

Pubblicato il 07/09/2022

N. 07795/2022REG.PROV.COLL.
N. 00333/2022 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 333 del 2022, proposto da S.R.L. Venice By Boat, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ugo Bergamo e Lucio Anelli, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Lucio Anelli in Roma, alla via della Scrofa, n. 47;

contro

Comune di Venezia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Gattamelata, Antonio Iannotta, Nicoletta Ongaro e Federico Trento, con domicilio digitale come da registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Stefano Gattamelata in Roma, alla via di Monte Fiore, n. 22;

Città Metropolitana di Venezia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Brusegan, Fabio Francario e Katia Maretto, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

Ente di governo del trasporto pubblico locale del bacino territoriale ottimale omogeneo di Venezia, Comune di Chioggia, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Alilaguna Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giandomenico Falcon e Gaetano Guzzardi, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sez. I, n. 1471/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Venezia, della Città Metropolitana di Venezia e di Alilaguna Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2022 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Bergamo, Anelli, Gattamelata, Francario, Falcon e Guzzardi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando n. 31 del 2016, l'Ente di governo del trasporto pubblico locale del bacino territoriale ottimale omogeneo di Venezia indiceva 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 n. 2 lotti.

La S.r.l. Venice by Boat, gestore uscente del servizio, chiedeva di partecipare al lotto n. 2, denominato: *“Servizi di linea per via d'acqua nella laguna veneta appartenenti ai servizi urbani del Comune di Venezia”*, con una produzione annuale quantificata in 296.853 km/anno di servizio di navigazione, corrispondente a circa 23.087 ore di linea/anno. Il valore stimato dell'affidamento, per il lotto in questione e per l'intera durata dell'appalto, pari a 108 mesi, ammontava ad € 36.030.033,00.

Con lettera d'invito del 2.7.2020 veniva specificato che il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95 comma 2 del d. lgs. n. 50/2016.

In data 6 maggio 2021 venivano pubblicati sul portale delle gare d'appalto del Comune di Venezia i punteggi attribuiti dalla Commissione di gara ai singoli partecipanti e, poi, in data 10 maggio 2021 la graduatoria finale della gara per il lotto n. 2, in cui risultava prima in graduatoria la S.p.A. Alilaguna.

2.- Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. Veneto Venice by Boat s.r.l. impugnava gli atti di gara, e segnatamente, il bando, il disciplinare, la lettera di invito e il relativo allegato, la graduatoria finale per il lotto di interesse ed i verbali della Commissione

giudicatrice. Con motivi aggiunti, impugnava altresì la successiva aggiudicazione definitiva, adottata con determinazione dirigenziale n. 1302 del 30.6.2021.

A sostegno del gravame, lamentava, in particolare:

- a) che Alilaguna s.p.a. non avrebbe dovuto essere ammessa a partecipare alla gara, in quanto non avrebbe reso le necessarie dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016, relativamente al legale rappresentante ed agli amministratori della società S.I.T.V. s.p.a., quali soggetti muniti di rappresentanza del socio unico;
- b) che la stessa avrebbe dovuto essere esclusa, in ragione della genericità e vaghezza di talune indicazioni della sua offerta tecnica, asseritamente indeterminata;
- c) che, in violazione della *lex specialis*, i punteggi attribuiti alle offerte tecniche non sarebbero stati, doverosamente, calcolati “*come media dei punteggi assegnati [...] da ogni singolo commissario*”, rappresentando, in realtà, il frutto di una “*valutazione precostituita*”, anche in (ulteriore) considerazione delle erronee modalità della loro verbalizzazione e del tempo irrisorio impiegato per la loro elaborazione;
- d) che la distribuzione dei punteggi tra qualità e prezzo avrebbe visto l'eccessivo sbilanciamento a favore dell'elemento prezzo e, contemporaneamente, l'ingiustificato svilimento dell'assegnazione del punteggio maggiore (ossia, appunto, il prezzo);
- e) che, in ogni caso, i punteggi attribuiti alle offerte tecniche sarebbero stati irrazionali, viziando l'intera attività della Commissione.

3.- Con sentenza n. 1471/2021, resa nel rituale contraddittorio delle parti, il TAR adito:

- a) dichiarava inammissibile il ricorso principale; b) respingeva i motivi aggiunti; c) dichiarava improcedibile, per carenza di interesse, il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Alilaguna s.p.a.

