto n. 2 "*contenuti dell'offerta e criteri di valutazione*", la violazione dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, dei principi di par condicio, trasparenza e concorrenza, l'illogicità, la contraddittorietà, il difetto di istruttoria, nonché l'erronea valutazione degli elementi costituenti l'offerta tecnica.

Con questo motivo la ricorrente sostiene che i punteggi attribuiti alle offerte tecniche sono illogici e contrastano con gli elementi oggettivi che le caratterizzano, e che le diversificazioni di punteggio non sono giustificate.

La ricorrente sostiene inoltre che, essendo previsti punteggi di carattere meramente quantitativo, vi è un contrasto con l'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui devono essere valorizzati gli elementi qualitativi dell'offerta, relativamente al subcriterio 1 ("*ulteriori natanti messi a disposizione - punti 4*") ed al subcriterio 2 ("*inizio del servizio con ulteriori natanti in propria disponibilità - punti 4*") per ben 8 punti complessivi.

Infine, nell'ambito di questo motivo, la ricorrente lamenta il difetto di motivazione perché il solo voto numerico non consente di far comprendere l'*iter* logico seguito dall'Amministrazione nell'attribuzione dei punteggi.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Venezia, in qualità di Ente di governo del trasporto pubblico, la Città Metropolitana di Venezia e la controinteressata Alilaguna eccependo l'inammissibilità del ricorso introduttivo per carenza di interesse, in quanto è oggetto di impugnazione la graduatoria che costituisce un atto endoprocedimentale non autonomamente ed immediatamente lesivo, e non stata impugnata l'aggiudicazione non ancora intervenuta al momento della proposizione del ricorso introduttivo, e chiedendo altresì la reiezione nel merito delle censure proposte.

La Città Metropolitana di Venezia ha altresì eccepito la tardività dell'impugnazione del bando, mentre Alilaguna ha eccepito l'inammissibilità dei primi due motivi di ricorso perché con gli stessi la ricorrente fa valere delle cesure opposte e tra loro reciprocamente incompatibili.

Alilaguna con ricorso incidentale contesta l'ammissione alla procedura della ricorrente Venice by boat con due motivi.

Con il primo motivo lamenta la violazione dell'art. 53, comma 16-*ter*, de D.lgs. n. 165 del 2001 perché dalla visura camerale risulta che è stato conferito l'incarico di consigliere di amministrazione, dal 16 novembre 2016 al 13 giugno 2017, all'avv. Ugo Bergamo prima del decorso del termine di tre anni dalla scadenza del mandato di assessore alla mobilità e trasporti del Comune di Venezia svolto dal 2010 al 23 giugno 2014, con la conseguenza che la Società ricorrente, avendo violato il divieto di *pantouflage*, non poteva partecipare alla gara.

Con il secondo motivo Alilaguna lamenta la violazione dell'art. 75 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, della *lex specialis* e, segnatamente, dei punti 3.1, 3.1.2. del bando, con riferimento alle condizioni di cui all'art. 53, comma 16-*ter*, del d.lgs. n. 165 del 2001 e di cui agli articoli 80 e 164 del d.lgs. 50 del 2016, perché, sempre con riferimento al divieto di *pantouflage*, lo stesso bando prevede l'esclusione dalla gara di concorrenti che versino in divieti a contrarre con la pubblica amministrazione, cosicché Venice by Boat ha violato una specifica previsione del bando ed ha altresì reso una dichiarazione non veritiera circa l'assenza di questa specifica causa di esclusione.

Con il terzo motivo la controinteressata lamenta la violazione della *lex specialis* di gara e, in particolare, del paragrafo 10, punto XIX, della lettera di invito, perché la stazione appaltante non ha rilevato che Venice by Boat ha omesso di includere nell'offerta economica il piano economico finanziario che nel caso di specie deve ritenersi parte integrante della stessa, come si evince dalla formulazione della lettera di invito la quale prevede che l'offerente si debba impegnare “*alla piena attuazione del piano economico finanziario presentato ai fini della*

partecipazione alla procedura e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso”. Secondo Alilaguna Venice by Boat avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto tale documento, oltre ad essere essenziale al fine di confrontare costi e ricavi idonei ad individuare il punto di equilibrio della gestione e la sua sostenibilità, determina anche il contenuto e la scansione temporale degli impegni assunti. La ricorrente ha eccepito la tardività del primo motivo del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata perché avrebbe dovuto essere proposto *ratione temporis* avverso l’atto di ammissione ai sensi dell’art. 120, comma 2 *bis*, cod. proc. amm., in quanto l’abrogazione della norma da ultimo citata disposta dal decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55, produce effetti solo rispetto a fattispecie per le quali alla data della sua entrata in vigore non sia già decorso il termine di impugnazione precedentemente previsto, con conseguente consolidazione degli effetti del provvedimento di ammissione non impugnato.

Quanto al primo motivo del ricorso incidentale la ricorrente ha eccepito l’infondatezza delle censure proposte rilevando l’estraneità dell’avv. Ugo Bergamo dalle figure soggettive contemplate dalla norma di cui all’art. 16 ter dell’art. 53 del D.lgs. n. 165 del 2001, e comunque l’irrilevanza dell’incarico nel consiglio di amministrazione, perché conferito in data 16 novembre 2016, successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle istanze di ammissione alla gara.

