

APPALTI: Gara - Partecipazione - Operatori economici extracomunitari - Ammissibilità - Condizioni.

Tar Piemonte - Torino, Sez. II, 3 dicembre 2021, n. 1110

- in *Riv. trim. appalti*, 2, 2022, pag. 703 e ss., con commento di Federico Smerchinich, *Esclusioni dalle procedure di gara degli operatori economici inglesi dopo la Brexit*.

“[...] gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi” (cfr. Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti della UE” [...]).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Verbania e della Lakenergy S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2021 il dott. Marcello Faviere e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Verbania indiceva, mediante pubblicazione di un avviso pubblico approvato con DD n. 492 del 12.04.2021 e sulla base di indirizzi forniti con DGC n. 69 del 17.03.2021, una selezione di operatori economici finalizzata *“all'individuazione di operatori economici interessati a svolgere in via sperimentale servizi di mobilità in sharing a flusso libero con biciclette elettriche e mezzi innovativi a propulsione elettrica sul territorio”* di competenza.

L'amministrazione aggiudicava il servizio con DD n. 791 del 07.06.2021 alla Lakenergy Srl (cui venivano attribuiti 76 punti su 100) mentre la Elettrify Srl si classificava seconda (con 70 punti su 100).

Quest'ultima, in data 30.06.2021, instava per l'accesso agli atti della gara ed in particolare alla documentazione dell'offerta dell'impresa aggiudicataria. Il Comune, in data 22.07.2021, riscontrava parzialmente l'istanza ostendendo la sola documentazione amministrativa. A seguito di una nuova richiesta inoltrata il 26.07.2021, il Comune trasmetteva la documentazione inerente l'offerta con nota del 28.07.2021.

Avverso gli esiti di gara è insorta la Elettrify Srl con ricorso notificato il 27.08.2021, ritualmente depositato avanti questo Tribunale, con il quale lamenta in cinque distinti motivi violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili ed instando per il rilascio di misure cautelari (cui ha rinunciato in corso di camera di consiglio).

Per resistere al gravame si sono costituite la controinteressata (il 09.09.2021) ed il Comune di Verbania (il 17.09.2021). La controinteressata ha depositato memoria (il 18.09.2021) ed ha altresì notificato ricorso incidentale (il 29.09.2021) con cui lamenta, in un unico motivo, violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili contestando l'ammissione alla gara dell'odierna ricorrente principale.

Sono seguiti il deposito di memorie della ricorrente (il 13.10.2021), della amministrazione resistente (il 14.10.2021 ed il 29.10.2021) e della controinteressata (il 29.10.2021) nonché il deposito di memoria di replica del comune (il 04.11.2021).

All'udienza pubblica del 17 novembre 2021, sentiti i difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso incidentale è infondato, quello principale è parzialmente fondato.

3. Il Collegio ritiene di dover preliminarmente scrutinare il ricorso incidentale, potenzialmente pregiudiziale ed escludente.

Il collegio premette che la procedura di cui si controverte è annoverabile tra le concessioni di servizi di valore inferiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016.

Con il gravame la Lakenergy Srl impugna gli atti di gara nella parte in cui l'amministrazione ha ritenuto ammissibile l'offerta presentata dalla Elettrify Srl.

Con l'unico motivo di ricorso si lamenta violazione ed errata applicazione dell'art. 2 dell'avviso di gara; eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erronea valutazione dei presupposti, illogicità, difetto e/o insufficienza di istruttoria e di motivazione, ingiustizia grave e manifesta.

La Elettrify Srl, in sostanza, essendo una società di diritto inglese con sede legale a Londra, avrebbe dovuto essere esclusa perché la gara sarebbe stata limitata, secondo le previsioni di cui all'art. 2 dell'avviso pubblico, alle imprese con sede nel territorio dell'Unione Europea (avviso peraltro non impugnato nella sua portata immediatamente escludente).

