

N. 05221/2012 REG.PROV.COLL.

N. 00668/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 668 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla:
società S.C.I.- Società Concessioni Internazionali a.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Gianfranco Tobia e Andrea Vecchio Verderame (non indicato nel dispositivo della sentenza per mero errore materiale), con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, v.le G. Mazzini n. 11;

contro

società Roma Servizi per la Mobilità s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Lepore, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, via Polibio n. 15;
Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Rossi, elettivamente domiciliato, in Roma, via Tempio di Giove n. 21;

per l'annullamento

- del bando di gara di Roma Servizi per la mobilità s.r.l. n. 5/2011, pubblicato sulla GURI 5° serie speciale n. 137 del 21.11.2011 della procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di *Bike Sharing* nel territorio del Comune di Roma, compresa la progettazione e realizzazione di n. 80 stazioni;

- del capitolato speciale, come modificato agli articoli 4 e 7 in data 23.12.2011 e dei relativi allegati con particolare riguardo all'Allegato I contenete le specifiche dei criteri e delle modalità di valutazione dell'offerta;

- del contratto di affidamento di cui al numero CIG35612297B3E come modificato agli articoli 5 e 11 in data 23.12.2011;

- di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale, compreso l'avviso n. 7/2011 del 16.12.2011 di proroga dei termini di presentazione delle domande di partecipazione alla gara di cui al bando di gara n. 5/2011;

e con il ricorso per motivi aggiunti

dei medesimi provvedimenti per diversi motivi di censura;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Roma Servizi per la Mobilità s.r.l. e di Roma Capitale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2012 il cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1 - Con il ricorso in trattazione la società S.C.I-Società Concessioni Internazionali a.r.l. (d'ora in poi soltanto SCI) - agenzia di affissioni pubbliche che opera sull'intero territorio nazionale e in particolare nella città di Roma - ha impugnato il bando di gara di Roma Servizi n. 5/2011, pubblicato sulla GURI 5° serie speciale n. 137 del 21.11.2011 e il capitolato speciale della procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio di *Bike Sharing* nel territorio del Comune di Roma.

2. - Avverso la legittimità degli atti impugnati la ricorrente ha dedotto l'illegittimità con un unico complesso motivo di censura, per violazione e falsa applicazione degli articoli 2, comma 1, e 41, 42 e 54 e seguenti del D. Lgs. n. 163 del 2006 e degli articoli 3 e 97 della Costituzione ed eccesso di potere per violazione dei principi di massima partecipazione alle gara e della concorrenza e per difetto dei presupposti, per illogicità, per incongruenza e per erronea rappresentazione dei fatti.

Sia i requisiti di capacità economica e finanziaria di cui al punto III 2.2., lett. a 1) e a 2), sia i requisiti di capacità tecnico-organizzativa di cui al punto III 2.3., lett. a 1) e a 2), indicati nel bando di gara sarebbero illegittimi e precluderebbero alla ricorrente di per sé la partecipazione alla procedura di gara di cui trattasi.

2.1- In particolare quanto alla prima tipologia di requisiti, a fronte di un importo complessivo a base di asta di 21.400.000 euro, compreso il rinnovo eventuale per ulteriori 5 anni, verrebbe richiesto un fatturato globale non inferiore a 40.000.000 euro ed un fatturato da commercializzazione di spazi pubblicitari non inferiore ad euro 20.000.000 euro conseguito nel triennio antecedente, con evidente illogicità e lesione dei principi della concorrenza, attesa la sproporzione tra i dati numerici riportati e considerata la novità del servizio del *Bike Sharing* in Italia ove sarebbe diffuso nelle sole città di Milano, Torino e Roma; peraltro non sarebbe stata tenuta in alcuna considerazione la circostanza della persistente crisi del settore delle affissioni pubblicitarie anche per la mancata adozione da parte del comune del nuovo Piano Regolatore degli impianti pubblicitari.

2.2- Quanto alla seconda tipologia, da un lato, il requisito di cui alla lett. a1) sarebbe illegittimo, nella parte in cui richiede la sottoscrizione nel triennio antecedente di almeno un contratto con identico oggetto con un numero minimo di 40 stazioni, atteso che, in tal modo, la maggior parte degli operatori del mercato della gestione degli impianti pubblicitari si vedrebbe preclusa la possibilità di partecipazione alla gara e, dall'altro, il requisito di cui alla lett. a2) richiederebbe, in sostanza, che nel triennio antecedente l'affidatario avesse alle proprie dipendenze almeno n. 83 dipendenti, calcolando per ciascuno un costo annuale di 30.000.000 euro.

2.3- Inoltre si sarebbe venuta a creare una illegittima commistione di requisiti soggettivi di ammissione e criteri oggettivi di valutazione delle offerte in violazione del disposto dell'articolo 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

2.4- Le condizioni contrattuali imposte nel disciplinare e nel capitolato, avuto riguardo all'indicato corrispettivo, alla durata del contratto ed agli obblighi derivanti, non consentirebbero all'imprenditore, operatore del settore, di effettuare un calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della formulazione di un'accorta domanda di partecipazione alla gara e comunque vi sarebbe un grave squilibrio economico a favore dell'amministrazione comunale e a discapito dell'affidatario, atteso che gli introiti derivanti dallo sfruttamento degli impianti pubblicitari sarebbe del tutto aleatorio e che, comunque, i responsabili degli uffici competenti nella materia non potrebbero procedere al rilascio dei relativi titoli autorizzatori ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 36, comma 8, del D. Lgs. n. 507 del 1993 fino all'approvazione del Piano regolatore degli impianti pubblicitari, come peraltro ribadito da ultimo con l'ordinanza sindacale n. 263 del 24.11.2011 con scadenza fissata al 31.1.2012.

2.5- Sarebbe, altresì, illegittima, in quanto attribuirebbe all'amministrazione comunale un potere potestativo al riguardo e non consentirebbe all'operatore di procedere al calcolo dell'ammortamento dei costi ai fini degli investimenti da effettuarsi, la clausola di cui al comma 2 dell'articolo 4 del Capitolato speciale nella parte in cui prevede la possibilità per l'amministrazione di non procedere al rinnovo per ulteriori 5 anni del contratto nel caso in cui il servizio non sia stato correttamente eseguito alla luce degli indicativi puntualmente rappresentati in allegato.

2.6- I costi che rimangono a carico dell'affidatario secondo le indicazioni di cui all'articolo 6 del capitolato speciale, quali i costi per l'ottenimento delle autorizzazioni, i costi di installazione e i costi per l'allacciamento alla rete elettrica, sarebbero eccessivi e sproporzionati e soprattutto del tutto incerti ed aleatori; tanto è vero che la stessa Roma Servizi, all'articolo 5 del capitolato, premette che la stima dei costi da sostenere al riguardo deve ritenersi puramente indicativa.