Quanto al secondo motivo del ricorso incidentale, la ricorrente deduce che nella *lex specialis* non vi è la previsione dell’obbligo di presentazione del piano economico finanziario a pena di esclusione, e tale documento è necessario solo al fine di giustificare la sostenibilità dell’offerta in sede di valutazione della sua congruità, e può pertanto essere esibito successivamente, con la conseguenza che il mancato inserimento dello stesso nell’offerta economica non può comportare la non ammissione alla procedura.

Successivamente alla formazione della graduatoria impugnata con il ricorso introduttivo, la stazione appaltante con determinazione dirigenziale n. 1302

del 30 giugno 2021 ha disposto l'aggiudicazione del servizio in favore di Alilaguna.

Tale provvedimento è impugnato da Venice by Boat con un atto di motivi aggiunti, con sei motivi.

Con il primo motivo dei motivi aggiunti la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 80 del D.lgs. n. 50 del 2016, l'illegittima ammissione di Alilaguna alla gara ed il difetto di istruttoria, perché la stessa è controllata al 100 per cento dal socio unico Società investimenti turistici Venezia SITV s.p.a., e sono state omesse le dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti di idoneità morale cui al citato art. 80 rispetto ai soggetti muniti di rappresentanza e direzione tecnica del socio persona giuridica. Secondo la ricorrente in ordine a tale mancanza non può essere esercitato il soccorso istruttorio, in quanto si tratta di dichiarazione radicalmente omessa e comunque, ove lo si ritenga ammissibile, la valutazione dovrebbe essere nuovamente rimessa all'Amministrazione.

Con il secondo motivo dei motivi aggiunti la ricorrente lamenta la mancata esclusione della controinteressata che avrebbe dovuto essere disposta in quanto ha presentato un'offerta generica ed indeterminata, con la conseguenza che l'istruttoria e la motivazione svolte dalla stazione appaltante si rivelano insufficienti, errate ed illogiche ed emerge altresì una disparità di trattamento tra i concorrenti.

In particolare la ricorrente sostiene che per le voci "*materiale cartaceo – bacheche informative*", "*personale di terra e biglietterie*" e "*monitor informativi*" viene demandata ad un futuro coordinamento con l'ente gestore l'individuazione di soluzioni più opportune; per la voce "*climatizzazione delle imbarcazioni*", questa viene genericamente prevista con riguardo alle nuove imbarcazioni, ma non vi è alcuna specificazione di quali imbarcazione si tratti; per la voce "*silenziosità dei mezzi*" viene prevista l'attivazione di progetti mirati, senza specificare quali, e quindi per queste voci vi è l'enunciazione di impegni vaghi non supportati da elementi concreti, con la conseguenza che l'offerta indeterminata avrebbe

dovuto considerarsi nulla e non ammissibile con esclusione della controinteressata.

Con il terzo motivo dei motivi aggiunti la ricorrente lamenta la violazione dei criteri di valutazione previsti dall'allegato I della lettera di invito, l'illogicità, l'irragionevolezza, la contraddittorietà, il travisamento ed il difetto di istruttoria, e l'erronea attribuzione di punteggi decisivi sotto il profilo della qualità dell'offerta.

Per quanto riguarda l'erronea attribuzione dei punteggi la ricorrente premette che la lettera di invito prevede 25 punti per l'offerta tecnica ripartendoli tra tre voci: a) flotta – punti 14; b) monitoraggio del servizio del livello del comfort – punti 5; c) programma di manutenzione e pulizia – punti 6, ciascuno suddiviso in sottocriteri.

La ricorrente afferma che dalla sintetica motivazione posta a corredo del giudizio emergono elementi di arbitrarietà ed erroneità per i subcriteri 1.1 “*flotta - ulteriori natanti messi a disposizione (quale scorta – avvicendamento) per tipologia*”, 1.3 “*flotta - implementazione di tecnologie innovative a bordo*”, 2.2 “*interventi di miglioramento del comfort di viaggio*”, e 1.4 “*localizzazione, tipologia e caratteristiche dei cantieri navali*”, con delle articolate argomentazioni.

Con il quarto motivo dei motivi aggiunti la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 95 del Dlgs. n. 50 del 2016, dei principi in materia di verbalizzazione delle operazioni di gara e di funzionamento degli organi collegiali, di buon andamento e trasparenza, nonché la violazione della *lex specialis* perché risulta che il punteggio è stato attribuito separatamente da ciascun commissario, e che il punteggio complessivo è la media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, salvo contraddittoriamente ed illogicamente precisare che la valutazione di commissari è stata unanime. Da tale verbalizzazione emerge pertanto, secondo la ricorrente, che in realtà non è stato formulato un punteggio individuale, in contrasto con la *lex specialis* che prescriveva tale modalità di attribuzione dei punteggi.

Inoltre, prosegue la ricorrente, i punteggi numerici sono stati attribuiti in un atto allegato al verbale di gara con foglio separato, senza alcuna garanzia circa il momento della sua effettiva formazione, e la seduta di gara del 29 aprile 2021 nel cui corso è stata svolta la valutazione delle singole offerte e l'attribuzione dei punteggi è durata solo 1 ora e trenta minuti, per un periodo non compatibile con lo svolgimento di tutte le operazioni necessarie.

Con il quinto e sesto motivo la ricorrente ripropone il primo ed il secondo motivo del ricorso introduttivo, con i quali ha contestato rispettivamente la ponderazione prevista dalla *lex specialis* per la componente economica e per quella qualitativa, e la formula matematica predisposta per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica.