In ogni caso l'impresa non avrebbe comunque potuto partecipare in forza delle previsioni di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 50/2016. La ricorrente sostiene che l'impresa non avrebbe avuto titolo per partecipare alla selezione considerato che: a decorrere dal 1.02.2020 il Regno Unito ha receduto dall'Unione Europea ed è divenuto un "paese terzo"; l'accordo di recesso prevede un periodo di transizione che è terminato il 31 dicembre 2020; la gara bandita dal Comune di Verbania non rientra

nell'ambito dell'accordo sugli appalti pubblici ("AAP"), cui il Regno Unito ha aderito, alla data di presentazione delle offerte (8.05.2021).

Le doglianze non hanno pregio.

Come evidenziato nelle memorie dell'amministrazione comunale l'impresa è stata ammessa alla gara in applicazione delle previsioni di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 50/2016 ma anche perché la *lex specialis* di gara non contiene alcuna disposizione escludente in tal senso.

L'art. 49 citato (recante "condizioni relative all'AAP e ad altri accordi internazionali") prevede che, nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'Appendice 1 dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata, le amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di tali accordi, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del presente codice.

Tali disposizioni trovano applicazione anche in caso di concessioni di servizi, anche in forza del richiamo contenuto all'art. 164 del D. Lgs. n. 50/2016 alle norme inerenti le esclusioni dei concorrenti.

È notorio infatti che l'adesione del Regno Unito all'accordo della OMC sugli appalti pubblici (AAP) e l'accordo di cooperazione in materia di appalti pubblici tra Unione Europea e Regno Unito (pubblicato sulla GU L. 444 del 31.12.2020, applicato in via provvisoria dal 01.01.2021, pubblicato nella sua versione definitiva il 30.04.2021 – GU L. 149/2021 - ed entrato in vigore il 01.05.2021) che, al titolo IV, contiene una disciplina specifica per la reciprocità negli appalti pubblici, riservano ai beni, ai servizi ed ai fornitori del Regno Unito un trattamento non meno favorevole di quello accordato dall'Unione europea ai propri fornitori.

Per quanto riguarda gli appalti non contemplati dagli impegni dell'Unione europea a norma dell'accordo dell'OMC (AAP) sugli appalti pubblici e dell'accordo sugli scambi commerciali e la cooperazione (quali ad esempio gli appalti sotto soglia come risulta essere quello di cui si controverte), gli operatori economici del Regno Unito hanno lo stesso status di tutti gli altri operatori economici basati nei paesi terzi con cui l'Unione europea non ha accordi che prevedano l'apertura del mercato degli appalti dell'UE. Sono quindi soggetti alle stesse norme che si applicano a qualsiasi offerente di un paese terzo.

In particolare "*gli operatori economici di paesi terzi che non hanno alcun accordo che prevede l'apertura del mercato degli appalti dell'UE o i cui beni, servizi e lavori non sono contemplati in un tale accordo, non hanno un accesso garantito alle procedure di appalto nell'UE e possono essere esclusi*" (cfr. *Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli*

appalti della UE” (cfr. Comunicazione della Commissione, “*Linee guida sulla partecipazione di offerenti e beni di paesi terzi al mercato degli appalti dell'UE (2019/C 271/02)*”).

L'accesso di tali imprese al mercato degli appalti escluso dall'ambito di applicazione del diritto UE, pertanto, non è vietato è solo “non garantito”. Occorre pertanto verificare se nel caso concreto tale opzione è stata esercitata.

L'avviso pubblicato dal Comune di Verbania al punto 2 (Requisiti soggettivi di partecipazione) contempla una serie di requisiti soggettivi (iscrizione alla CCIAA, possesso di requisiti morali, assenza di contenziosi con l'amministrazione, l'assenza dei motivi di esclusione di cui dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, in applicazione asseritamente analogica), richiede specifiche forme di partecipazione (operatori organizzati in forma di impresa individuale o societaria, in forma di RTI o anche in forma consortile) e che “*in caso di operatori con sede in altro Stato all'interno dell'UE, è condizione sufficiente l'iscrizione alla CCIAA del medesimo Stato*”.

Non vi è alcuna traccia di disposizioni escludenti la partecipazione di imprese con sede in paesi terzi (diversi da quelli appartenenti alla UE).

Né peraltro il riferimento a requisiti disciplinati da fonti normative italiane può, come pretenderebbe la ricorrente incidentale, essere interpretato come escludente della partecipazione di soggetti appartenenti a paesi terzi essendo necessario, al contrario, un esplicito riferimento alla esclusione di tali soggetti.

Per tali ordini di ragioni il ricorso incidentale non è fondato.

4. Passando al ricorso principale, con il primo motivo si lamenta violazione dei principi dettati dagli art. 36, 132 e ss. del D.lgs. 50/2016, dagli artt. 2, 3, 97, 98 della Costituzione, violazione di legge e falsa applicazione di Direttiva Macchine 2006/42/CE, della Direttiva Compatibilità Elettromagnetica 2014/30/UE, della Direttiva RoHS 2011/65/UE e delle norme UNI EN 15194 e 14764; eccesso di potere, difetto di istruttoria e violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

In sostanza la aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione poiché i mezzi dalla stessa proposti sarebbero privi delle caratteristiche tecniche richieste dalla legge di gara per lo *sharing poiché* sarebbero adeguati solo per il più semplice e comune uso commerciale privato (c.d. *consumer*).

Più nel dettaglio le *E-bike Light* e la *E-bike Navy* offerte in gara dall'aggiudicataria sarebbero prive dei sistemi antifurto, anti vandalismo e sicurezza previsti dalla normativa tecnica di settore (vengono richiamate la EN 15194 Direttiva Macchine UE e EN 14764 che riguardano la parte elettrica del veicolo per la pedalata assistita; la Direttiva “Compatibilità elettromagnetica”, n.

2014/30/UE; la Direttiva 2011/65/UE cd. RoHS, che disciplina la presenza di determinate sostanze pericolose come i metalli pesanti).

Inoltre i mezzi proposti sarebbero pieghevoli e privi di sistema di connettività e IOT (*Internet of Things*, che rende visibile in rete il veicolo e ne permette il controllo e la gestione da remoto, ad esempio per sbloccare il mezzo attraverso la fotocamera del telefono, verificare lo stato della batteria e della manutenzione attraverso una APP) nativo, in quanto la scheda tecnica del prodotto non ne fa parola. Qualora il meccanismo fosse aggiunto successivamente, sostiene la ricorrente, il Comune avrebbe dovuto pretendere la nuova marcatura CE richiesta dalla direttiva macchine poiché si tratterebbe di un prodotto modificato e sostanzialmente nuovo.

La barca elettrica offerta come migliorata in sede di gara (modello Voyager 17) sarebbe anche essa priva delle caratteristiche di marcatura CE e di connettività e IOT di cui sopra e non adatta al servizio di sharing, anche perché trattandosi di un natante non sarebbe compatibile con la modalità *free floating* (vale a dire utilizzabile dagli utenti senza bisogno di essere ricondotta al proprio punto di ormeggio). L'aggiudicataria ha di fatto offerto un diverso servizio di noleggio e non di *sharing in free floating*.

La doglianza non merita condivisione.

L'avviso di gara prevede alcuni standard minimi di attività ed alcune caratteristiche tecniche delle e-bike offerte.

In particolare viene previsto, quale requisito minimo, che le *“biciclette “e-bike” a pedalata assistita rispondenti ai requisiti prescritti dall’art.68 del D.Lgs.n.285/92 e smi (Codice della strada) e conformi allo Standard Europeo EN 14764 e smi e EN 15194 e smi”* devono *“avere le seguenti caratteristiche: motore: potenza nominale continua massima di 0,25 kw la cui alimentazione è progressivamente ridotta e infine interrotta quando il veicolo raggiunge i 25 km/h o prima se il ciclista smette di pedalare e deve essere tale da offrire la minor resistenza alla pedalata non assistita, ovvero il motore si deve attivare solo all’atto dell’avvio della pedalata; ricarica delle batterie: deve avvenire nel totale rispetto delle normative nazionali ed europee e a totale carico e responsabilità degli operatori del servizio di sharing”*.

Le caratteristiche del motore pongono tale fornitura in un perimetro esterno alla applicazione del Regolamento (CE) 15/01/2013, n. 168/2013 (relativo all'omologazione e alla vigilanza del mercato dei veicoli a motore a due o tre ruote e dei quadri cicli) che ha sostituito la direttiva dell'Unione Europea 2002/24/CE a sua volta richiamata dalla direttiva 2006/42/CE (Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alle macchine e che modifica la direttiva 95/16/CE, cfr.). In sostanza sono esclusi dall'applicazione di tali disposizioni i cicli a pedali a pedalata assistita, dotati

di un motore ausiliario elettrico avente potenza nominale continua pari o inferiore a 250 W la cui alimentazione è interrotta se il ciclista smette di pedalare o è progressivamente ridotta e infine interrotta prima che la velocità del veicolo raggiunga i 25 km/h.

Ciò significa che questi mezzi non rientrano nel processo della regolamentazione europea dei veicoli a motore, cioè nell' "omologazione", e sono quindi regolati da norme di sicurezza del Comitato Europeo per la Standardizzazione e da alcune altre norme europee in materia di motori elettrici, batterie e compatibilità elettromagnetica (EMC). In particolare lo standard di sicurezza è stato definito dalla direttiva del 30 aprile 2009, UNI EN 15194 (per la parte elettrica) e dalle norme EN 14765 (per la parte meccanica).

La ricorrente deduce che la norma tecnica riguardante le *e-bike* (la UNI EN 15194) contiene, per ogni componente della bicicletta (meccanico ed elettrico), i tipi di prove da effettuare e i requisiti da soddisfare. Tale norma è armonizzata ai sensi della Direttiva "Compatibilità elettromagnetica" essendo compresa nella Decisione di esecuzione (UE) 2019/436 della Commissione del 18 marzo 2019 relativa alle norme armonizzate per le macchine redatte a sostegno della direttiva 2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

Pertanto, il superamento delle prove previste nella norma EN 15194 per ciascun componente fa presumere la conformità delle biciclette a pedalata assistita ai pertinenti requisiti di sicurezza.

La Comunicazione della Commissione Europea n. 2016/C/272/01 (recante "Guida Blu in materia di standard e marcature di prodotti") prevede che *"una combinazione di prodotti e parti, ognuno dei quali è conforme alla normativa applicabile, non sempre costituisce un prodotto finito che deve soddisfare nel suo insieme una data normativa di armonizzazione dell'Unione.*

In alcuni casi la combinazione di diversi prodotti e parti, progettati o assemblati dalla stessa persona, è considerata tuttavia alla stregua di un prodotto finito che in quanto tale deve conformarsi alla normativa. Spetta in particolare al fabbricante della combinazione selezionare i prodotti adatti a costituirla, assemblarla in maniera tale che soddisfi le disposizioni della legislazione pertinente e rispettare tutti i requisiti indicati nella normativa in materia di assemblaggio, dichiarazione UE di conformità e marcatura CE. Il fatto che componenti o parti rechino la marcatura CE non garantisce automaticamente che anche il prodotto finito sia conforme. I fabbricanti devono scegliere componenti e parti in maniera tale che il prodotto finito sia conforme. Spetta al fabbricante verificare caso per caso se una combinazione di prodotti e parti debba essere considerata alla stregua di un prodotto finito in rapporto al campo di applicazione della normativa pertinente.

Un prodotto che abbia subito modifiche o trasformazioni consistenti destinate a cambiarne le prestazioni, la finalità o il tipo originari dopo la messa in servizio, con un impatto significativo sulla sua conformità alla normativa di armonizzazione dell'Unione, deve essere considerato un prodotto nuovo. La situazione deve essere valutata caso per caso e in particolare alla luce degli obiettivi della normativa e del tipo di prodotti disciplinati dalla normativa in questione”.

La modifica di un prodotto finito, pertanto, non genera sempre e comunque la necessità di un nuovo percorso di valutazione e marcatura CE. In ultima istanza solo i prodotti che abbiano subito modifiche o trasformazioni consistenti e destinate a cambiarne le prestazioni, la finalità o il tipo originari si possono considerare alla stregua di prodotti nuovi. Il soggetto che apporta le modifiche è assimilato al fabbricante con tutti gli obblighi che ne conseguono.

È pacifico tra le parti che le *e-bike* offerte dalla controinteressata siano conformi alle normative tecniche indicate dalla *lex specialis* di gara (cfr. anche doc. nn. 5 e 6 allegati alla relativa memoria). Orbene in un contesto così delineato è indubbio che la necessità e la responsabilità di una nuova marcatura del prodotto *full-assembly* ricade sui fabbricanti o su coloro che apportano le modifiche di cui sopra (tra cui potrebbe anche ricadere l'impresa aggiudicataria).

D'altro canto, però, per predicare in giudizio la non conformità del prodotto offerto a quanto richiesto dalla normativa di gara, occorre fornire quantomeno un principio di prova e non una semplice deduzione sul fatto che le trasformazioni apportate con la modificazione di cui si controverte (nel caso di specie il montaggio del meccanismo di IOT) siano effettivamente annoverabili tra le trasformazioni essenziali di cui alla citata comunicazione della Commissione CE. Nel caso di specie la ricorrente non ha dimostrato in giudizio che vi siano componenti non conformi alle citate normative tecniche ma si è limitata a dedurre la necessità che il nuovo assemblaggio necessiti di una nuova valutazione di conformità per il solo fatto che si tratta di un componente elettrico.

La stessa Commissione UE, nella citata comunicazione, evidenzia che per giungere a provare la consistenza rilevante delle trasformazioni dei prodotti occorre procedere alle verifiche applicando l'opportuna procedura di valutazione della conformità e, se dalla valutazione del rischio si giunge alla conclusione che la natura del pericolo è cambiata o che il livello del rischio è aumentato, il prodotto modificato deve essere considerato un prodotto nuovo.

Orbene è ragionevole sostenere, anche sotto questo punto di vista, che per giungere a contestare la non conformità di un prodotto debba quantomeno essere offerto in giudizio un inizio di prova circa i maggiori rischi derivanti dalla modifica e dall'assemblaggio.

A tale scopo la ricorrente allega documentazione (cfr. doc 9 e 10) contenente la descrizione delle specifiche tecniche di una *e-bike* per servizio *sharing* di un operatore del mercato nonché una lista di controllo per la conformità dei componenti delle biciclette a pedalata assistita (EPAC) dalla quale però non si evince quanto dalla stessa sostenuto, vale a dire che l'eventuale aggiunta di un sistema di IOT sia talmente impattante ed interferente sui circuiti elettromagnetici del mezzo da richiedere una nuova e diversa marcatura CE.

Quanto alle criticità sulla *e-boat*, fornito in aggiunta alle biciclette, si dirà in seguito, non trattandosi di un prodotto chiesto tra le forniture essenziali e per il quale l'avviso prevedesse requisiti minimi.

In conclusione la censura di cui al primo motivo non è condivisibile non avendo la ricorrente provato quanto dedotto.

5. Con il secondo motivo si lamenta violazione dei principi dettati dagli art. 36, 132 e ss. del D.lgs. 50/2016, dagli artt. 2, 3, 97, 98 della Costituzione; difetto di istruttoria, difetto di motivazione e violazione del principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

La ricorrente lamenta l'assegnazione all'aggiudicataria di 3 punti in più nel criterio "*numero di e-bike offerto oltre al minimo standard di 20 mezzi e al massimo consentito di 50 mezzi e tempi di rinnovo del parco mezzi*" che sarebbe illegittima dal momento in cui entrambe le imprese hanno offerto lo stesso numero di mezzi (corrispondente al numero massimo) senza indicazioni sui tempi di rinnovo parco mezzi.

La doglianza è fondata.

È pacifico tra le parti che entrambe le imprese hanno presentato lo stesso numero di mezzi (corrispondente al massimo previsto in gara, pari a 50). In nessuna offerta viene esplicitato invece un piano di rinnovo del parco mezzi. La ricorrente si è vista attribuire 12 punti e la controinteressata 15 (su un massimo di 15).

L'amministrazione giustifica in giudizio tale differenza sostenendo che "*pur nella identità del numero di biciclette proposte, la Lakenergy ha differenziato la tipologia delle biciclette offerte, prevedendo due diverse tipologie (la versione mountain bike e la versione city bike). Ha dunque variato l'offerta contestualizzandola rispetto alle esigenze della città e ciò ha meritato un punteggio maggiore. La valutazione è dunque del tutto coerente e ragionevole e frutto della comparazione delle due proposte*".

Orbene il criterio di valutazione, per come esplicitato dalla *lex specialis*, non lasciava adito a interpretazioni che potessero portare a includere, tra gli elementi da valutare, anche la tipologia di biciclette, in quanto fa esclusivo riferimento al "*numero di e-bike offerto*".

La commissione pertanto ha autonomamente integrato il criterio esplicitato nell'avviso. Tale facoltà non è riconosciuta all'organo di gara, che *“è vincolato dai criteri e sub-criteri stabiliti nel bando, aventi la funzione di predeterminare la discrezionalità tecnica spettante alla commissione medesima, in modo da assicurare la trasparenza dei punteggi attribuibili e la consapevole formulazione dell'offerta per i concorrenti”* (T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 22/02/2021, n. 311)

Per tali ragioni il motivo è fondato.

6. Con il terzo motivo si lamenta violazione dei principi dettati dagli art. 36, 132 e ss. del D.lgs. 50/2016, dagli artt. 2, 3, 97, 98 della Costituzione; difetto di istruttoria, difetto di motivazione e violazione del principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

La ricorrente lamenta l'illegittimità della assegnazione all'aggiudicataria di 3 punti in più nel criterio di valutazione *“valutazione altri mezzi di mobilità elettrica proposti oltre le e-bike (valutazione numero mezzi e caratteristiche tecniche)”* premiando l'offerta della barca e ritenendo meno meritevole l'offerta di 20 monopattini prodotta dalla medesima ricorrente.

Come già sopra evidenziato, la ricorrente ritiene che la barca offerta dalla aggiudicataria non sia adeguata alle esigenze manifestate dalla legge di gara in quanto non può essere considerata un mezzo utilizzabile in modalità *sharing* a flusso libero (peraltro il mezzo non sarebbe sbloccabile mediante la APP offerta non essendo dotata di IOT) ma si tratterebbe di un mero noleggio dal momento in cui (non essendo dotata di IOT) il servizio prevede il recupero e la riconsegna ad una *“base”* ed implica l'ausilio di un operatore.

La doglianza coglie nel segno.

È pur vero che la delibera della Giunta Comunale n. 69 del 17 marzo 2021 (*con cui il Comune ha adottato Linee di indirizzo per servizio sperimentale di mobilità in sharing a flusso libero con biciclette elettriche e mezzi innovativi a propulsione elettrica sul territorio del Comune di Verbania*) evidenzia una certa preferenza per le imbarcazioni elettriche, ma in un più generale contesto di valorizzazione della mobilità elettrica (vi si legge, infatti che *“lo sviluppo della mobilità elettrica è uno dei settori sul quale l'Amministrazione Comunale ha avviato importanti azioni sotto il profilo infrastrutturale. Rientrano in tale linea strategica: il progetto Interreg Italo-Svizzero MOBSTER (Progetto Mobster Mobility and Tourism Going Electric) che mira ad un'applicazione innovativa degli strumenti già in uso nell'ambito della mobilità elettrica (a partire dalle strutture di ricarica per bici e auto), nonché a nuove infrastrutture (tra cui una nave elettrica e un pontile di attracco per imbarcazioni elettriche) per aumentare l'attrattiva turistica delle località transfrontaliere [...]”*). È anche vero però che il medesimo documento forniva la seguente direttiva: *“il servizio dovrà essere disponibile sul territorio secondo lo schema a flusso libero con*

distribuzione libera sul territorio dei veicoli ed utilizzo secondo lo schema “one way” ovvero i mezzi potranno essere rilasciati in un punto diverso da quello del prelievo secondo il modello gestionale “free flotting”;

L’avviso di gara, coerentemente con tale direttiva”, prevedeva esplicitamente che il Comune era interessato “*all’individuazione sul mercato di operatori economici interessati a svolgere, in via sperimentale, servizi di mobilità in sharing a flusso libero con biciclette “e-bike” a pedalata assistita ed eventualmente anche con altre tipologie di mezzi innovativi a propulsione elettrica che l’operatore economico vorrà proporre in sede di manifestazione di interesse*”.

L’avviso, in tale quadro oggettivo, prevedeva tra i criteri di valutazione la “*valutazione altri mezzi di mobilità elettrica proposti oltre le e-bike (valutazione numero mezzi e caratteristiche tecniche)*”.