La società Roma Servizi si è costituita in giudizio con comparsa di mera forma in data 31.1.2012 e, in data 10.2.2012, ha depositato memoria difensiva, con allegata documentazione, con la quale ha argomentatamente dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso, del quale ha chiesto il rigetto.

La SCI ha depositato in data 13.2.2012 il ricorso per motivi aggiunti, notificato nella medesima data, con il quale, avuta contezza della risposta fornita dall'amministrazione al quesito n. 13 con riferimento all'articolo 7 del capitolato - secondo cui i termini per l'installazione delle ciclostazioni decorrono dal momento dell'ottenimento delle autorizzazioni esecutive per la loro installazione e per l'installazione degli impianti pubblicitari ad esse connessi - ha dedotto l'illegittimità degli atti impugnati, altresì, con un unico complesso motivo di censura per violazione e falsa applicazione degli articoli 2, comma 1, e 41, 42 e 54 e seguenti e 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e degli articoli 3 e 97 della Costituzione ed eccesso di potere per violazione dei principi di massima partecipazione alle gara e della concorrenza e per difetto dei presupposti, per illogicità, per incongruenza e per erronea rappresentazione dei fatti.

L'assenza di ogni certezza in ordine all'effettivo rilascio delle autorizzazioni dei nuovi impianti nelle more dell'adozione dei piani degli impianti pubblicitari nonché alla loro effettiva collocazione, alla fine rimessa alla valutazione dell'amministrazione non essendovi garanzia di approvazione di tutte le postazioni indicate al riguardo da parte dell'interessato, renderebbe impossibile la formulazione di un'offerta seria, credibile e ponderata dal punto di vista tecnico ed economico.

Con la memoria del 14.2.2012 Roma Servizi ha argomentatamente dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso per motivi aggiunti del quale ha chiesto il rigetto.

Roma Capitale ha depositato documentazione concernente la vicenda in data 30.3.2012.

Con l'ordinanza n. 609/2012 del 16.2.2012 è stata accolta l'istanza di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti impugnati ai fini della sollecita trattazione nel merito congiuntamente agli altri ricorsi presentati avverso il medesimo bando di gara.

Con memoria del 16.4.2012 Roma Capitale ha, a sua volta, argomentatamente dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso introduttivo e del ricorso per motivi aggiunti, dei quale ha chiesto il rigetto.

La società ricorrente ha depositato memoria difensiva in data 28.4.2012, con la quale ha controdedotto alle difese avversarie ed ha insistito per l'accoglimento dei ricorsi.

Con la memoria conclusiva del 30.4.2012 Roma Servizi ha ribadito le proprie difese, insistendo ai fini del rigetto dei ricorsi e con la successiva memoria del 4.5.2012 ha replicato alle eccezioni formulate dalla SCI nell'ultima memoria.

Alla pubblica udienza del 16.5.2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da separato verbale di causa.

DIRITTO

1- La controversia all'esame concerne la gara indetta dalla società Roma Servizi per l'affidamento del servizio sperimentale di noleggio di biciclette (*Bike Sharing*).

Al fine di ricostruire il quadro in cui la questione si inserisce è opportuno premettere quanto segue.

Lo Stato italiano si è dato delle "norme per il finanziamento della mobilità ciclistica" già con la legge n. 366 del 19 ottobre 1998, che ha impegnato, fra l'altro, i comuni a dotare ogni strada di nuova costruzione per il suo intero sviluppo di una pista ciclabile adiacente.

L'idea di una mobilità sostenibile a Roma tramite il *Bike Sharing* risale, tuttavia, al gennaio del 2006 quando il Comune di Roma ha ottenuto un finanziamento per lo svolgimento del Progetto Spicycles nell'ambito della sezione STEER del

programma EIE (Intelligent Energy Europe) riguardante le iniziative relative a tutti gli aspetti energetici del trasporto; parte sostanziale del progetto Spicycles per la città di Roma, oltre che lo studio di fattibilità per l'istituzione di un servizio di *Bike Sharing* nelle aree centrali della città, era anche un documento metodologico per la predisposizione dell'attività di monitoraggio del servizio Bike Sharing.

Il decollo vero e proprio del servizio è avvenuto, invece, con la determinazione dirigenziale n. 181 del 21 febbraio 2008 del Dipartimento X-Politiche Ambientali e delle Risorse Agricole, con la quale è stato approvato il progetto del servizio sperimentale di *Bike Sharing* nel centro storico di Roma ed è stata fissata in 6 mesi la durata della sperimentazione con decorrenza dall'attivazione del servizio.

Con il disciplinare di “ attivazione, gestione, monitoraggio e raccolta dei dati del servizio di *Bike Sharing* e sponsorizzazione”, il Comune di Roma ha assegnato alla CEMUSA s.r.l. (d'ora in poi soltanto CEMUSA) la realizzazione ed erogazione, in favore della stessa amministrazione comunale, di un servizio sperimentale di noleggio di biciclette, definito appunto “*Bike Sharing*” con decorrenza dall'attivazione del servizio.

La CEMUSA doveva gestire il servizio in attesa che il Comune indicasse una gara pubblica o prospettasse una soluzione alternativa, che è stata decisa, poi, con la deliberazione della Giunta Comunale n. 112 del 16 aprile 2009, con la quale è stato individuato in A.T.A.C. s.p.a. il soggetto idoneo per dare continuità al servizio sperimentale di *Bike Sharing* nella Zona a Traffico Limitato (ZTL) del Municipio fino alla data del 31 dicembre 2010.

Nel frattempo, con la deliberazione di Giunta Comunale n. 244 del 29 luglio 2009, è stata istituita la Agenzia Roma Servizi per la Mobilità s.r.l. (d'ora in poi solo Roma Servizi), che è un ramo distaccato della azienda gestore A.T.A.C. s.p.a., a cui è stato poi affidato, a partire dall'1 gennaio 2010, il servizio di Bike Sharing, che, a tutto il mese di novembre del 2010, poteva contare su 29 stazioni e su un numero di biciclette passato dalle 150 del 2009 alle circa 300 del 2010.

Con la deliberazione n. 162 del 29 dicembre 2010 la Giunta Comunale ha quindi approvato la proroga dell'affidamento a Roma Servizi del servizio sperimentale di *Bike Sharing* fino al 31 gennaio 2011, poi portato fino al 31 marzo 2011 con la deliberazione n. 17 del 26 gennaio 2011 e fino al 30 giugno 2011 con la deliberazione n. 99 dell'1 aprile 2011, senza oneri per l'amministrazione comunale.