La controinteressata ha presentato dei motivi aggiunti al ricorso incidentale, con i quali ha riproposto in due motivi le medesime censure introdotte con il ricorso incidentale introduttivo avverso l'ammissione della ricorrente alla procedura di gara e, in via subordinata, ha proposto un ulteriore motivo con il quale contesta i punteggi attribuiti alla ricorrente.

In particolare con il terzo motivo dei motivi aggiunti al ricorso incidentale la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, il difetto di istruttoria e motivazione, l'irragionevolezza ed il travisamento, nonché la violazione del principio di proporzionalità. Con tale motivo la controinteressata lamenta la violazione dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016, il difetto di istruttoria e di motivazione, l'irragionevolezza, il travisamento, nonché la violazione del principio di proporzionalità, perché alla ricorrente sono stati erroneamente attribuiti punteggi superiori a quelli spettanti. Per quanto concerne la voce relativa al subcriterio 2.2 "*interventi di miglioramento del comfort di viaggio*", sono stati attribuiti 0,50 punti a Venice by Boat, nonostante la stessa abbia proposto solamente l'elaborazione di un progetto di installazione della rete *wi-fi* aperta all'utenza che consenta il collegamento gratuito alla rete mobile dati, a fronte di un punto attribuito alla controinteressata che ha offerto molti più servizi (climatizzazione delle

imbarcazioni, silenziosità dei mezzi; assistenza ai passeggeri e modalità di imbarco; connessione alla rete *wi-fi*; portale di intrattenimento dei passeggeri, informazioni turistiche, posizione del mezzo in tempo reale; prese di ricarica *usb*; luci di lettura e notturne).

Con riguardo al subcriterio 1 “*flotta – programma di manutenzione della flotta*” sono stati riconosciuti a Venice by Boat 2,40 punti, sui 3 disponibili, nonostante abbia proposto un programma giudicato dalla commissione come semplicemente “*sufficiente*”.

Inoltre, con riguardo al primo criterio “*manutenzioni da effettuare specificando la tipologia degli interventi e la cadenza in ore moto*” l’offerta della ricorrente è molto generica, al contrario di quella di Alilaguna che è dettagliata.

Quanto al criterio 3.2 “*programma di pulizia della flotta*” sono stati riconosciuti 3 punti, il massimo, all’offerta di Venice by Boat, come a quella della controinteressata, nonostante solo Alilaguna abbia offerto una vasta ed approfondita programmazione della pulizia, mentre Venice by Boat ha offerto un programma lacunoso ed essenziale.

Alla pubblica udienza del 20 ottobre 2021, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente deve essere dichiarata l’inammissibilità del ricorso introduttivo di Venice by Boat perché proposto avverso la graduatoria, formata a seguito dell’esperimento della gara, che come è noto costituisce un atto endoprocedimentale, privo di autonoma lesività, che viene a prodursi solo a seguito dell’aggiudicazione (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 6 maggio 2020, n. 334; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 28 dicembre 2018, n. 7426; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 aprile 2018, n. 928). Ugual sorte di inammissibilità segue il ricorso incidentale di Alilaguna proposto anch’esso avverso atti endoprocedimentali.

L'oggetto del giudizio deve pertanto essere delimitato dai motivi aggiunti al ricorso introduttivo principale e dai motivi aggiunti al ricorso incidentale.

Sempre in via preliminare va precisato che devono essere esaminati per primi i motivi aggiunti al ricorso principale in quanto *“si è, infatti, condivisibilmente da ultimo evidenziato in giurisprudenza che il ricorso principale deve essere esaminato per primo, potendo la sua eventuale infondatezza determinare l'improcedibilità del ricorso incidentale. Si dà, in altre termini, priorità al gravame principale e ciò in quanto, mentre l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale non potrebbe in ogni caso comportare l'improcedibilità del ricorso principale, l'eventuale infondatezza del ricorso principale consentirebbe di dichiarare l'improcedibilità del ricorso incidentale, con conseguente economia dei mezzi processuali. Infatti, ove fosse respinto il ricorso principale, con conseguente formazione del giudicato sulla legittimità della aggiudicazione controversa, il controinteressato, vale a dire l'aggiudicatario, avendo reso intangibile la soddisfazione del proprio interesse, non potrebbe nutrire alcun ulteriore interesse all'accoglimento del ricorso incidentale”* (da ultimo in questi termini Consiglio di Stato, Sez III, 20 agosto 2021, n. 5967; cfr. altresì Consiglio di Stato, Sez. IV, 10 luglio 2020, n. 4431; T.A.R. Veneto, Sez. I, 17 febbraio 2020, n. 165).

Verranno pertanto esaminate per prime le censure proposte con i motivi aggiunti al ricorso principale.

Ciò premesso, nel caso in esame i motivi aggiunti al ricorso principale sono infondati, ed i motivi aggiunti al ricorso incidentale conseguentemente devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

Con il primo motivo dei motivi aggiunti la ricorrente sostiene che la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara per non aver reso la dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti morali di cui all'art. 80 del D.lgs. n. 80 del 2016, con riguardo ai soggetti muniti di rappresentanza e direzione del socio unico di Alilaguna, ovvero Investimenti Turistici Venezia s.p.a..

Il Collegio, aderendo all'orientamento maggioritario formatosi in giurisprudenza, ritiene il motivo infondato, perché letteralmente la norma

invocata non è riferita al socio unico persona giuridica ma solo al socio unico persona fisica, e si tratta di disposizione da intendersi di stretta interpretazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 306; id. 9 aprile 2020, n. 2333; id. 2 ottobre 2020, n. 5782; id. 20 novembre 2019, n. 7922).