Dall’offerta tecnica dell’aggiudicataria emerge che “*La proposta include anche la fornitura di una e-Boat (barca elettrica) a noleggio presso il pontile di Intra. Il modello prescelto è utilizzabile senza patente, e permette la presenza contemporanea a bordo fino a 6 persone. LAKENERGY installerà 1 e-boat il primo anno, con l’obiettivo di crescere in numero negli anni successivi sulla base dei risultati ottenuti. Allo stato attuale il nostro progetto prevede 6 e-boats come da scheda allegata. Le e-boat saranno noleggiabili e prenotabili con la stessa APP delle E-bike*”.

Viene pertanto offerto un servizio che non implica il *free floating* ma un noleggio su base fissa.

La commissione ha valutato l’offerta dell’aggiudicataria attribuendo 18 punti (a fronte dei 15 attribuiti alla ricorrente).

Nelle proprie difese l’amministrazione evidenzia che la Commissione ha ritenuto la proposta della barca elettrica più innovativa rispetto ai monopattini, poiché un servizio di noleggio di monopattini è già presente in città. Inoltre, la barca consente al turista la visita alle Isole Borromeo, attrazione turistica principale del Lago maggiore, e meglio si coordina rispetto al progetto Mobster/Interreg già messo in atto dal Comune di Verbania e che ha finanziato la realizzazione di un pontile per barche elettriche. Ad avviso della difesa dell’amministrazione, il maggior punteggio sarebbe dunque del tutto ragionevole e motivato in relazione al territorio di riferimento.

Orbene, senza entrare nel merito delle scelte dell’amministrazione, è palese che oggetto della selezione siano i servizi di mobilità in *sharing* a flusso libero che costituisce una modalità relativamente recente ed innovativa ma fortemente caratterizzata di gestire il noleggio di tali mezzi.

La caratterizzazione del servizio infatti si presenta tale innanzitutto nella dinamica di svolgimento: i mezzi possono essere rilasciati in un qualunque posto dentro un perimetro urbano predefinito e il prelievo avviene dal punto di rilascio da parte dell’utente precedente; sono previsti servizi di recupero da parte dell’impresa (lo stesso avviso di gara impone tra gli standard di servizio che

“l’operatore economico dovrà garantire la ricollocazione dei mezzi negli appositi stalli entro le ore 7,00 del giorno successivo all’utilizzo; l’Amministrazione potrà sanzionare gli operatori che non adempiranno a questa prescrizione e potrà qualora necessario avvalersi del servizio di rimozione con imputazione dei costi a carico del gestore”) anche sul piano strutturale (non è un caso che l’avviso richieda che “sistema di gestione dei mezzi in *sharing* automatizzato, che permetta all’utente di poter visualizzare i mezzi disponibili, prenotarli, sbloccarli a inizio e bloccarli al termine”).

Il maggior punteggio ottenuto dall’impresa, con riferimento al criterio di valutazione in commento, pertanto, è stato attribuito per un servizio non compreso nell’oggetto delineato nell’avviso di gara né, tantomeno, nelle linee di indirizzo emanate dalla Giunta.

Laddove l’amministrazione avesse voluto anche solo ammettere servizi analoghi o complementari allo *sharing* a flusso libero, avrebbe dovuto espressamente prevederlo nella definizione dell’oggetto di gara.

Per tali ragioni il motivo di ricorso è fondato.

7. Con il quarto motivo la ricorrente riprende le censure già formulate con riferimento all’assegnazione alla propria offerta ed a quella della aggiudicataria del medesimo punteggio nel criterio di valutazione “*funzionalità dell’APP e possibili interazioni con il sito internet del Comune di Verbania*”.

La doglianza si incentra sul fatto che al momento della presentazione dell’offerta l’aggiudicataria, a differenza della ricorrente, non avesse una *APP* sviluppata e funzionante e scaricabile dai più comuni *APP stores*. Inoltre l’aggiudicataria si limiterebbe ad affermare che la *APP* funziona via web e sui vari dispositivi mobili senza dare garanzie sulle funzionalità di sblocco, pagamento e blocco dei mezzi.

L’assegnazione del medesimo punteggio (pari al massimo previsto) sarebbe pertanto contraddittoria ed irragionevole.

La doglianza non è fondata.

Come correttamente osservato dall’amministrazione resistente, nella *lex specialis* di gara non veniva richiesto che la *APP* fosse già disponibile al momento della presentazione dell’offerta ma posta, di conseguenza, come condizione di esecuzione del contratto.

Per giurisprudenza costante, anche di questo Tribunale, nelle procedure ad evidenza pubblica è legittimo che l’impresa aggiudicataria si possa dotare anche successivamente di tutti quegli elementi (quali personale aggiuntivo o strutture indicate nell’offerta) che costituiscono il mezzo per

adempiere la prestazione dedotta nel contratto stipulato con la stazione appaltante, purché tali mezzi siano assicurati in sede di esecuzione (cfr. TAR Piemonte, sez. I, 02/02/2018, n. 152).

Peraltro, stando all'offerta presentata (cfr. doc. 5 di parte resistente), la APP presenta tutte le funzionalità richieste per la gestione in *sharing* (inclusi il sistema di geolocalizzazione 24/24; la rilevazione dello stato batteria, l'interazione con le strutture di ricarica, l'interazione con strutture di rilascio) e non solo la prenotazione per il noleggio.

La controinteressata ha dimostrato in giudizio di avere attivato la APP dopo l'aggiudicazione (cfr. doc. n. 10 della controinteressata).

La doglianza pertanto non merita accoglimento.

8. Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente riprende le censure già formulate con riferimento all'assegnazione all'aggiudicataria di 8 punti in più, rispetto alla propria offerta, nel criterio di valutazione *“eventuale proposta progettuale di promozione turistica attraverso l'individuazione di itinerari ciclo-sostenibili nel territorio del Comune”*.

La ricorrente lamenta la quantità di punti in più assegnati a fronte di una proposta sulla promozione turistica contenente solo alcune mappe estrapolate dal web e mere dichiarazioni di collaborazione con editori ed operatori turistici del territorio.

La doglianza non è fondata.

Il collegio premette che il sindacato che il giudice amministrativo può esercitare sull'attività di una commissione di gara e sulla attribuzione dei relativi punteggi deve limitarsi a profili di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrarietà o palese e manifesto travisamento dei fatti, non potendo impingere nel merito degli apprezzamenti svolti dall'amministrazione. La giurisprudenza giunge infatti a sostenere che *“la valutazione delle offerte e l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta, sicché, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica e fermo l'obbligo di idoneo supporto giustificativo, di norma devono ritenersi inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 del D.Lgs. n. 104/2010”* (Cons. Stato Sez. III, 23/04/2021, n. 3297).

Nel caso di specie i suindicati limiti di abnormità della scelta non sono ravvisabili.

Dagli atti di causa emerge che la ricorrente ha acquisito 2 punti, la controinteressata 10 punti (su un massimo di 15) con riferimento alle proposte di supporto alla promozione turistica del territorio. Come evidenziato dalle difese del Comune, l'offerta della ricorrente si limitava a prevedere la possibilità di inserire nella APP riferimenti e manifestazioni del territorio. L'aggiudicataria, invece,

ha inserito una proposta che, seppur semplice, era comunque strutturata con riferimento a possibili percorsi extra urbani e attività di promozione e divulgazione.

Ciò non rende manifestamente illogico o irrazionale l'operato della Commissione che ha premiato la proposta dell'aggiudicataria con un punteggio di valore "medio" (10 su 15) a fronte di una componente pressoché assente nell'offerta della ricorrente.

Per tali ragioni la doglianza non è fondata.

9. Conclusivamente il ricorso incidentale è infondato e viene pertanto respinto. Il ricorso principale è fondato con riferimento alla illegittimità delle valutazioni di cui ai motivi secondo e terzo e, pertanto, viene accolto. Per l'effetto gli atti impugnati sono annullati.

10. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, così dispone:

-accoglie il ricorso principale nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; -respinge il ricorso incidentale.

Condanna il Comune e la controinteressata a corrispondere alla ricorrente, per metà ciascuno, l'importo di euro 6.000 (seimila) oltre agli accessori di legge e al rimborso del contributo unificato, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Bellucci, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Marcello Faviere, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Marcello Faviere

IL PRESIDENTE

Gianluca Bellucci

IL SEGRETARIO