La nuova gestione sperimentale del servizio di Bike Sharing, realizzata da Roma Servizi, ha consentito di aprire il servizio anche ai non residenti, rendendolo attivo 24 ore su 24 (mentre in precedenza era attivo dalle ore 7 alle ore 23), di estendere il servizio di *Bike Sharing* anche nei Municipi XIII, III e II e di aumentare il numero delle postazioni dalle 19 iniziali alle attuali 29 postazioni.

Con la deliberazione n. 36 del 16 marzo 2010 il Consiglio Comunale ha approvato le linee d'indirizzo del Piano Strategico della Mobilità Sostenibile (P.S.M.S.) che si propongono di dare un nuovo assetto al sistema romano dei trasporti, garantendo meno inquinamento atmosferico e acustico anche attraverso un corretto sviluppo del sistema della ciclabilità.

Con la deliberazione n. 87 del 24 marzo 2010 la Giunta Comunale ha poi adottato il Piano Quadro della Ciclabilità del Comune di Roma che prevede, tra le diverse azioni, per lo sviluppo della ciclabilità urbana, l'espansione del servizio di *Bike Sharing*; piano che è stato approvato dal Consiglio Comunale solo in data 24 aprile 2012.

Con la deliberazione n. 284 del 3.8.2011 la Giunta Comunale ha, quindi, conferito a Roma Servizi l'incarico di procedere all'indizione della gara ad evidenza pubblica al fine di individuare il nuovo operatore cui affidare l'attività di gestione e di sviluppo del servizio in questione.

Pertanto, con il bando di gara n. 5/2011, Roma Servizi ha indetto la gara con procedura aperta per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, delle attività di gestione e di sviluppo del servizio di bike sharing, compresa la progettazione e la realizzazione di n. 80 stazioni.

2. - Con il primo profilo di censura è stata dedotta l'illegittimità del requisito di capacità economica e finanziaria di cui al punto III 2.2., lett. a 1) e a 2) del bando di gara, in quanto, a fronte di un importo complessivo a base di asta di 21.400.000 euro, compreso il rinnovo eventuale per ulteriori 5 anni, verrebbe richiesto un fatturato globale non inferiore a 40.000.000 euro ed un fatturato da commercializzazione di spazi pubblicitari non inferiore ad euro 20.000.000 euro conseguito nel triennio antecedente.

Ai fini della dedotta incongruenza la ricorrente mette in evidenza, da un lato, la persistente crisi del settore delle affissioni pubblicitarie anche in conseguenza della mancata adozione da parte del comune del nuovo Piano Regolatore degli impianti pubblicitari e, dall'altro, la novità del servizio del *Bike Sharing* in Italia ove sarebbe diffuso nelle sole città di Milano, Torino e Roma.

2.1 - Quanto al primo profilo si osserva che, da un lato, la ricorrente non ha fornito elementi comprovanti le proprie affermazioni senza nemmeno trarne le esatte e puntuali conseguenze sul piano del fatturato e, dall'altro, che, per le ragioni che saranno esposte di seguito, la mancata adozione del piano in questione non può costituire un legittimo impedimento al rilascio da parte dell'amministrazione comunale delle autorizzazioni all'installazione degli impianti pubblicitari di cui trattasi.

Quanto al secondo profilo, si rileva invece che la dedotta circostanza non corrisponde esattamente alla realtà dei fatti, atteso che risulta che il fenomeno abbia oramai interessato oltre 130 città in Italia, con una prevalenza nei Comuni del Nord e del Centro rispetto al Sud; non solo, pertanto, Roma, Milano e Torino ma anche Brescia, Ravenna, La Spezia, Bergamo, Trento, Modena e Cuneo; peraltro, la predetta ultima circostanza appare, comunque, non rilevante sia con riferimento al requisito di cui alla lett. a 1) in quanto interessante il fatturato globale dell'impresa (ossia senza alcuna indicazione relativamente all'attività specifica cui il fatturato è collegato), sia con riferimento al requisito di cui alla lett. a 2), essendo incentrato esclusivamente sul fatturato derivante dalla commercializzazione degli spazi pubblicitari, che costituisce un mercato che, sebbene connesso da tempo, soprattutto all'estero, al servizio di *Bike Sharing*, con funzione di integrazione del corrispettivo al fine di assicurarne la remuneratività per l'operatore economico, comunque ha, indubbiamente, una valenza assolutamente autonoma dallo stesso.

Peraltro, avuto riguardo alla base di asta - considerata la previsione del rinnovo del contratto per un nuovo quinquennio, che trova il proprio limite esclusivamente nel disposto di cui al comma 3 dell'articolo 4 del capitolato speciale, nel caso di mancata corretta esecuzione del servizio da parte dell'affidatario nel quinquennio iniziale - pari ad euro 21.400.000 ed all'ammantare del fatturato richiesto con le lett. a 1) e a 2) del punto III. 2.2, si ritiene che non sussista affatto la dedotta illogicità ed incongruenza.

Per giurisprudenza che può oramai dirsi consolidata al riguardo, peraltro, appartiene alla discrezionalità della stazione appaltante fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara, anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge essendo coesistente il potere-dovere di apprestare (attraverso la specifica individuazione dei requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara) gli strumenti e le misure più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; l'unico limite a detta insindacabilità della scelta, si rinviene allorché la stessa sia manifestamente irragionevole, irrazionale, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza, alla stregua di una valutazione da effettuare non in astratto, ma in correlazione al valore dell'appalto.

In particolare, tanto l'A.V.C.P. con la deliberazione n. 20/2007 quanto il giudice amministrativo ritengono non incongrua né limitativa dell'accesso alla gara la richiesta di un fatturato, nel triennio pregresso, sino al doppio dell'importo posto a base della stessa (T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, sez. I, 11 aprile 2008, n. 1424 e T.A.R. Molise, sez. I, 2 aprile 2008, n. 107).

2.2- Con il secondo profilo di censura la società ricorrente ha dedotto l'illegittimità dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa di cui al punto III 2.3., lett. a 1) e a 2), indicati nel bando di gara, nella parte in cui si richiede la sottoscrizione nel triennio antecedente di almeno un contratto con identico oggetto con un numero minimo di 40 stazioni [lett. a 1)], atteso che, in tal modo, la maggior parte degli operatori del mercato della gestione degli impianti pubblicitari si vedrebbe preclusa la possibilità di partecipazione alla gara ed atteso che la prescrizione di cui alla lett. a 2) richiederebbe, in sostanza, che nel triennio antecedente l'affidatario avesse alle proprie dipendenze almeno n. 83 dipendenti, calcolando per ciascuno un costo annuale di 30.000.000 euro.

Quanto al primo requisito valgono le considerazioni che seguono.

L'articolo 42, del D. Lgs. n. 163 del 2006, rubricato "*Capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi*", dispone, al comma 1, lett. a), che "*1. Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi:*

a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e visti

dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente; ...”.