4.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, Venice by Boat s.r.l. impugnava la ridetta statuizione, di cui assumeva la complessiva erroneità ed ingiustizia, auspicandone l'integrale riforma.

Si costituivano in giudizio, in resistenza, il Comune di Venezia e la Città metropolitana di Venezia, nonché Alilaguna s.p.a., la quale, per parte sua, proponeva ricorso incidentale.

Alla pubblica udienza del 19 luglio 2022, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello principale è infondato e va respinto. L'appello incidentale è, di conserva, improcedibile per carenza di interesse.

2.- Con un primo motivo di doglianza, l'appellante contesta, reiterando la censura disattesa in prime cure, l'ammissione alla gara della concorrente aggiudicataria Alilaguna s.p.a., per non essere state rese, in sede di domanda di partecipazione, le necessarie dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti morali di cui all'art. 80 d.lgs. n. 50/2016 da parte dei soggetti muniti di rappresentanza e direzione del socio unico della società, quale era la società Investimenti Turistici Venezia s.p.a..

2.1.- Il motivo è infondato.

È orientamento consolidato, dal quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, quello per cui la disposizione dell'art. 80, comma 3, d. lgs. n. 50/2016 non è riferita o riferibile al socio unico persona giuridica (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5782).

Sebbene, infatti, parte della giurisprudenza, nella vigenza del d.lgs. n. 163 del 2006, avesse ritenuto di estendere l'obbligo dichiarativo al socio di maggioranza persona giuridica della società offerente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 marzo 2017, n. 975; Id., sez. V, 23 giugno 2016, n. 2813), invece per il socio unico (tranne che nell'isolato precedente di Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2017, n. 3178) era prevalente l'orientamento che limitava l'obbligo dichiarativo al socio unico persona fisica (sin da Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4372, cui *adde* Cons. Stato, sez. III, 21 luglio 2017, n. 3619).

Tale limitazione è stata ribadita anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 80, comma 3, dell'attuale Codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 novembre 2019, n. 7922) ed è, invero, da preferire, in ragione della lettera della disposizione, da intendersi di stretta interpretazione.

In coerenza con il principio di tassatività delle cause di esclusione e con l'inequivoca portata della disposizione dell'art. 80, va, per tal via, ribadito che, qualora il socio non rientri nell'ambito soggettivo individuato dal terzo comma dell'art. 80, non è obbligato a rendere alcuna dichiarazione neppure ai fini di cui al comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, *“dovendosi ritenere che la presenza di eventuali “gravi illeciti professionali” possa assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara solamente quando gli stessi siano riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del medesimo decreto”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 aprile 2019, n. 2279).

3.- Con il secondo motivo, l'appellante contesta la mancata esclusione di Alilaguna s.p.a. per indeterminatezza dell'offerta in quanto generica ed asseritamente condizionata.

A suo dire, la sentenza appellata – che ha respinto il corrispondente motivo formulato in prime cure sull'argomentato assunto che lo stesso si basasse, in realtà, “*su una lettura parziale ed avulsa dal contesto di alcune frasi dell'offerta tecnica di Alilaguna*”, la quale aveva, in realtà, “*un contenuto più articolato di quello rappresentato*” – non avrebbe colto i precisi termini della questione.

In particolare:

a) per il “*materiale cartaceo - bacheche informative*”, il “*personale di terra e biglietterie*”, i “*monitor informativi*”, la “*climatizzazione delle imbarcazioni*” e la “*silenziosità dei mezzi*”, la controinteressata avrebbe previsto modalità organizzative del tutto generiche e indeterminate, senza prefigurare un quadro certo dei propri obblighi contrattuali, segnatamente affidandosi ad un futuro coordinamento con l'Ente affidante ed il gestore della rete urbana TPL per individuare le soluzioni più opportune, con ciò, di fatto, subordinate ad una collaborazione futura ed ipotetica da parte di soggetti di cui non risultava acquisita la previa disponibilità;

b) generica sarebbe stata anche l'indicazione della climatizzazione di “*tutte le nuove imbarcazioni*”, posto che nella lista delle imbarcazioni da impiegare nel servizio non erano indicate “*nuove*” imbarcazioni, né erano state individuate le “*più utilizzate*”;

c) in merito alla “*silenziosità dei mezzi*”, nell'offerta era stato indicato che sarebbero stati avviati “*dei progetti mirati ad interventi diffusi anche in altre parti vibranti/risonanti dell'imbarcazione per aumentare il livello di insonorizzazione*”, in realtà non concretamente specificati.

