

## "Bike sharing" e "rent a bike": sono entrambi settori relativi alla c.d. "mobilità sostenibile"?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 09 Febbraio 2012 09:50 -

---

N. 90/2012 Reg. Prov. Coll. N. 1504 Reg. Ric. ANNO 2011 REPUBBLICA ITALIANA 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 1504 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C. Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Sarzotti, Emanuela Rizzi, con domicilio eletto presso Emanuela Rizzi in Venezia, Santa Croce, 312/A; B. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso Emanuela Rizzi in Venezia, Santa Croce, 312/A;

contro

A. Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Nicola Creuso, Stefania Lago, Alessandro Calegari, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione ai sensi dell'art. 25, comma 2 del D.lgs. n. 104/2010;

nei confronti di

Z. Società Cooperativa;

per l'annullamento

del provvedimento con cui A. s.r.l. ha affidato la fornitura di un sistema automatico di noleggio biciclette; nonchè di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2012 la dott.ssa Alessandra Farina e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO

Le ricorrenti sono società che operano nell'ambito del settore della "mobilità sostenibile", fornendo servizi per la collettività mediante utilizzazione di biciclette (cd. bike sharing), onde determinare una riduzione del traffico veicolare all'interno dei centri urbani.

## "Bike sharing" e "rent a bike": sono entrambi settori relativi alla c.d. "mobilità sostenibile"?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 09 Febbraio 2012 09:50 -

---

Essendo venute casualmente a conoscenza dell'avvenuto avvio da parte di A. S.r.l. (società interamente posseduta dal Comune di Vicenza per il tramite di A. Vicenza S.p.A.) di una procedura per l'affidamento di un sistema di noleggio biciclette, da utilizzare al fine di raggiungere il centro città senza l'uso di mezzi privati, la società C. ha presentato istanza di accesso agli atti della procedura, 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'avvenuto affidamento del servizio mediante gara non preceduta dalla pubblicazione del bando, gara già conclusasi con l'individuazione del soggetto affidatario.

Con un primo ordine di doglianze, così come formulate nel ricorso introduttivo, la due società istanti hanno quindi denunciato la violazione dell'art. 57 e degli artt. 121 e seguenti del D.lgs. n. 163/06, nonché la violazione del principio di evidenza pubblica nell'assegnazione dei pubblici contratti e della libertà di concorrenza.

Premessa, infatti, la legittimazione a ricorrere in quanto soggetti operanti nel settore della mobilità sostenibile, interessati ad essere invitati dall'amministrazione a formulare la miglior offerta in ordine al servizio da affidare, le ricorrenti denunciano in primo luogo l'insussistenza dei presupposti e delle condizioni per esperire una gara non preceduta dalla pubblicazione del bando, non configurandosi alcuna delle ipotesi tassativamente previste dalle norme invocate per procedere secondo l'iter prescelto.

Allo stesso tempo, la violazione di legge denunciata investe la conformità della procedura seguita al dettato normativo, in quanto il mancato invito delle ricorrenti, giustificato dall'azienda sulla base della peculiarità del servizio richiesto ("rent a bike" e non "bike sharing"), non sarebbe stato in alcun modo giustificabile e soprattutto avrebbe limitato la scelta sul mercato delle aziende in grado di proporre all'amministrazione un servizio soddisfacente.

Si è costituita in giudizio A., la cui difesa ha preliminarmente chiarito come la gara oggetto della controversia sia stata esperita ai sensi degli artt. 238, comma 7 e 125 del D.lgs. n. 163/06, nonché sulla base delle norme contenute nel Regolamento Aziendale per lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria e procedure in economia.

Eccepita in primo luogo l'inammissibilità del ricorso, in quanto proposto collettivamente da due soggetti possibili concorrenti in un'eventuale gara e quindi astrattamente in conflitto di interessi fra di loro, la difesa resistente ha respinto le doglianze di cui all'atto introduttivo del giudizio, in quanto basate sul presupposto dell'applicabilità dell'art. 57 del D.lgs. n. 163/06, trattandosi al contrario di procedura di cottimo fiduciario, ossia di una procedura negoziata consentita e disciplinata dall'art. 125, in quanto di valore al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria.

Ciò chiarito, la difesa resistente ha quindi puntualizzato come la scelta di non invitare le ricorrenti, privilegiando altre ditte, è stata preceduta e supportata da un'indagine di mercato esperita dall'amministrazione che, valutate le diverse potenzialità degli operatori del mercato, rapportate alle proprie esigenze in considerazione del servizio da affidare, ha quindi limitato

## "Bike sharing" e "rent a bike": sono entrambi settori relativi alla c.d. "mobilità sostenibile"?

Scritto da Melita Manola

Giovedì 09 Febbraio 2012 09:50 -

---

l'invito alle sole due ditte contattate.

Le difese così formulate dall'A., nonché il deposito documentale dalla stessa effettuato (da cui è emerso l'avvenuto affidamento del servizio alla Cooperativa Z., con la quale è stato successivamente concluso il contratto), hanno quindi determinato la proposizione da parte delle ricorrenti di motivi aggiunti, con i quali - preso atto della procedura seguita ed in particolare dell'avvenuta applicazione delle disposizioni contenute nel Regolamento aziendale per gli affidamenti in economia per importi al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria - è stata censurata ancora una volta e per i profili ivi dedotti la legittimità della procedura.

Risulta così illegittima, ad avviso di parte ricorrente, la scelta di limitare il numero degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata, soprattutto quella di restringere la cerchia dei soggetti individuati sulla base dell'indagine di mercato esperita, in quanto priva di motivazione circa l'esclusività delle potenzialità riscontrate soltanto in alcuni operatori, così violando palesemente il principio di massima partecipazione ed apertura del mercato alla concorrenza.

In tal modo è stata violata la stessa logica dell'indagine di mercato, che avrebbe dovuto ampliare al massimo le possibilità per le imprese del settore interessato (quello della mobilità sostenibile, riferibile anche alle ricorrenti), consentendo loro di formulare un'offerta competitiva con le altre concorrenti.

La stessa scelta dei soggetti da invitare è stata peraltro operata senza alcuna predeterminazione dei criteri da utilizzare per l'individuazione delle imprese da invitare, con evidente compromissione dei principi generali di trasparenza, uguaglianza e non discriminazione, in quanto basata direttamente sull'indagine del prodotto finale offerto dalle ditte operanti sul mercato.

In vista dell'udienza di discussione entrambe le parti hanno ulteriormente replicato, anche in punto permanenza dell'interesse a fronte dell'avvenuta conclusione del contratto e fornitura delle biciclette, salvo concludere confermando le rispettive posizioni.

All'udienza del 18 gennaio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

### DIRITTO

Preliminarmente il Collegio deve valutare la fondatezza delle eccezioni preliminari sollevate dalla difesa resistente.

In punto ammissibilità del ricorso collettivo, così come proposto congiuntamente dalle due ricorrenti, dato atto del fatto che comunque la società C. detiene la titolarità dell'intero capitale sociale di B., l'eccezione non appare fondata in quanto non si tratta 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, ma piuttosto di interessi concorrenti e confluenti verso l'ottenimento del medesimo obiettivo, ossia il rifacimento della gara previo invito a formulare offerte.

## **"Bike sharing" e "rent a bike": sono entrambi settori relativi alla c.d. "mobilità sostenibile"?**

Scritto da Melita Manola

Giovedì 09 Febbraio 2012 09:50 -

---

In buona sostanza, gli interessi facenti capo ad ogni singola ricorrente non appaiono fra di loro configgenti ai fini della proposizione del presente ricorso e quindi dell'ammissibilità della sua proposizione congiunta, in quanto nella prospettiva dell'annullamento della gara espletata ed il rifacimento della stessa con possibilità di essere invitate a partecipare, gli interessi ad esse facenti capo non configgono fra di loro, bensì convergono.

Altrettanto infondata è 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.

Invero, come correttamente sottolineato dalla difesa istante nell'ultima memoria di replica, trattandosi di un servizio che non si esaurisce nella sola fornitura dei mezzi, ma anche nella manutenzione degli stessi per un periodo iniziale, successivamente prorogabile, ne deriva il carattere di durata del contratto sottoscritto fra le parti e quindi la permanenza dell'interesse all'annullamento della gara espletata, alla declaratoria di inefficacia del contratto concluso e conseguente rifacimento della procedura con il coinvolgimento del maggior numero di soggetti interessati.

Nel merito, valutate le censure dedotte in modo particolare in sede di motivi aggiunti, il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento.

Colgono, infatti, nel segno le doglianze con le quali è 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.

Invero, proprio in base al Regolamento aziendale applicato nel caso di specie da A., l'affidamento può avvenire previo interpello di un numero minimo di ditte sufficienti a garantire "...in relazione alle caratteristiche, all'entità ed alla natura del contratto, un'adeguata concorrenzialità".

E' quindi evidente la finalità cui è diretta la norma regolamentare interna, che è quella di assicurare un confronto concorrenziale adeguato, onde assicurare all'azienda l'individuazione del miglior offerente sul mercato, tenuto conto delle caratteristiche del contratto.