In applicazione della norma richiamata la scelta al riguardo costituisce espressione della discrezionalità di cui l'amministrazione gode nell'indicare i requisiti di capacità tecnica professionale delle ditte partecipanti alla procedura di gara, purché ciò avvenga entro i limiti della logicità e della proporzionalità e sempre che questi non rappresentino un evidente limitazione alla partecipazione alla gara.

In sostanza le determinazioni in materia di requisiti soggettivi di partecipazione alle gare non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del principio di proporzionalità, il quale esige che ogni requisito individuato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti; il concreto esercizio del potere discrezionale deve, dunque, essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal pubblico incanto e deve rispettare i principi del codice dei contratti. Nella scelta dei requisiti di partecipazione, quindi, il ricordato principio di non discriminazione impone che la stazione appaltante debba ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica. In definitiva, l'intero impianto dell'avviso non deve costituire una violazione sostanziale dei principi di libera concorrenza, "par condicio", non discriminazione e trasparenza di cui all'articolo 2, comma 1, del D.lg. n. 163 del 2006 (T.A.R. Lazio- Roma, sez. II, 7 ottobre 2010, n. 32717).

L'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti soggettivi di partecipazione alle gare pubbliche, con particolare riguardo proprio alla capacità tecnica, deve essere, tuttavia, valutata con riguardo non solo al mero importo economico della base di asta di cui al bando ma anche, e soprattutto, all'oggetto concreto dell'appalto in gara con riferimento in particolare alle sue specifiche peculiarità; e la capacità tecnico-organizzativa afferente ai servizi in pregresso prestati, di cui alla richiamata lettera a) del comma 1 dell'articolo 42 del D. Lgs. n. 163 del 2006, non solo analoghi ma anche specificatamente identici, garantisce effettivamente all'amministrazione l'affidabilità contrattuale del proprio interlocutore con riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento.

Nel caso di specie la capacità tecnica è stata agganciata all'espletamento della medesima tipologia di servizio (gestione e sviluppo del servizio di Bike Sharing, comprensivi della fornitura del sistema e della manutenzione e gestione dello stesso) con la specificazione della consistenza del relativo oggetto contrattuale che è stato in concreto agganciato alla dimensione dell'oggetto della procedura in questione; a fronte di n. 80 stazioni da gestire, e in parte preponderante da rinnovare e realizzare *ex novo*, è stata richiesta la comprovata stipulazione di un contratto relativo alla realizzazione e gestione di n. 40 stazioni.

Il requisito soggettivo indicato non appare, pertanto, illogico e censurabile, né sotto il profilo del medesimo oggetto né sotto quello della sua consistenza numerica.

Per quanto attiene ai riflessi sulla concorrenza, non può se non richiamarsi, in via preliminare, quanto in precedenza rilevato in ordine alle caratteristiche ed all'espansione del fenomeno in questione.

In Italia il suddetto fenomeno appare in rapida diffusione in quanto, allo stato, risultano oltre 130 le città interessate dal fenomeno; tuttavia - come emerge dalla documentazione depositata in altro ricorso proposto avverso il medesimo bando e, in particolare, dalla tabella relativa al servizio di *Bike Sharing* nelle principali città europee redatta in seno al Expert Workshop del 2010 nell'ambito del programma Energia Intelligente-Europa promosso dall'E.A.C.I. per conto della Commissione europea - non risulta elevato il numero di città italiane in cui il fenomeno ha assunto le dimensioni operative richieste dal bando impugnato (allo stato, sembra solo Milano e Torino), mentre, invece, in Europa, il numero delle realtà operative è decisamente più consistente (tra le molte si ricordano Barcellona-Saragozza- Parigi-Montpellier- Londra- Stoccolma e Vienna).

Ed è vero che, comunque, non tutte le indicate città europee abbiano acceduto al modello operativo cd. "Servizio *Bike Sharing* contro impianti pubblicitari", essendo prospettabili al riguardo ed effettivamente operanti diversi modelli; è, altresì, vero che, nell'ambito del predetto modello, gli operatori sul mercato dei sistemi di *Bike Sharing* per progetti di rilevanti dimensioni siano in numero estremamente limitato (in sostanza prevalentemente, per quanto consta, la francese JC Decaux, la statunitense Clear Channel e la spagnola CEMUSA).

Tuttavia, da un lato, è espressamente prevista nel bando la possibilità di partecipare alla gara con il raggruppamento di imprese - sebbene sia puntualmente specificato, alla sezione VI, punto VI.3) Informazioni generali, lett. b), che il requisito in questione non sia frazionabile e che debba essere posseduto per intero da parte della mandataria - e, dall'altro, non è preclusa la possibilità di ricorrere ai fini del possesso del requisito in questione all'istituto dell'avvalimento di cui all'articolo 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Sul punto è sufficiente il rilievo che, come la giurisprudenza da ultimo ha avuto modo di evidenziare, anche per le concessioni di servizi deve ritenersi ammessa la facoltà dei concorrenti di riunirsi in associazione per soddisfare i requisiti di partecipazione ovvero di avvalersi di altri soggetti per conseguire lo stesso effetto, dovendosi considerare illegittima per violazione del diritto comunitario una limitazione della facoltà di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento e di partecipare alla gara in raggruppamento nell'ambito di una procedura per l'affidamento di una concessione di servizi (T.A.R. Molise-Campobasso, Sez. I, 23 dicembre 2011, n. 990).

Nessun rilievo assume invece la non frazionabilità del requisito: l'avvalimento consente infatti che un concorrente possa far affidamento per intero su un requisito posseduto da un altro concorrente.

Nemmeno può ritenersi che costituisca un limite all'operatività dell'istituto in questione la sua mancata specifica previsione in sede di bando di gara; ed infatti la giurisprudenza ha avuto modo di affermare e ribadire che non sussiste alcun limite per l'avvalimento, potendo le imprese sempre ricorrere al "prestito dei requisiti", anche se il bando di gara non lo prevede espressamente (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 aprile 2009, n. 2401) e, come in precedenza evidenziato, sarebbe invece illegittima una eventuale clausola limitativa al riguardo nel bando anche in caso di affidamento di una concessione di servizi pubblici.

Ed infatti l'avvalimento è un istituto di carattere generale che trova applicazione ancorché non specificamente ammesso dal bando di gara, derivante dal recepimento di normativa comunitaria (art. 47, direttiva 2004/18/Ce), volta ad implementare la partecipazione alle gare pubbliche, in vista della più ampia ed effettiva concorrenzialità dei procedimenti preordinati all'apprensione dall'esterno di utilità da parte dell'Amministrazione, corrispondente all'interesse pubblico alla scelta del miglior contraente (T.A.R. Lazio-Roma, sez. I, 27 ottobre 2010, n. 33033).

La circostanza che, pertanto, nel caso di specie, la possibilità di farvi ricorso non sia puntualmente ribadita in sede di bando di gara non può legittimamente assumere alcuna valenza preclusiva al riguardo.

Con l'ultima memoria la ricorrente, dopo avere premesso una ricostruzione dell'istituto dell'avvalimento, sostiene che, nel caso di specie, lo stesso non potrebbe trovare concreta applicazione atteso che, nella realtà dei fatti, per quanto a sua conoscenza, soltanto una unica impresa sarebbe in possesso del requisito tecnico di cui trattasi e, pertanto, potendo partecipare in proprio, non avrebbe alcun interesse a prestare ad una terza impresa i suoi requisiti.

In primo luogo, deve richiamarsi quanto in precedenza rilevato in ordine all'estensione del fenomeno di *Bike Sharing* non solo in Italia quanto in Europa, in considerazione della circostanza che con il bando impugnato è stata indetta una procedura comunitaria; e, da quanto in precedenza esposto, sinteticamente è emerso come il fenomeno in Europa abbia assunto dimensioni notevoli sia con riguardo alla diffusione sul territorio che con riguardo alla dimensione del servizio, con l'acquisizione da parte dei relativi operatori di una esperienza specifica in materia non indifferente; In secondo luogo, si osserva come l'affermazione secondo cui esisterebbe un unico operatore qualificato sulla base del requisito di cui al punto III 2.3. lett. a1) del bando di gara costituisce una mera petizione di principio non suffragata da specifici elementi probatori al riguardo ed anzi, alla luce di quanto consta, risultano almeno tre gli operatori europei qualificati per il servizio in questione.

Quanto, invece, al secondo requisito di cui alla lett. a 2) non è dato ravvisare l'illogicità dedotta che viene, peraltro, affermata senza essere nemmeno adeguatamente argomentata nei suoi estremi; non viene, ad esempio effettuata una valutazione comparativa tra il fatturato e la spesa per il personale per un operatore del settore.

2.3- Con un ulteriore motivo di censura è dedotto che si sarebbe venuta a creare una illegittima commistione di requisiti soggettivi di ammissione e criteri oggettivi di valutazione delle offerte in violazione del disposto dell'articolo 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Anche al riguardo si osserva che la censura costituisce una mera petizione di principio non argomentata nei suoi estremi; nel caso di specie risulta che siano stati richiesti requisiti soggettivi di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativi non illogici per le considerazioni che precedono, in quanto finalizzati a valutare la serietà dell'impresa con la quale l'amministrazione va a contrattare e non è rilevato se ed in quale modo e sotto quali profili esattamente sia venuta a determinare nel concreto la dedotta commistione.

Peraltro i requisiti in questione presentano una diversa commistione, laddove per la capacità economica il punto III 2.2. lett. a2) fa riferimento al fatturato minimo di euro 20.000.000 per la commercializzazione degli spazi pubblicitari mentre, per la capacità tecnico-organizzativa il successivo punto III 2.3. lett. a 1) fa riferimento ad alla stipulazione di almeno un contratto di *Bike Sharing* avente ad oggetto almeno 40 stazioni; tuttavia la detta commistione, che interessa i

soli requisiti di partecipazione, è agevolmente spiegabile avuto riguardo al duplice oggetto dell'appalto di cui trattasi, nel quale l'uno, quello relativo allo sfruttamento degli impianti pubblicitari è funzionale all'altro, ossia quello del servizio di *Bike Sharing*.

2.4- Con un ulteriore motivo di censura è stato dedotto che le condizioni contrattuali imposte non consentirebbero all'operatore del settore di effettuare un calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della formulazione della domanda di partecipazione alla gara e che, comunque, vi sarebbe un grave squilibrio economico a favore dell'amministrazione comunale tenuto conto del fatto che l'importo degli introiti derivanti dallo sfruttamento degli impianti pubblicitari sarebbe del tutto aleatorio e che non potrebbero essere rilasciati i relativi titoli autorizzatori ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 36, comma 8, del D. Lgs. n. 507 del 1993, fino all'approvazione del Piano regolatore degli impianti pubblicitari.

Quanto al primo profilo, si premette che, Roma Servizi nelle sue difese ha rilevato come la notoria estensione e complessità del territorio di Roma Capitale ha reso impossibile per l'amministrazione la redazione di un elenco dettagliato di specifici spazi pubblici da affidare all'affidatario ai fini dell'installazione degli impianti pubblicitari, essendosi, invece, ritenuto che andasse a vantaggio dell'operatore la possibilità di potere concordare con l'amministrazione la localizzazione esatta degli impianti ai fini dell'ottimizzazione per lo stesso dello sfruttamento economico degli impianti.

Peraltro negli atti di gara sono specificate alcune delle caratteristiche degli impianti in questione - i quali devono rispondere ai requisiti di cui al richiamato comma 1 *bis* dell'articolo 6 della deliberazione C.C. n. 37 del 2009, ossia deve trattarsi di manufatti di arredo urbano funzionali al servizio di mobilità alternativa, devono essere localizzati nell'ambito della Città Storica e devono avere le dimensioni indicate di mt. 120x180, per una superficie complessiva espositiva di mq. 1.500, con applicazione delle deroghe di cui al comma 5 dell'articolo 4 della deliberazione C.C. n. 37 del 2009 - nonché le modalità di rilascio delle relative autorizzazioni, che verrà effettuato, come specificato in sede di risposta ai quesiti degli operatori interessati alla partecipazione del 23.12.2011, con una unica contestuale determinazione dirigenziale.

Per quanto attiene alle caratteristiche degli impianti, in particolare, il punto di partenza è proprio la richiamata disposizione di cui all'articolo 6, comma 1 *bis*, della deliberazione C.C. n. 37 del 2009, avente ad oggetto il "*Regolamento comunale recante le norme in materia di esposizione della pubblicità e di pubbliche affissioni*", la quale prevede che "*...in deroga ai limiti di cui al presente articolo è autorizzata l'esposizione pubblicitaria su manufatti costituenti elementi di arredo urbano, funzionali a servizi di mobilità alternativa, collocati nell'ambito della città storica, come definitiva in sede di pianificazione del territorio. L'autorizzazione ha durata di cinque anni, rinnovabile una sola volta per altri cinque anni, e può costituire anche il corrispettivo di servizi inerenti il decoro urbano o la mobilità alternativa ...*"; il comma 1 prevede, appunto, che "*la superficie espositiva complessiva massima dei mezzi pubblicitari, ad eccezione ..., è determinata dall'applicazione dei criteri stabiliti dall'art. 20 per la redazione del Piano ...*".

La deroga di cui trattasi, non impugnata in questa sede, è quindi specificatamente limitata nel suo ambito applicativo ai "*manufatti costituenti elementi di arredo urbano, funzionali a servizi di mobilità alternativa*"; si tratta, pertanto, di fornire la esatta interpretazione dell'espressione in questione, sulla quale, peraltro, si è diffusamente soffermata la deliberazione del Consiglio Comunale n. 284 del 3.8.2011.

L'amministrazione nella richiamata deliberazione ha avuto modo di specificare che "*con il termine "funzionali" si intendono anche quegli impianti pubblicitari collocati disgiuntamente dalle postazioni, il cui posizionamento è di fatto funzionale al servizio di Bike Sharing in quanto garantisce il raggiungimento di una superficie pubblicitaria totale ritenuta congrua come corrispettivo per l'erogazione del servizio. Per tale ragione, gli impianti pubblicitari localizzati disgiuntamente dalle postazioni recheranno uno spazio dedicato al riconoscimento dell'impianto come facente parte del servizio di Bike Sharing; tale soglia è stabilita in complessivi mq. 1.500 che l'Agenzia Roma Servizi per la mobilità s.r.l. potrà gestire in convenzione per la stessa durata dell'affidamento del servizio di Bike Sharing ...*".

Sul punto la memoria di Roma Servizi riporta che "*ci dovrà essere perfetta rispondenza tra le postazioni di Bike Sharing e la cartellonistica*" e ribadisce che deve trattarsi, comunque, indipendentemente dalla collocazione fisica, di "*manufatti costituenti arredo urbano*".

Tuttavia il bando è chiaro nel senso che "*il corrispettivo del contratto è costituito ... anche dalla concessione dello sfruttamento commerciale degli impianti pubblicitari, sia coincidenti con le postazioni del Bike-Sharing, che di nuovi impianti che l'aggiudicatario potrà individuare nel territorio comunale nel rispetto dei vincoli fissati dalla D.C.C. n. 37/2009 ...*".

Deve, pertanto ritenersi che il punto di partenza sia la definizione del manufatto di arredo urbano di cui al comma 1 *bis* dell'articolo 6.

L'arredo urbano risponde all'esigenza, da tempo sentita, di offrire alla cittadinanza attrezzature utili che aiutino a vivere in modo ottimale la città.

L'arredo urbano annovera, pertanto, tutti quegli impianti che hanno una funzione di servizio, quindi danno informazioni o permettono al fruitore dell'impianto di sedersi, ripararsi, ricevere informazioni o semplicemente di percepire in modo più gradevole la città; si tratta, dunque, di oggetti che sono funzionali alla fruizione di un servizio o di una funzione peculiare.

La panchina è l'esempio più significativo di arredo urbano ma ci sono da annoverare nella categoria anche i lampioni, gli orologi e le pensiline, che sono esempi molto visibili, nonché oggetti invisibili, come gli scansaruote, i mascheroni erogatori d'acqua, le fontane e le cassette postali.

Comunque l'arredo urbano, oggi, rappresenta la forma pubblicitaria in *outdoor* maggiormente pianificata, sia perché aumenta la frequenza del messaggio pubblicitario, ma soprattutto perché offre allo stesso la possibilità di accedere a zone della città che con altri veicoli sarebbe impossibile raggiungere.

Solo a titolo esemplificativo la pensilina ha una sua caratteristica peculiare in quanto i formati pubblicitari utilizzabili al suo interno sono vari, ed i più comuni sono il 100X140, 140X200 e 120X180; gli orologi, che sono presenti in molte località, e che si presentano diversi per colore, forma e grandezza, supportano il formato prevalentemente del 100X140; la cabina telefonica, ove ancora presente, permette lo sfruttamento del formato prevalente del 100X140; le fioriere, infine, caratteristico esempio di arredo urbano utile per abbellire la città, normalmente supportano il formato 100X140.

Il manufatto di arredo urbano è non qualificato, nel caso di specie, nelle sue esatte caratteristiche ma ne viene invece indicata la localizzazione, od almeno l'ambito territoriale nel quale possano essere installati.

Ed infatti l'articolo 6, comma 1 *bis*, in precedenza richiamato, e sulla base del quale si è proceduto con il bando, limita la deroga ai limiti per il rilascio dell'autorizzazione dei nuovi impianti all'installazione "*su manufatti costituenti elementi di arredo urbano, funzionali a servizi di mobilità alternativa, collocati nell'ambito della città storica, come definitiva in sede di pianificazione del territorio.*".

Costituisce, pertanto, elemento determinante per l'operatività della deroga anche la localizzazione degli impianti che non è limitata al solo municipio I-Centro storico; e, infatti, con l'approvazione del nuovo strumento urbanistico, si è assistito al passaggio dal Centro Storico alla Città Storica, la quale si estende, secondo la perimetrazione del Nuovo P.R.G., ben oltre il solo centro storico strettamente inteso.

Per quanto attiene al concetto della funzionalità deve ritenersi che il bando di gara ed il capitolato speciale rimandino al riguardo alla deliberazione n. 284/2011, atteso l'esplicito rinvio ai fini della definizione delle controprestazioni di cui al punto n. 1 del capitolato, ultimo periodo.

Nella predetta deliberazione, invero, come in precedenza riportato, viene fornita una definizione della funzionalità che consente di ricomprendere tra gli impianti pubblicitari concedibili anche impianti non coincidenti e quindi anche disgiunti dalle postazioni di *Bike Sharing*.

E' ritenuto, infatti, che la funzionalità è da ravvisarsi non nel mero dato fattuale della localizzazione dell'impianto quanto nella sua necessità di assicurare l'equilibrio economico contrattuale attraverso l'indicazione del servizio nell'impianto stesso.

Non si ritiene che, tuttavia, le prescrizioni del bando di gara violino il disposto di cui al richiamato articolo 6, comma 1 *bis*, nella parte in cui, pur disgiunti, i predetti impianti possano essere considerati effettivamente funzionali al servizio di *Bike Sharing*.

Ai predetti fini, tuttavia, non può ritenersi che assuma valenza decisiva l'aspetto economico; in altre parole non si ritiene che possa qualificarsi in termini di funzionalità un impianto pubblicitario per il solo fatto che il suo sfruttamento economico assicura all'operatore del servizio di *Bike Sharing* la copertura dei costi ed il guadagno da attività d'impresa.

Assume, invece, valenza decisiva la funzione che, in concreto, i predetti impianti possono svolgere in favore del servizio di cui trattasi in termini strettamente operativi; qualora, pertanto, gli impianti costituiscano il mezzo attraverso il quale sia possibile pubblicizzare l'esistenza del servizio al fine di attirare una maggiore utenza ed incrementare il giro di affari e dare indicazioni operative in ordine alle modalità di gestione dello stesso e di accostamento allo stesso da parte dell'utenza, allora, non appaiono sussistere dubbi in ordine alla ricorrenza del requisito in questione.

E, nel caso di specie, nella richiamata deliberazione, l'amministrazione si è premurata di specificare che le postazioni pubblicitarie *“recheranno uno spazio dedicato al riconoscimento dell'impianto come facente parte del servizio di bike sharing”*; è vero che non viene ulteriormente specificato in cosa esattamente debba consistere il contenuto del predetto spazio né viene indicata la misura dello stesso in relazione all'intera superficie dell'impianto, ma tuttavia, non può negarsi che, in qualunque modo, almeno viene assicurata la funzione minima di dare pubblicità ad un servizio sostanzialmente nuovo nelle sue prospettate dimensioni nella città di Roma dopo un periodo di incertezze notevoli in ordine al suo effettivo svolgimento a seguito delle disposte proroghe del servizio sperimentale a favore della società Cemusa.

Tanto premesso dal punto di vista degli impianti pubblicitari, si ritiene che possa fondatamente sostenersi che l'oggetto del contratto sia indeterminato, e tale da ingenerare dubbi in ordine alle caratteristiche degli impianti di cui trattasi, attesa la mancata esatta localizzazione degli impianti da effettuarsi, comunque, in un ambito territoriale abbastanza esteso, attesa la perimetrazione della Città Storica nel Nuovo P.R.G. del 2008 e considerato che la diversa localizzazione di un impianto ha indubbiamente riflessi essenziali relativamente all'entità dello sfruttamento economico che può farsene plausibilmente derivare.

In sostanza l'amministrazione non ha ottemperato all'onere di procedere all'esatta individuazione delle postazioni di installazione degli impianti pubblicitari di cui trattasi all'interno, comunque, del perimetro urbanistico della Città Storica, atteso che, soltanto procedendo in detta direzione, avrebbe consentito all'operatore economico di avere piena contezza degli effettivi probabili introiti conseguenti al detto sfruttamento economico.

Per quanto attiene, poi, all'aspetto economico specificatamente in contestazione in questa sede, deve rilevarsi che il capitolato speciale, al punto n. 1 *“Premesse”*, rinvia al contenuto sul punto della più volte richiamata deliberazione della Giunta Comunale n. 284 del 3.8.2011.

E nella suddetta deliberazione viene indicato quale è stato il percorso seguito da parte dell'amministrazione al fine di individuare i termini contrattuali delle prestazioni in oggetto.

In particolare viene evidenziato, alla pag. 5, che si è partiti dallo studio del progetto sperimentale di Roma Servizi e dall'analisi del mercato di analoghi sistemi in Italia ai fini della quantificazione delle controprestazioni ritenute necessarie al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario del servizio in questione.

Quanto al secondo profilo, valgono le considerazioni che seguono.

Al riguardo deve guardarsi alla disciplina di cui al combinato disposto degli articoli 3 e 38 del D. Lgs. n. 507 del 1993.

Il predetto decreto, avente ad oggetto la *“Revisione ed armonizzazione dell'imposta comunale sulla pubblicità e del diritto sulle pubbliche affissioni, della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche dei comuni e delle province ...”*, all'articolo 3, rubricato *“Regolamento e tariffe.”*, dispone che *“1. Il comune è tenuto ad adottare apposito regolamento per l'applicazione dell'imposta sulla pubblicità e per l'effettuazione del servizio delle pubbliche affissioni.*

2. Con il regolamento il comune disciplina le modalità di effettuazione della pubblicità e può stabilire limitazioni e divieti per particolari forme pubblicitarie in relazione ad esigenze di pubblico interesse.

3. Il regolamento deve in ogni caso determinare la tipologia e la quantità degli impianti pubblicitari, le modalità per ottenere il provvedimento per l'installazione, nonché i criteri per la realizzazione del piano generale degli impianti. Deve altresì stabilire la ripartizione della superficie degli impianti pubblici da destinare alle affissioni di natura istituzionale, sociale o comunque prive di rilevanza economica e quella da destinare alle affissioni di natura commerciale, nonché la superficie degli impianti da attribuire a soggetti privati, per l'effettuazione di affissioni dirette. ...”, mentre il successivo articolo 36, rubricato *“Norme transitorie.”*, al comma 8 dispone che *“8. Il comune non dà corso alle istanze per l'installazione di impianti pubblicitari, ove i relativi provvedimenti non siano già stati adottati alla data di entrata in vigore del presente decreto, né può autorizzare l'installazione di nuovi impianti fino all'approvazione del regolamento comunale e del piano generale previsti dall'art. 3.”*

Va subito premesso che, alla stregua della disciplina appena richiamata, l'installazione di impianti pubblicitari è soggetta ad un provvedimento autorizzatorio da parte del Comune ai sensi del combinato disposto degli articoli 3, comma 3, del D.lg. n. 507 del 1993 e 23, comma 4, del D.lgs n. 285 del 1992, e che ogni comune è tenuto ad adottare non solo il regolamento per l'applicazione dell'imposta con il contenuto specifico ivi determinato, ma anche il piano generale fino all'adozione dei quali, ai sensi del comma 8 richiamato, l'amministrazione comunale non può autorizzare l'installazione di nuovi impianti pubblicitari.

Tuttavia, poiché l'attività economica dei privati non può essere impedita a causa di ingiustificate inerzie del comune, da un lato, deve ritenersi che vada tutelato l'interesse della ricorrente e vada dichiarato l'obbligo dell'Amministrazione di dotarsi degli strumenti di cui al citato articolo 3 (T.A.R. Sicilia-Catania, sez. II, 3 marzo 2009, n. 461), e, dall'altro lato, il comma 8 deve essere messo in relazione, ai fini della sua compatibilità costituzionale, con l'articolo 41 della Costituzione e con l'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 che impone all'amministrazione l'onere di determinare, per ciascun tipo di procedimento, il termine per la relativa conclusione, stabilendo in via suppletiva il termine di trenta giorni oltre i quali l'amministrazione medesima diviene inadempiente.

Deve di conseguenza ritenersi che il regolamento comunale adottato ai sensi dell'articolo 3 che inibisce *sine die* le installazioni pubblicitarie comporti violazione dei principi costituzionali di iniziativa economica anche di derivazione comunitaria (Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3265 e T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 11 dicembre 2007, n. 12951) e che il termine di trenta giorni, oltre il quale l'amministrazione diviene inadempiente, sia applicabile anche al procedimento concernente l'adozione, da parte del comune, del piano generale degli impianti pubblicitari, necessario presupposto del rilascio delle singole autorizzazioni. Sotto tale profilo, il diritto di iniziativa economica risulta adeguatamente protetto e sottoposto ad un limite non irragionevole, preordinato com'è alla salvaguardia di una pluralità di beni di rilievo costituzionale, quali l'ambiente, l'arte, il paesaggio, la sicurezza della viabilità (Corte costituzionale, 17 luglio 2002, n. 355).