3.1.- Il motivo non è complessivamente persuasivo.

In via preliminare, importa osservare che le valutazioni in ordine alle concrete modalità di realizzazione degli impegni negoziali, relativamente ai profili di ordine tecnico dell'offerta, rientrano nell'ampio margine di apprezzamento riservato alla stazione appaltante, suscettibile di essere sindacato in sede giurisdizionale solo in presenza di significativi travisamenti del fatto, di macroscopico errore o di irragionevolezza (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 28 dicembre 2020, n. 8369).

Sta di fatto, in ogni caso, che le censure non colgono nel segno.

Sotto il primo profilo, con riferimento alle voci dell'offerta per “*materiale cartaceo e bacheche informative*”, “*personale di terra e biglietterie*” e “*monitor informativi*”, si deve

considerare che si tratta di prestazioni suscettibili di definizione ed organizzazione in fase di implementazione e svolgimento del servizio. Tra l'altro, l'appellante non confuta il rilievo del primo giudice sul punto, laddove ha evidenziato che la presenza di obblighi puntuali si fondava su *“un allegato (il 2.9) in cui [era] riportato un esempio dettagliato della bacheca informativa proposta”*, su una *“previsione di una pianificazione dei controlli per verificare le condizioni dei tabelloni”*, e su un *“riferimento grafico alle norme di comportamento da tenere in città”* (sentenza di primo grado, pag. 15).

Con riferimento al *“personale di terra e biglietterie”*, la sentenza ha, condivisibilmente, evidenziato che nell'offerta erano stati *“definiti i dettagli ed in particolare la messa a disposizione di informazioni su «variazioni di orario, percorsi, coincidenze»”*.

Per la voce *“monitor informativi”*, era chiarito che gli stessi avrebbero dovuto *“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”*.

Con riferimento alla *“climatizzazione dei natanti”*, l'offerta indicava in apposito allegato, per ogni barca, il tipo di impianto da installare, precisando quale tra esse ne sarebbe stata dotata entro il 2022 e quale ne fosse invece già dotata.

Quanto alla *“silenziosità dei mezzi”*, anche qui il primo giudice ha correttamente osservato che in apposita tabella allegata all'offerta erano indicati, per ciascun natante, gli interventi da realizzare ed i tempi di realizzazione, con la precisazione che in alcuni casi i relativi lavori di ammodernamento, ove necessari, sarebbero completati entro tre mesi dall'inizio del servizio.

Né può valorizzarsi, in diverso senso, il rilievo che mancasse un più specifico riferimento all'entità, alle modalità e alla qualità di tali interventi: e ciò perché tale rilievo è smentito dalla lettura della tabella, che indica le tempistiche, quando necessarie, degli interventi.

Alla luce di tali rilievi, le censure dell'appellante si rivelano il frutto di un apprezzamento segmentario e parziale dell'offerta complessiva, finalizzato a scomporre e parcellizzare i dati dell'offerta, che –nel dettaglio – si presentava, nella valutazione complessiva della stazione appaltante, coerente con le prestazioni sollecitate dalla documentazione di gara.

4.- Con il terzo motivo, si censura, sotto plurimo profilo, l'operato della Commissione di gara.

4.1.- Il primo profilo evidenzia che il punteggio attribuito alle offerte non sarebbe il frutto di valutazioni individuali dei singoli commissari, sulle quali poi effettuare la media; piuttosto, le valutazioni sarebbero state anticipatamente condivise all'unanimità da parte dei singoli commissari, che avrebbero così concordato preventivamente il punteggio finale di ogni singolo criterio, senza che lo stesso fosse invece ottenuto dalla media delle loro singole ed autonome valutazioni.

4.1.1.- La doglianza è infondata.