Orbene, seppure sia indiscutibile il fatto che nessun obbligo grava sull'azienda in ordine al numero di ditte da invitare (preferibilmente non inferiore a tre), è altrettanto evidente, proprio sulla base delle disposizioni richiamate, che, laddove sussista l'interesse, l'invito possa essere rivolto anche ad altre ditte idonee che ne abbiano fatto richiesta.

A tale prescrizione si aggiunge quella contemplata dall'art. 4.2, dove è prevista la possibilità di procedere ad un'indagine di mercato proprio al fine di valutare l'opportunità di estendere l'invito ad altri potenziali offerenti.

Poiché è stata la stessa A. a ritenere di dover procedere ad un'indagine di mercato, essendosene evidentemente rilevata l'opportunità, è possibile osservare come detta indagine

## **"Bike sharing" e "rent a bike": sono entrambi settori relativi alla c.d. "mobilità sostenibile"?**

Scritto da Melita Manola

Giovedì 09 Febbraio 2012 09:50 -

---

non abbia correttamente ed adeguatamente svolto la propria funzione, in considerazione degli stessi presupposti sulla base dei quali è stata effettuata.

Invero, non può essere condiviso l'assunto da cui prende avvio la decisione di A. 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).

La sottile distinzione evidenziata nella nota con la quale è stata data giustificazione del mancato invito (il servizio richiesto è di noleggio biciclette, ora reso in forma automatizzata, mediante l'impiego di strumenti che consentono il deposito della bicicletta presso le sedi deputate, con tutte le garanzie di sicurezza) non appare rispettosa proprio del principio di massima partecipazione, non discriminazione ed apertura del mercato.

Sebbene non identici, i due servizi appaiono evidentemente assimilabili, in quanto realizzabili con modalità analoghe e soprattutto con mezzi analoghi.

Il che doveva portare l'azienda a valutare la possibilità di estendere l'invito anche agli operatori che, come le ricorrenti, forniscono servizi del tutto assimilabili, proprio al fine di favorire l'inserimento nel mercato, anche attraverso la modulazione della propria offerta in ragione delle necessità rappresentate dall'amministrazione appaltante.

Al contrario, violando i sopra ricordati principi ed operando un'illegittima discriminazione, la stazione appaltante ha provveduto ad individuare le ditte da affidare sulla base dei prodotti in concreto già offerti, senza valutare in astratto l'idoneità delle possibili concorrenti, così come rilevabili sul mercato per il settore della mobilità sostenibile, a formulare un'offerta competitiva.

Se quindi è da condividere quanto affermato dall'Autorità di Vigilanza nella determinazione n. 2/2011 citata dalla difesa resistente, circa la funzione che l'indagine di mercato è chiamata a svolgere ("...preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, quindi i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare..."), è altrettanto evidente che l'indagine deve essere compiuta in termini tali da conoscere proprio l'offerta del mercato nel settore di interesse, al fine di individuare i potenziali offerenti nell'ambito, per quanto qui interessa, della mobilità sostenibile.

Poiché è indubbio (essendo stato riconosciuto dalla stessa resistente) che le ricorrenti comunque operano in tale settore, è altrettanto evidente che la limitazione opposta, a seguito dell'indagine di mercato effettuata, non appare corretta, non avendo adeguatamente valutato il reale assetto del mercato e quindi la possibilità anche per le ricorrenti di ottenere l'invito al fine di formulare la propria proposta con riguardo alle necessità rappresentate dall'azienda.

Per detti motivi quindi il ricorso va accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati e declaratoria di inefficacia del contratto sottoscritto con la Cooperativa Z..

L'accoglimento del ricorso ed il conseguente obbligo per l'amministrazione di procedere all'indizione di una nuova gara costituiscono per le ricorrenti il conseguimento del bene della vita cui aspiravano, il che soddisfa ogni ulteriore richiesta risarcitoria.

## **"Bike sharing" e "rent a bike": sono entrambi settori relativi alla c.d. "mobilità sostenibile"?**

Scritto da Melita Manola

Giovedì 09 Febbraio 2012 09:50 -

---

Le spese di giudizio possono essere compensate, fatta eccezione per quanto riguarda l'avvenuta corresponsione da parte delle ricorrenti del contributo unificato, il cui onere di rifusione graverà sulla stazione appaltante.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati, contestualmente dichiarando l'inefficacia del contratto.

Compensa fra le parti le spese di giudizio, fatta eccezione per quanto corrisposto da parte ricorrente a titolo di contributo unificato, la cui rifusione graverà sulla stazione appaltante.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE F.F.

Claudio Rovis

L'ESTENSORE

Alessandra Farina

IL CONSIGLIERE

Riccardo Savoia

Depositata in Segreteria il 30 gennaio 2012

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