Per completezza, oltre a tale dirimente profilo, va anche aggiunto che Alilaguna ha reso una dichiarazione cumulativa, in un contesto in cui il rappresentante legale e tutti i nominativi dei soggetti della Società controllante interessati sono facilmente individuabili mediante la consultazione della visura della camera di commercio, e tale consultazione è ritenuta pacificamente ammissibile dalla giurisprudenza.

Già nella previgente versione del codice dei contratti pubblici si era infatti affermato che una dichiarazione priva della menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi deve ritenersi idonea laddove questi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 30 luglio 2014, n. 16). Tale orientamento è stato recepito anche con il nuovo codice dalla giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 10 marzo 2021, n. 2054; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 marzo 2020, n. 486) e dall'ANAC (cfr. il comunicato del 26 ottobre 2016).

Il primo motivo dei motivi aggiunti è pertanto infondato.

Con il secondo motivo dei motivi aggiunti la ricorrente sostiene che l'offerta di Alilaguna doveva essere esclusa perché indeterminata e generica.

Il motivo, alla luce delle puntuali repliche delle controparti, si rivela infondato, perché si basa su una lettura parziale ed avulsa dal contesto di alcune frasi dell'offerta tecnica di Alilaguna che in realtà ha un contenuto più articolato di quello rappresentato da Venice by Boat.

La ricorrente con riguardo al criterio 1, subcriterio 3, che fa riferimento alla voce "*materiale cartaceo – bacheche informative*", sostiene che l'impegno assunto da Alilaguna (la quale ha affermato che "*si coordinerà con l'Ente affidante ed il gestore della rete urbana TPL per individuare le soluzioni grafiche e di comunicazione più*

opportune al fine di mettere a disposizione/aggiornare il materiale cartaceo e le bacheche informative sia a bordo sia presso gli approdi ed i luoghi di maggiore interesse”) non reca in realtà un obbligo puntuale.

La censura non può essere condivisa perché la ricorrente omette di riportare che il passo citato rinvia espressamente ad un allegato (il 2.9) in cui è riportato un esempio dettagliato della bacheca informativa proposta (cfr. pag. 52 del doc. 3, depositato in giudizio dal Comune in data 28 settembre 2021 con il secondo elenco documenti) e la relazione, dopo il brano riportato, prosegue (cfr. pag. 27 del doc. 2 depositato in giudizio dal Comune in data 28 settembre 2021 con il secondo elenco documenti) indicando anche la previsione di una pianificazione dei controlli per verificare le condizioni dei tabelloni, e di un riferimento grafico alle norme di comportamento da tenere in città.

La censura di eccessiva genericità dell’offerta di Alilaguna per questa voce si rivela pertanto non fondata.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riguardo agli altri elementi contestati ovvero per il criterio 2, subcriterio 1, concernente la voce *“personale di terra e biglietterie”* perché Venice by Boat interrompe la frase nella parte in cui ne vengono maggiormente definiti i dettagli ed in particolare la messa a disposizione di informazioni su *“variazioni di orario, percorsi, coincidenze”*, e per la voce *“monitor informativi”* rispetto alla quale Venice by Boat interrompe la frase nel punto in cui viene precisato che i monitor *“dovranno visualizzare informazioni in tempo reale in relazione alle corse successive e a perturbazioni del traffico e modifiche programmate all’orario grazie all’interazione con il sistema di digital signage sistema AVM/AVL indicato dall’Ente affidante”*. Anche in questi casi la ricorrente estrapola una parte dell’offerta omettendo di riprodurre la parte in cui sono descritti i dettagli della proposta di Alilaguna (cfr. pag. 28 del doc. 2 depositato in giudizio dal Comune in data 28 settembre 2021 con il secondo elenco documenti).

La ricorrente prosegue lamentando che l’offerta di Alilaguna relativamente alla voce *“climatizzazione delle imbarcazioni”* propone che questa venga realizzata

per le nuove imbarcazioni, senza tuttavia specificare quali.

La doglianza non è fondata perché in realtà l'offerta indica nell'allegato per ogni barca il tipo di impianto da installare e quali tra esse ne saranno dotate entro il 2022 e quali invece ne sono già dotate (cfr. l'allegato 1.1 dell'offerta tecnica di Alilaguna, alla tabella di pag. 1, di cui al doc. 6 depositato in giudizio dalla controinteressata in data 14 settembre 2021, con il terzo elenco documenti), ed analoghe considerazioni devono essere svolte con riguardo alle voci relative alla silenziosità dei mezzi e al radar, posto che nella medesima tabella sono indicati per ciascun natante gli interventi da realizzare ed i tempi di realizzazione alla penultima colonna, con la precisazione che in alcuni casi i relativi lavori di ammodernamento, ove necessari, saranno completati entro tre mesi dall'inizio del servizio.

Il secondo motivo dei motivi aggiunti si rivela pertanto infondato.

La ricorrente con il terzo motivo dei motivi aggiunti sostiene che alcuni dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche sarebbero arbitrari ed illogici.

Le doglianze non possono essere condivise perché, alla luce delle controdeduzioni delle Amministrazioni resistenti e della controinteressata, non emergono valutazioni abnormi o manifestamente illogiche da parte della commissione, e pertanto la stazione appaltante non risulta aver trasmodato dagli ampi margini di discrezionalità tecnica di cui gode nell'attribuzione dei punteggi.

Con riferimento al subcriterio 1.1 relativo alla *“flotta - ulteriori natanti messi a disposizione (quale scorta – avvicendamento) per tipologia”* la ricorrente lamenta che, avendo la stessa a disposizione un mezzo ibrido e due diesel, avrebbe dovuto esserle attribuito un punteggio di 2 anziché 1,50.

La doglianza è priva di fondamento perché in base ai criteri e ai coefficienti di valutazione predeterminati ed indicati nella lettera di invito, la commissione ha attribuito il punteggio di 0,125 per ciascuna delle tre imbarcazioni con motopropulsore diesel, senza attribuire il punteggio aggiuntivo previsto per la propulsione ibrida indicata dalla ricorrente solo come di futura installazione

su uno dei natanti. In tal modo la commissione ha ottenuto il punteggio di 0,735, arrotondato a 0,38, che moltiplicato per il massimo punteggio (4) attribuibile per tale elemento ha determinato la valutazione finale di 1,5.

La ricorrente sostiene che la commissione avrebbe erroneamente valutato positivamente la presenza del *wi-fi* a bordo delle imbarcazioni di Alilaguna duplicando la valutazione sia nel subcriterio 1.3 (flotta - implementazione di tecnologie innovative a bordo) che nel subcriterio 2.2 (interventi di miglioramento del comfort di viaggio), valutando una sola volta l'installazione della medesima soluzione da parte di Venice by Boat.

La censura non è condivisibile.

Dalla lettura delle offerte emerge che non appare illogica la scelta della commissione di attribuire il maggior punteggio di 2 punti all'offerta di Alilaguna (il massimo di quelli attribuibili), ed il minor punteggio di 1,25 all'offerta di Venice by Boat, per il subcriterio 1.3 (flotta - implementazione di tecnologie innovative a bordo), posto che questo non è limitato alla valutazione della sola presenza del *wi-fi*, ma ha ad oggetto la considerazione di una più ampia gamma di tecnologie innovative che sono state offerte da Alilaguna (*Bow-thruster*, parabrezza termico, termocamera a infrarossi, rete *wi-fi* su tutte le imbarcazioni, almeno 1 ricarica *usb* per 4 passeggeri, luci notturne e di lettura, sistema AVM/ AVL, annunci sonori a bordo, nuovi radar per alcune imbarcazioni, tutto entro tre mesi, alcune imbarcazioni ibride). Quanto al criterio 2.2, relativo al comfort di viaggio, la commissione ha ritenuto di attribuire un maggiore punteggio all'offerta di Alilaguna perché ha ritenuto di riconoscere l'elevata qualità di sicurezza del *wi-fi* proposto, giudicata solo sufficiente per l'offerta di Venice by Boat.

Pertanto non sussiste la dedotta duplicazione, perché rispetto al subcriterio 1.3 relativo alla "*tecnologia*" risulta valorizzata l'installazione del *wi-fi* su tutte le imbarcazioni insieme al complesso di tutte le altre soluzioni tecniche proposte, mentre relativamente al subcriterio 2.2 "*comfort*" risulta valorizzata la qualità del servizio.

Inoltre, come chiarito dalle controparti, la ricorrente equivoca le caratteristiche delle luci notturne e di lettura proposte con l'offerta di Alilaguna, che non si sostanziano nelle normali luci interne di servizio notturno, ma di un'illuminazione simile a quella degli aeromobili che consente la lettura durante la navigazione.

La ricorrente prosegue lamentando che la commissione non avrebbe potuto tener conto dei radar per l'attribuzione di un maggior punteggio in favore dell'offerta di Alilaguna, perché anche tutti i propri mezzi ne sono dotati, e che non sono state indicate le imbarcazioni in cui il radar verrà sostituito. Anche queste censure non colgono nel segno perché la valutazione è stata espressa nell'ambito del subcriterio 1.3 implementazione di tecnologie innovative a bordo e, come visto sopra, il punteggio attribuito è giustificato dall'insieme delle soluzioni proposte, e non solo con riferimento al radar, ed inoltre l'offerta di Alilaguna (cfr. la tabella di pag. 1, di cui al doc. 6 depositato in giudizio dalla controinteressata in data 14 settembre 2021, con il terzo elenco documenti) indica per ciascuna imbarcazione il modello di radar in dotazione e quello che verrà sostituito ove necessario, con le relative specifiche tecniche.

La ricorrente lamenta inoltre l'incongruità del giudizio espresso dalla commissione che nel corredare con una motivazione letterale il voto attribuito, ha valorizzato la presenza, nell'offerta di Alilaguna, di alcune imbarcazioni ibride senza che si possa evincere a quali ed a quante imbarcazioni ci si debba riferire. Anche questa doglianza è priva di fondamento, perché la sopra citata tabella indica che sono quattro le imbarcazioni in possesso di tale apparato motore.

La ricorrente contesta inoltre la correttezza del giudizio espresso dalla commissione che ha giudicato migliore l'offerta della controinteressata con riguardo alla maggiore silenziosità delle imbarcazioni ibride anche per l'utilizzo del *bow-thruster*. Secondo Venice by Boat tale strumento tecnologico non è utile ai fini della riduzione dei rumori.

Anche in questo caso la doglianza non dimostra l'illogicità della valutazione espressa dalla commissione, perché, come chiarito dalle controparti ed è specificato nell'offerta, tale strumento è un'elica di prua che consente di accostare l'imbarcazione con maggiore facilità, con lo svolgimento di un numero minore di manovre ed un minore sforzo del motore, e in tal modo ottiene indirettamente una riduzione della rumorosità.

La ricorrente lamenta inoltre l'erroneità del punteggio attribuito relativamente al subcriterio 1.4 *“impianti – localizzazione, tipologia e caratteristiche dei cantieri navali”* per il quale è prevista l'assegnazione di un massimo di 4 punti, il quale richiedeva l'elencazione delle caratteristiche tecniche ritenute rilevanti di ciascun cantiere, indicando *“numero e localizzazione dei cantieri navali, nonché la media delle distanze in km di ogni singolo cantiere dai capolinea; numero e dimensione di unità navali ospitabili; adeguatezza delle attrezzature disponibili; la documentazione attestante l'effettiva disponibilità delle strutture indicate, sotto forma di accordi preliminari ogni altro titolo di disponibilità”*.

Nella motivazione posta dalla commissione a corredo dell'attribuzione del massimo punteggio all'offerta di Alilaguna (cfr. la tabella contenuta nel verbale n. 7 di cui al doc. 3 allegato alle difese della Città Metropolitana di Venezia) si legge che si è tenuto conto della presenza di *“5 cantieri adeguati e con contratti, buona localizzazione tra centro storico e Marghera/Fusina, 37 posti complessivi”* esprimendo il giudizio *“ottimo”*, mentre nell'attribuzione di 1,78 punti all'offerta di Vence by Boat si è tenuto conto della presenza di *“3 cantieri fissi e due mobili, localizzazione adeguata però non prossima, lettere di intenti sulla base di collaborazione già esistente e un preliminare, 16 posti chiaramente individuati ed altri non chiaramente individuati”* esprimendo un giudizio *“sufficiente”*.

La ricorrente sostiene che è arbitraria ed in contrasto con le indicazioni della lettera di invito l'aver valorizzato il numero complessivo (37) di posti disponibili in cantiere per Alilaguna, a fronte di quelli offerti da Venice by Boat (16 posti chiaramente individuati ed altri non chiaramente individuati), introducendo in tal modo un criterio di valutazione di tipo quantitativo

anziché qualitativo non previsto dalla *lex specialis*, e contesta altresì che la commissione avrebbe valorizzato, per l'offerta della controinteressata, la distanza dai cantieri al centro storico anziché dai capolinea e che, in base a complessi calcoli, in realtà le distanze dai propri cantieri avrebbero carattere migliore.

Le censure non possono essere condivise perché, come emerge da una piana lettura del criterio, erano oggetto di valutazione anche il “*numero e dimensione di unità navali ospitabili*”, e l'affermazione secondo cui la commissione avrebbe arbitrariamente fatto riferimento ad un nuovo criterio di tipo quantitativo è pertanto priva di riscontri. Inoltre va osservato che il punteggio complessivo ha riguardo ad una pluralità di elementi, e non solo al numero di posti disponibili e alle distanze. Come si evince dalla motivazione e dai chiarimenti contenuti nelle difese del Comune, hanno pesato anche ulteriori elementi quali l'indicazione, dal parte di Alilaguna, per ogni cantiere delle distanze dai vari capolinea, mentre Venice by Boat ne ha indicate solo alcune, a volte con riferimento alla distanza ed altre volte con riferimento ai tempi di percorrenza, senza un'apposita scheda analitica descrittiva delle caratteristiche e delle attrezzature di ciascun cantiere, ed anche il numero di cantieri fissi è favorevole per la controinteressata (5 per Alilaguna e 3 per Venice by Boat).

L'attribuzione dei punteggi per tale voce risulta pertanto prova di profili di manifesta illogicità o irragionevolezza.

La ricorrente lamenta inoltre l'erronea valutazione della distanza dei cantieri dal centro storico anziché dai capolinea, perché Alilaguna ha indicato anche la distanza da San Marco. Tale doglianza si rivela tuttavia priva di fondamento perché si tratta evidentemente di un mero refuso, dato che il richiamo deve intendersi riferito al capolinea di San Zaccaria che, come è noto, è ubicato in prossimità di Piazza San Marco.

Con un'ulteriore censura la ricorrente lamenta che la propria offerta avrebbe dovuto essere preferita perché comprende anche due cantieri mobili. Anche questa censura non può essere condivisa alla luce delle repliche della

controinteressata, la quale deduce che in realtà anche la propria offerta comprende dei cantieri mobili, sia su acqua che su strada, che possono intervenire entro un'ora dalla chiamata, e pertanto neppure il riferimento ai cantieri mobili può costituire di per sé un elemento a favore dell'offerta di Venice by Boat.

Infine la ricorrente lamenta che la motivazione del punteggio che le è stato attribuito indica, come elemento negativo, la sinteticità della relazione, che invece dovrebbe essere un elemento oggetto di una valutazione favorevole. La censura non è condivisibile perché è evidente che il rilievo non è rivolto, come sostiene la ricorrente, a stigmatizzare le modalità dell'esposizione dell'offerta, ma a sottolineare che sul piano contenutistico a giudizio della commissione vi è una minore ampiezza e completezza degli elementi oggetto dell'offerta.

In definitiva, contrariamente a quanto dedotto, l'attribuzione dei punteggi, espressione di discrezionalità tecnica, rispetto alle censure prospettate non palesa profili di manifesta illogicità o irragionevolezza ed il terzo motivo dei motivi aggiunti si rivela infondato.

Con il quarto motivo dei motivi aggiunti la ricorrente evidenzia la contraddittorietà del verbale che, nel descrivere le modalità di attribuzione dei punteggi, da un lato riferisce che il punteggio finale costituisce la media dei punteggi assegnati da ciascun commissario, dall'altro afferma che i commissari hanno attribuito i punteggi all'unanimità, a fronte di una *lex specialis* che prescrive che l'attribuzione dei punteggi debba essere individuale e previamente formulata, non espressa in forma collegiale. Secondo la ricorrente tale modalità di attribuzione dei punteggi costituisce un vizio dell'azione amministrativa, per il cattivo uso della discrezionalità che denota, idoneo ad inficiare la legittimità dell'intera gara.

La censura non può essere condivisa perché la circostanza che la votazione sia risultata unanime non costituisce di per sé indice di illegittimità. Come osservato dall'orientamento giurisprudenziale maggioritario, tale circostanza può infatti essere riconducibile ad una fisiologica evoluzione del confronto

dialettico svoltosi in seno alla commissione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 15 settembre 2021, n. 6300; id. 19 gennaio 2021, n. 574; id. 23 dicembre 2020, n. 8295; id. 29 maggio 2020, n. 3401, e la giurisprudenza ivi richiamata).

Con un'ulteriore censura la ricorrente lamenta che i punteggi numerici attribuiti risultano da un atto allegato al verbale di gara che non offre garanzie circa il momento della sua effettiva formazione.

La doglianza è infondata perché in realtà, come chiarito dalle controparti, il verbale e l'allegato sono sottoscritti digitalmente in un unico *file* e quindi non vi sono margini di incertezza circa la circostanza che l'allegato, richiamato espressamente dal verbale, costituisca parte integrante dello stesso.

La ricorrente sostiene inoltre che la legittimità dell'attribuzione dei punteggi deve ritenersi inficiata dalla brevità del tempo (1 ora e trenta minuti) in cui si sono svolti i lavori.

Le controparti evidenziano tuttavia che dal verbale n. 4 risulta espressamente che la commissione ha condotto le proprie operazioni da remoto avvalendosi di procedure telematiche, e nella riunione del 29 aprile 2021, come risulta dal verbale n. 6, ogni commissario ha illustrato i risultati della propria valutazione. Pertanto, considerando che in tale seduta è avvenuto solo il confronto tra le valutazioni già effettuate, il tempo trascorso non appare inadeguato, fermo restando che per costante giurisprudenza nelle gare d'appalto il tempo dedicato dalla commissione giudicatrice alle operazioni di scrutinio non è un elemento che, di per sé, può invalidare i giudizi conclusivi, la cui logicità e ragionevolezza devono essere valutate sulla base di quanto oggettivamente espresso negli atti contestati, e la parte non può pertanto limitarsi a contestare la brevità del tempo impiegato dalla commissione per esaminare l'offerta, così come i giustificativi prodotti dagli operatori in sede di verifica di anomalia, ma deve necessariamente accompagnare tale contestazione con più significative censure sul risultato finale della valutazione della commissione (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, 9 febbraio 2021, n. 266; Consiglio di Stato, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1323).

Il quarto motivo dei motivi aggiunti è pertanto infondato.

Il quinto motivo dei motivi aggiunti ripropone le censure avanzate con il primo motivo del ricorso principale introduttivo, lamentando l'illegittima previsione nella *lex specialis* di un punteggio del 75 per cento, per la componente del prezzo in violazione della norma di cui all'art. 95, comma 10 *bis*, del D.lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede un tetto massimo del 30 per cento per il punteggio relativo all'offerta economica, con l'esito di aver compresso in modo eccessivo ed irragionevole il profilo qualitativo delle offerte.

La censura di violazione dell'art. 95, comma 10 *bis*, è infondata perché il bando n. 31/2016, oggetto della gara, è stato pubblicato dal 13 luglio 2016 all'11 ottobre 2016, in un periodo in cui non era ancora vigente la norma di cui al citato art. 95, comma 10 *bis*, che ha introdotto il tetto del 30 per cento per la componente economica nelle procedure il cui criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale norma è stata infatti inserita dal decreto correttivo di cui al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Nel contesto normativo applicabile alla fattispecie in esame, era pacifico che rientrasse nella piena discrezionalità della stazione appaltante la determinazione degli elementi di valutazione dell'offerta ed i relativi parametri, e che tale discrezionalità non fosse sindacabile dal giudice amministrativo se non entro i ristretti limiti dell'irragionevolezza, dell'illogicità o, ancora, del travisamento dei fatti, e in tal senso disponevano anche le Linee Guida ANAC n. 2 adottate con Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016.

La giurisprudenza affermava che *“il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consiste nell'individuare un ponderato bilanciamento tra le varie componenti dell'offerta”*, che *“la norma demanda quindi alla stazione appaltante l'individuazione del giusto equilibrio fra merito tecnico e convenienza economica delle offerte, e quindi l'articolazione dei punteggi attribuibili in relazione alle diverse voci”* e *“che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante predeterminare l'incidenza del prezzo, in rapporto*

alla qualità della proposta, nella valutazione dell'offerta? (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 31 marzo 2014, n. 1537).

La relativa determinazione in quanto basata su valutazioni discrezionali sfugge all'esame del giudice amministrativo qualora non risulti manifestamente illogica e sia garantita la trasparenza e la *par condicio* ai concorrenti e i parametri di calcolo possano essere declinati secondo una valutazione a priori. Nel caso in esame, tenuto conto che la formula matematica utilizzata per l'attribuzione del peso economico delle offerte riequilibra considerevolmente in concreto il rapporto tra i due parametri, deve darsi atto che la ricorrente non comprova la sussistenza di profili di manifesta illogicità o irragionevolezza nella scelta effettuata dalla stazione appaltante.

Il quinto motivo dei motivi aggiunti è pertanto infondato.

Con il sesto motivo dei motivi aggiunti la ricorrente contesta la scelta della stazione appaltante di utilizzare una formula matematica per il calcolo del punteggio dell'offerta economica che svisciva ingiustificatamente la componente del prezzo in violazione del principio di proporzionalità, escludendo in radice la possibilità di utilizzare il potenziale di 75 punti previsto dal bando.

La censura non è fondata.

Per costante giurisprudenza nelle gare pubbliche l'Amministrazione dispone di ampi margini di discrezionalità nella determinazione non solo dei criteri da porre quale riferimento per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma anche delle relative formule matematiche.

Nel caso in esame la formula è stata resa nota in via preventiva alle parti, nell'allegato 1 alla lettera di invito, ed è coerente con le sopra menzionate Linee Guida ANAC n. 2 adottate con Delibera n. 1005 del 2016, nelle quali si specifica che *“la scelta sull'utilizzo della formula dovrà tener conto del peso attribuito alla componente prezzo. Nei casi in cui a tale componente sia attribuito un valore molto contenuto (es. 25 punti) non dovranno essere utilizzate quelle formule che disincentivano la competizione sul prezzo e viceversa”*.

Le Linee Guida osservano altresì che le formule di interpolazione lineare, quali quelle invocate dalla ricorrente, presentano *“l’inconveniente, più volte evidenziato, di poter condurre a differenze elevate anche a fronte di scarti in valore assoluto limitati; ciò si verifica quando il ribasso massimo rispetto al prezzo a base di gara è contenuto; accentua inoltre la concorrenza, inducendo a formulare offerte aggressive”* e pertanto prevedono espressamente la possibilità di utilizzare una formula non lineare identica a quella in esame il cui vantaggio, viene specificato, è quello *“di scoraggiare offerte con ribassi eccessivi (poiché ricevono un punteggio incrementale ridotto) e di limitare l’inconveniente, evidenziato per il metodo dell’interpolazione lineare, di valorizzare eccessivamente differenze contenute in termini di prezzo. Lo svantaggio è, naturalmente, la limitazione di una concorrenza basata sul prezzo”*, con l’ulteriore precisazione che *“nella scelta di quale formula utilizzare per l’attribuzione del punteggio alla componente prezzo tra quelle sopra proposte si deve considerare che la formula lineare, sebbene più intuitiva, presenta il rischio di attribuire differenze di punteggio elevate anche a fronte di minimi scostamenti di prezzo e di incentivare ribassi <<eccessivi>>. Per ridurre questi rischi è necessario scegliere, nei bandi di gara, formule i cui grafici giacciono al di sopra della retta relativa all’interpolazione lineare”*.

Svolte tali premesse deve pertanto constatarsi che la stazione appaltante ha previsto l’applicazione di una formula matematica indicata dall’Anac come preferibile per una gara, come quella in esame, proprio per salvaguardare la componente tecnica rispetto a quella economica, e conseguentemente non emergono elementi sintomatici di un cattivo uso da parte dell’Amministrazione della discrezionalità amministrativa che connota questo tipo di scelte.

Inoltre va evidenziato che l’affermazione della ricorrente secondo cui la formula non consentirebbe di utilizzare tutto il potenziale differenziale previsto, è priva di riscontri, atteso che è possibile l’attribuzione di un punteggio pari a zero per un’offerta che non presenta un ribasso rispetto al valore posto a base di gara, e l’attribuzione di un punteggio massimo di settantacinque all’offerta che presenta il maggior ribasso.

Nel caso in esame l'effetto di valutazione "*appiattita*" contestato dalla ricorrente da un lato corrisponde ad una scelta tecnico discrezionale della stazione appaltante, che non risulta censurabile in sede giurisdizionale in quanto non appare irrazionale, dall'altro dipende dalla modulazione in concreto delle offerte da parte dei partecipanti alla gara d'appalto, che non sono percepibili e valutabili a priori dalla stazione appaltante (circa gli ampi margini di discrezionalità che connotano tali aspetti delle gare cfr. la sentenza di questa Sezione 29 dicembre 2020, n. 1323, e la giurisprudenza ivi citata).

Anche il sesto motivo è pertanto infondato.

In definitiva il ricorso principale ed il ricorso incidentale devono essere dichiarati inammissibili per carenza di interesse, in quanto censurano atti endoprocedimentali privi di autonoma lesività, mentre i motivi aggiunti al ricorso introduttivo proposti da Venice by Boat sono infondati, con la conseguenza che i motivi aggiunti al ricorso incidentale, mediante il quale Alilaguna contesta l'ammissione alla gara della ricorrente, devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse.

La complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, prima Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dichiara l'inammissibilità del ricorso principale introduttivo e del ricorso incidentale, respinge i motivi aggiunti al ricorso introduttivo, e dichiara l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse dei motivi aggiunti al ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 20 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Mielli, Presidente FF, Estensore

Nicola Bardino, Referendario

Filippo Dallari, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Stefano Mielli

IL SEGRETARIO