La circostanza che la votazione sia risultata unanime non è di per sé indice di previa condivisione della medesima, specie in una fattispecie, come quella in trattazione, dove l'attribuzione del punteggio è la risultante di mere operazioni matematiche (in particolare criteri 1.1, 1.2, 1.4, 2.3 e 2.4). In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che *“è da ritenere che l'espressione di un giudizio identico, singolarmente o complessivamente, da parte di tutti i commissari, sia la conseguenza di un dialettico confronto, in seno alla commissione giudicatrice, anziché la manifestazione di una evidente parzialità nei confronti di un'offerta rispetto ad un'altra, in assenza di un qualsivoglia principio di prova che lasci ritenere un simile giudizio, da parte di tutti i commissari, come una valutazione preconstituata, frutto non già del libero convincimento di ciascuno di essi, poi confluito in un unanime complessivo giudizio, ma di un atteggiamento acritico, illogico, ingiusto o, ancor peggio, parziale o preconcelto”* (cfr. Cons. Stato sez. III, 23 dicembre 2020, n. 8295; Id., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; Id., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428).

Analogamente, si è affermato che *“in sede di gara pubblica la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio non è ex se indice di illegittimità, per la stringente ragione che essa prova troppo, non essendo nemmeno sufficientemente chiaro il punto di caduta di tale rilievo censoreo ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo”* (cfr. Cons. Stato, sez. III, , 23 dicembre 2020, n. 8295).

4.2.- È poi, sotto distinto profilo, contestata la circostanza che i punteggi attribuiti fossero contenuti in un allegato e non invece a verbale, non essendovi dunque garanzia che gli stessi fossero stati compilati contestualmente alle operazioni di gara e non in un momento successivo.

4.2.1.- Anche tale motivo è infondato.

In realtà, come bene rilevato dal primo giudice, il verbale ed il suo allegato erano stati sottoscritti digitalmente in un unico file, venendo dunque meno ogni ragione di contestazione della controparte. Quindi è dato certo che l'allegato, espressamente

richiamato nel verbale, fosse parte integrante del verbale stesso. Del resto, “*quando l'allegato è espressamente richiamato nel verbale e sia poi materialmente accluso ad esso ne forma parte integrante*” (Cons. Stato, Sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7446). Il che è quanto avvenuto nella specie.

4.3. Quanto alla tempistica dell'esame delle offerte, ritenuta eccessivamente breve, è sufficiente osservare che il primo giudice ha evidenziato come, giusta le risultanze della verbalizzazione, la Commissione avesse condotto le proprie operazioni da remoto, avvalendosi di procedure telematiche, risolvendosi la riunione finale nella illustrazione, da parte di ogni commissario, dei risultati della propria valutazione.

Si tratta di circostanza che, al di là dei sospetti dell'appellante, si ricava concretamente e plausibilmente dai verbali.

5.- Con il quarto motivo, l'appellante di duole, da un lato, dell'eccessivo peso attribuito dalla *lex specialis* all'elemento prezzo rispetto agli elementi tecnici dell'offerta, dall'altro, della illegittima ripartizione del punteggio tra qualità e prezzo, sempre prevista dalla lettera di invito (sesto motivo aggiunto di primo grado).

5.1. – Le censure, così come formulate, sono inammissibili.

Esse sono, infatti, tra loro contraddittorie e incompatibili. Nel contestare le regole contenute nella lettera di invito, infatti, da un lato l'appellante si lamenta di un eccessivo peso attribuito all'elemento prezzo, dall'altro – contemporaneamente – si duole che la formula matematica prevista nella medesima *lex specialis* abbia “*compreso in misura irragionevole ed ingiustificabile la concorrenza sul “prezzo”*”. Le due affermazioni, in quanto riferite alle medesime regole, non possono essere entrambe vere.

6.- Con il quinto e ultimo motivo, l'appellante contesta l'assegnazione dei punteggi per le singole voci.

6.1.- La doglianza – come ha osservato la stazione appaltante, la cui eccezione è stata assorbita in prime cure, essendo, peraltro, reiterata in appello in via devolutiva – è inammissibile.

Per consolidato intendimento, a valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione rientrano nell'ampia discrezionalità di cui essa gode, con la conseguenza che, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, sono inammissibili le censure che impingono nel merito di valutazioni per loro natura opinabili, e sollecitano il giudice amministrativo a esercitare un sindacato sostitutorio (cfr., tra le molte, Cons. Stato sez. V, 25 marzo 2021, n. 2524).

7.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere respinto.
Ne discende l'improcedibilità dell'appello incidentale, ad attitudine condizionata.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di lite, che liquida in complessivi € 4.000,00, oltre accessori di legge, a favore del Comune di Venezia, in € 4.000,00, oltre accessori, a favore della Città metropolitana di Venezia e in € 4.000,00, oltre accessori, a favore di Alilaguna s.pa..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giorgio Manca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO