



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3431 del 2012, proposto da:

Aim Mobilità S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Nicola Creuso, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri, n. 5;

***contro***

Comunicare S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, Bicincittà S.r.l, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentati e difesi dagli avvocati Gianluca Contaldi, Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso Gianluca Contaldi in Roma, via Pierluigi Da Palestrina, n. 63;

***nei confronti di***

Zeppelin Società Cooperativa;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 90/2012, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura di un sistema automatico di noleggio biciclette.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comunicare S.r.l. e di Bicincittà S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2013 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Di Mattia, per delega dell'avvocato Manzi, e Contaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con ricorso di primo grado, proposto al Tribunale amministrativo per il Veneto, Comunicare s.r.l. e Bicincittà s.r.l., società che operano nell'ambito del settore della "mobilità sostenibile", invocavano l'annullamento del provvedimento con cui A.I.M. Mobilità s.r.l. (società interamente posseduta dal Comune di Vicenza per il tramite di A.I.M. Vicenza S.p.A.) affidava la fornitura di un sistema automatico di noleggio biciclette; nonché di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto. L'appalto in questione veniva aggiudicato alla Cooperativa Zeppelin da

parte di A.I.M. Mobilità S.r.l. all'esito di gara indetta il 14 marzo 2011, senza previa pubblicazione del bando, alla quale erano invitate a seguito di indagine di mercato due imprese. La disciplina di riferimento veniva individuata in quella contenuta negli artt. 125 e 238, d.lgs. 163/2006 e nel regolamento aziendale, atteso l'oggetto del contratto: l'affidamento di un sistema di noleggio biciclette da utilizzare al fine di raggiungere il centro città senza l'uso di mezzi privati; ed il valore della prestazione negoziale pari a 100.000,00 euro, oltre I.V.A. La società Comunicare s.r.l., venuta a conoscenza della procedura in corso presentava istanza di accesso agli atti, manifestando il proprio interesse a prendere parte alla gara in quanto operatrice del settore. Pur a fronte del diniego di accesso opposto dall'amministrazione, le ricorrenti venivano a conoscenza dell'avvenuta aggiudicazione della gara il cui atti venivano impugnati dinanzi al primo Giudice.

2. Il Tribunale amministrativo per il Veneto con la sentenza oggetto di gravame: a) respingeva l'eccezione di inammissibilità del ricorso collettivo, così come proposto congiuntamente dalle due ricorrenti, per supposto conflitto di interessi. Infatti, dato atto che la società Comunicare s.r.l. detiene la titolarità dell'intero capitale sociale di Bicincittà s.r.l., valutava non fondata l'eccezione per l'assenza di una situazione di reale conflitto di interessi fra le due società istanti, quali possibili aspiranti alla partecipazione alla gara e quindi all'affidamento del servizio, rinvenendo piuttosto la presenza di interessi concorrenti e confluenti verso l'ottenimento del medesimo obiettivo, ossia il rifacimento della gara previo invito a formulare offerte; b) respingeva, del pari, l'ulteriore eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, dedotta dalla resistente in considerazione dell'avvenuto esaurimento del servizio, essendo state già fornite le biciclette per il servizio di noleggio commissionato dall'Azienda, poiché oggetto dell'appalto è anche la correlata attività di manutenzione; c) accoglieva il ricorso principale, ritenendo fondate le doglianze con le quali era stata denunciata la carenza di motivazione in ordine alla scelta di limitare i soggetti da invitare alla gara, sulla base della ritenuta peculiarità del servizio da affidare, ritenuto del tutto autonomo e differenziato da quello fornito dalle ricorrenti sulla base della finalità cui è diretta la norma regolamentare interna, che è quella di assicurare un confronto concorrenziale adeguato. In particolare, il TAR riteneva di non poter condividere l'assunto dal quale aveva preso avvio la decisione di AIM Mobilità s.r.l. di non invitare le ricorrenti in ragione della non assimilabilità dei servizi da queste resi (*bike sharing*) con quello oggetto del contratto da affidare (*rent a bike*). Conseguentemente annullava gli atti impugnati e dichiarava inefficace il contratto stipulato tra la resistente e la controinteressata; d) respingeva la richiesta di risarcimento per equivalente atteso il soddisfacimento in forma specifica conseguito dalle ricorrenti.

3. Con atto d'appello AIM Mobilità s.r.l., notificato il 27 aprile 2012, depositato il 9 maggio 2012, premette che la circostanza che le appellate gestiscono servizi di *bike sharing* e non di *rent a bike* giustifica il diniego di accesso, non il mancato accoglimento della richiesta di invito che non sarebbe mai stata avanzata dalle stesse. Inoltre, avanza i seguenti motivi d'appello: 1) sull'inammissibilità del ricorso collettivo per conflitto di interessi, erra il TAR atteso che l'interesse che può sorreggere il ricorso non è quello generico al rifacimento della gara, ma quello al rifacimento per potersi aggiudicare la gara. Quindi vi è conflitto di interessi non eliminato dalla circostanza che Comunicare s.r.l. possiede l'intera partecipazione di Bicincittà s.r.l., trattandosi comunque di soggetti giuridici distinti; 2) sull'improcedibilità del ricorso per l'avvenuta esecuzione della fornitura, erra il TAR atteso che la fornitura già eseguita è il servizio principale, non si è di fronte ad un contratto di durata. Inoltre, anche se si ritenesse diversamente, la manutenzione non può che essere eseguita dalla stessa società che ha prestato la fornitura. In ogni caso non vi sarebbe interesse per la parte del ricorso relativo alla fornitura; 3) errata è la motivazione della sentenza che ritiene che il mancato invito sia dipeso dalla circostanza che le appellate gestiscono servizi di "*bike sharing*" e non di "*rent a bike*", poiché la nota del 21 giugno 2011 si riferisce al diniego di accesso, mentre la motivazione del mancato invito è contenuta nella relazione sull'indagine di mercato. Inoltre manca una richiesta di

invito; 4) erronea è la sentenza nella parte in cui non ha rilevato che il regolamento aziendale non è oggetto di impugnazione. Pertanto, deve essere applicata la disciplina contenuta negli artt. 3 e 4 del suddetto regolamento, che non obbligano AIM Mobilità s.r.l. a invitare almeno tre imprese: viene utilizzato l'avverbio "*preferibilmente*"; né ad invitare tutte quelle che ne facciano richiesta: viene utilizzata la locuzione "*si può*". Anche l'indagine di mercato, che è stata svolta, non è imposta, la norma utilizza il verbo: "*potrà*"; né si può affermare che la procedura di gara è illegittima, se non si sceglie di invitare tutti gli operatori di mercato scrutinati; 5) il primo Giudice ha, erroneamente, omesso di valutare le condizioni per dichiarare l'inefficacia del contratto che nella fattispecie non sussistono, atteso che: a) la maggior parte della commessa è eseguita; b) le ricorrenti non possono conseguire l'aggiudicazione; c) non possono subentrare nel contratto.

4. In data 16 maggio 2012 si costituisce in appello Comunicare s.r.l. e Bicincittà s.r.l.

5. In data 21 giugno 2013 AIM Mobilità s.r.l. deposita documenti.

6. In data 26 giugno 2013 le appellate depositano memoria con la quale espongono le proprie difese, precisando che: a) AIM Mobilità s.r.l. ha invitato la Cooperativa Zeppelin sulla base di un giudizio positivo di un prodotto e non sulla verifica limitata alla qualificazione di tale società; b) la determina di indizione della gara si rifà genericamente all'art. 38 cod., senza indicare alcun elemento oggettivo di qualificazione; c) si è in presenza di un contratto di durata e la manutenzione del parco biciclette può essere posta in essere da chiunque; d) l'indagine di mercato posta in essere da AIM Mobilità s.r.l. ha anticipato la valutazione sulle offerte, che sarebbe dovuta avvenire in sede di gara; e) le appellate hanno manifestato l'interesse a partecipare alla gara; f) non vi è violazione dell'art. 122 c.p.a., perché la valutazione sulla declaratoria di inefficacia va fatta soltanto se il vizio riscontrato non comporta obbligo di rinnovare la gara.

7. Con memoria del 26 giugno 2013 AIM Mobilità s.r.l. reitera le considerazioni svolte a sostegno del gravame.

8. In data 1 luglio 2013 le appellate depositano memoria di replica, con la quale pongono l'accento sulla qualificazione della stipulazione negoziale intercorsa a valle della gara come contratto di durata, che prevede un canone di manutenzione per un importo complessivo superiore ai 28.000,00 euro.

9. In data 1 luglio 2013 AIM Mobilità s.r.l. deposita memoria di replica con la quale evidenzia l'impossibilità da parte delle appellate di poter eseguire anche la sola manutenzione oggetto dell'appalto, considerato che la stessa riguarda anche la parte informatica, che deve essere svolta in essere dalla stessa impresa fornitrice delle biciclette.

## DIRITTO

1. L'appello è infondato e merita di essere respinto.

2. Preliminarmente, vanno confutate le eccezioni riproposte in appello in ordine all'inammissibilità del originario ricorso collettivo per conflitto di interessi ed all'improcedibilità del ricorso di primo grado per l'avvenuta esecuzione della prestazione dedotta in contratto. Quanto alla prima eccezione, occorre rammentare che il ricorso collettivo consente ad una pluralità di soggetti di adire il g.a., invocando l'annullamento di uno stesso atto amministrativo, purché: 1) vi sia identità di situazioni sostanziali e processuali; 2) non vi sia un conflitto di interessi tra i ricorrenti. Quest'ultima condizione che a giudizio dell'appellante non ricorrerebbe nella fattispecie, va valutata alla luce dell'utilità che i ricorrenti intendono perseguire con il *petitum* giurisdizionale e con l'eventuale successiva attività amministrativa di esecuzione del *decisum*. Nella fattispecie entrambe le imprese perseguono l'identico interesse al rifacimento della gara, finalità quest'ultima che fa apparire irrilevante la circostanza che la società Comunicare detenga la titolarità dell'intero capitale sociale di Bicincittà. Quanto alla seconda eccezione, permane un interesse in capo alle appellate in considerazione del fatto che si è in presenza di un contratto che non ha per oggetto la mera fornitura di beni, ma anche la manutenzione degli stessi. Prestazione quest'ultima che non può certo dirsi eseguita, atteso che dagli atti del giudizio emerge che il servizio non risulta

essere ancora stato attivato. Né la prestazione in questione appare meramente marginale considerato che in sua assenza la stessa funzionalità del servizio non potrebbe essere assicurata.

3. I motivi di appello sub punto 3) della parte in fatto nn. 3) e 4), possono essere esaminati congiuntamente per le strette interrelazioni logico-giuridiche che li caratterizzano. Premesso che il regolamento aziendale non risulta essere impugnato, sicché non può in questa sede vagliarsene la legittimità in relazione alla disciplina contenuta negli artt. 125 e 238, comma 7, d.lgs. n. 163/2006, ed ai principi di derivazione comunitaria, dello stesso, però, deve offrirsi un'esegesi conforme alla disciplina ed ai principi richiamati. Pertanto, tra le letture possibili del regolamento aziendale deve essere premiata quella che meno se ne discosti.

3.1. Prima di procedere oltre va chiarito ancora che appare irrilevante la circostanza, pure dibattuta tra le parti, circa la presenza o meno di una richiesta di invito ad essere ammesse alla gara da parte delle appellate. Nella fattispecie, infatti, la legittimazione delle stesse matura in ragione della qualifica di imprese del settore, riconosciuta del resto dalla stessa indagine di mercato posta in essere dall'originaria resistente, giacché deve ribadirsi che l'interesse dalle stesse perseguito è quello al rifacimento della gara aperto ad un maggior numero di competitori, rispetto ai due individuati in quella oggetto di contestazione giurisdizionale.

3.2. Occorre, in prima battuta, chiarire la finalità perseguita attraverso l'indagine di mercato, strumento che secondo l'art. 4 del regolamento aziendale va utilizzato per individuare i nominativi degli operatori di settore, qualora gli stessi non siano noti, ovvero quando ciò sia ritenuto opportuno. L'esercizio di questa facoltà discrezionale, e non arbitraria, da parte della stazione appaltante, deve avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento richiamati dall'art. 125, comma 11, d.lgs. 163/2006. Si tratta di uno strumento, quindi, che tende ad assicurare la tutela della concorrenza tra gli operatori di mercato anche per quegli appalti, il cui importo sottosoglia legittima l'utilizzo di procedure più snelle. L'indagine di mercato serve altresì a selezionare "*soggetti idonei*", ossia operatori del mercato in grado di soddisfare l'interesse perseguito dalla stazione appaltante con la futura stipulazione negoziale e non a prefigurare la possibile strutturazione delle offerte che gli stessi non hanno ancora presentato, sì da anticipare gli esiti valutativi della gara. In definitiva, l'indagine di mercato serve a raccogliere informazioni sull'idoneità degli operatori economici e non a svuotare di contenuto la lettera di invito, che verrebbe sterilizzato se la selezione tra più operatori potenzialmente idonei venisse fatta in modo virtuale sulla base di offerte non presentate. L'idoneità in questione va parametrata sulla scorta dell'oggetto dell'appalto, che è quello di fornitura, attivazione, installazione e manutenzione di un sistema automatico di noleggio biciclette. Pertanto, non appare legittima la scelta operata dalla stazione appaltante di limitare l'invito a due soli operatori del settore, pur a fronte della previsione contenuta nel proprio regolamento aziendale che indica "*preferibilmente*" in tre le imprese da invitare. Una simile previsione non può che essere interpretata secondo una lettura in linea con le indicazioni, contenute nel comma 11 dell'art. 125 d.lgs. n. 163/2006, che indica in almeno cinque gli operatori economici da consultare. Pertanto, nel caso in cui non sia possibile invitare almeno tre operatori economici è necessario fornire congrua motivazione, che non può evidentemente fare leva sulle differenze del servizio reso, qualora le stesse si mantengano entro i margini dell'assimilabilità. Infatti, sebbene non identici, i due servizi (*bike sharing* e *rent a bike*) appaiono palesemente assimilabili, in quanto realizzabili con modalità analoghe e soprattutto con mezzi analoghi. Pertanto, se non vi è un obbligo in capo alla stazione appaltante di invitare alla gara tutti gli operatori economici scrutinati, è necessario, qualora si ritenga di non poter raggiungere neanche la soglia minima autoimposta con il regolamento aziendale, esternare valide ragioni, sulla scorta di un'adeguata istruttoria, che escludono la possibilità di invitare almeno tre imprese. Del resto, una differente interpretazione, che rimetta all'indagine di mercato di operare valutazioni in concreto sulla scorta di offerte non ancora presentate (nella fattispecie il mancato invito di Bicincitta s.r.l. è avvenuta sulla base della mera consultazione di un catalogo non

inviato all'amministrazione dalla suddetta società) lederebbe in modo sensibile non solo l'interesse degli operatori del mercato a competere, ma anche l'interesse dell'amministrazione a poter scegliere tra un numero di offerte maggiore. Conseguentemente, non possono essere ritenute fondate le doglianze proposte dall'appellante.

4. Del pari priva di fondamento è la censura in merito alla mancata valutazione da parte del primo Giudice delle condizioni in costanza delle quali è possibile operare la declaratoria di inefficacia del contratto, atteso che l'art. 122 c.p.a. consente al g.a. a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione di dichiarare l'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza, nel caso in cui il vizio denunciato, come nel caso in esame, comporti l'obbligo di rinnovare la gara.

5. L'appello, in definitiva, deve essere respinto.

6. La particolare complessità delle questioni affrontate è valida ragione per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge

l'appello.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Sabato Malinconico, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)