E' da rilevare inoltre che l'amministrazione ha richiamato in tutti gli atti della presente procedura di gara la deliberazione C.C. n. 37 del 2009 proprio al fine di ribadire l'applicazione della deroga di cui al richiamato articolo 6, comma 1 *bis*, nonché di estendere le deroghe alle distanze minime nel centro abitato di cui al comma 5 dell'articolo 4; e, in sede di risposta ai quesiti, in data 23.12.2011, ha puntualizzato come si sarebbe proceduto al rilascio delle autorizzazioni di competenza comunale necessarie ai fini dell'installazione dei nuovi impianti pubblicitari con una unica, complessiva e contestuale determinazione dirigenziale.

In sostanza l'amministrazione si è premurata di assicurare all'affidatario il rilascio dei titoli autorizzatori necessari, prevedendo, altresì, che l'installazione degli impianti pubblicitari avvenga in misura proporzionale all'installazione ed esercizio delle stazioni di *Bike Sharing*, come disposto ai sensi dell'articolo 7 del capitolato speciale, ultimo periodo.

2.5 - Altrettanto infondato è l'ulteriore motivo di censura con il quale è stata contestata la legittimità del comma 2 dell'articolo 4 del Capitolato speciale in quanto attribuirebbe all'amministrazione comunale un potere potestativo al riguardo e non consentirebbe all'operatore di procedere al calcolo dell'ammortamento dei costi ai fini degli investimenti da effettuarsi.

L'articolo 4, rubricato "*Durata dell'Affidamento*", dispone al comma 1 che "*La durata dell'affidamento è di cinque anni naturali e consecutivi, a decorrere dalla data di sottoscrizione del contratto, rinnovabile una sola volta per cinque anni, con eventuale rinegoziazione delle condizioni contrattuali sempre in funzione dell'equilibrio contrattuale.*" e il successivo comma dispone che "*Il contratto non sarà rinnovato nel caso in cui l'Aggiudicatario non abbia effettuato correttamente il servizio nei primi cinque anni di esercizio avendo riscontrato che anche uno solo degli indici descritti nell'allegato III abbia raggiunto un valore inferiore a quanto offerto in sede di gara per più di tre mesi (complessivi anche non consecutivi) nell'arco dei cinque anni di esercizio.*"; l'allegato III richiamato ha proprio ad oggetto le "*Modalità di rilevazione della qualità erogata e indici di valutazione*".

I suddetti indici sono pertanto stati esattamente individuati e sono nella piena conoscenza dell'affidatario sin dalla fase dell'indizione della gara; peraltro gli stessi sono, altresì, richiamati al punto n. 8.2 del capitolato speciale "*Indici prestazionali di servizio*", nel quale gli stessi sono sinteticamente riportati; i detti indici sono la disponibilità media giornaliera dei mezzi, della stazione, degli stalli per singola stazione nonché delle stazioni funzionanti.

Ed è con rispetto ai suddetti indici che l'operatore deve presentare i valori che poi, in fase di esecuzione, è tenuto a rispettare durante tutta la durata dell'affidamento.

Pertanto, dalla lettura della disposizione invocata, è evidente che l'aleatorietà del rinnovo è legata solo ed esclusivamente alla mancata corretta esecuzione del servizio da parte dell'affidatario ed allora la detta circostanza non può riverberarsi sulla legittimità della clausola stessa, non aparendo la stessa assolutamente illogica.

Peraltro il valore della concessione è proprio di euro 21.400.000 in quanto nel predetto importo è stato considerato, altresì, anche l'importo di euro 9.500.000 a titolo di costo per la gestione delle 80 postazioni durante il quinquennio di rinnovo; il che conferma come l'amministrazione si sia autolimitata in ordine alla facoltà di non consentire il rinnovo dell'affidamento, circoscrivendo l'eventualità di un diniego alla sola ipotesi in cui sussistano i presupposti di cui al comma 2 richiamato, incentrati esclusivamente nella non corretta esecuzione del servizio in questione nel primo quinquennio.

2.6 - Con un ulteriore motivo la ricorrente ha dedotto che i costi che rimangono a carico dell'affidatario secondo le indicazioni di cui all'articolo 6 del capitolato speciale, quali i costi per l'ottenimento delle autorizzazioni, i costi di installazione e i costi per l'allacciamento alla rete elettrica, sarebbero eccessivi e sproporzionati e soprattutto del tutto incerti ed aleatori; tanto è vero che la stessa Roma Servizi, all'articolo 5 del capitolato, premette che la stima dei costi da sostenere al riguardo deve ritenersi puramente indicativa.

Per quanto attiene al primo profilo, si ritiene che si tratti di una mera petizione di principio non essendo stati forniti elementi che consentano di valutare perché i predetti costi, che comunque sono qualificati del tutto incerti ed aleatori, sarebbero però contestualmente comunque eccessivi.

Per quanto attiene, invece, il secondo profilo, il richiamato articolo 5 del capitolato speciale si limita a ribadire che la stima dei predetti costi deve essere considerata dagli operatori interessati come puramente indicativa, rimettendo, in tal modo, ai predetti operatori la verifica puntuale e definitiva in ordine all'ammontare effettiva degli stessi.

3. - Con il ricorso per motivi aggiunti è stata poi dedotta l'assenza di ogni certezza in ordine all'effettivo rilascio delle autorizzazioni dei nuovi impianti pubblicitari nelle more dell'adozione del piani degli impianti pubblicitari nonché in ordine alla loro effettiva collocazione sul territorio, alla fine rimessa alla valutazione dell'amministrazione non essendovi alcuna garanzia di approvazione da parte della stessa di tutte le postazioni indicate al riguardo da parte dell'interessato, il che renderebbe impossibile la formulazione di un'offerta seria, credibile e ponderata dal punto di vista tecnico ed economico.

Al riguardo, per quanto concerne la possibilità del rilascio immediato dei titoli autorizzatori concernenti gli impianti pubblicitari in questione, non può se non richiamarsi quanto in precedenza dedotto in merito; per quanto concerne, poi, l'impossibilità della formulazione da parte degli interessati di un'offerta seria, credibile e ponderata dal punto di vista tecnico ed economico, deve, allo stesso modo, richiamarsi quanto dedotto al punto 2.4 che precede.

4. - Conclusivamente il ricorso deve essere accolto, siccome fondato nel merito, limitatamente al predetto punto 2.4, nella sola parte ivi indicata, e, per l'effetto, gli atti impugnati vanno annullati nella parte in cui non contemplano la previa individuazione da parte dell'amministrazione comunale della esatta localizzazione sul territorio della Città Storica degli impianti di cui trattasi.

Attesa la complessità e la novità delle questioni affrontate, tuttavia, si ritiene di dovere compensare tra le parti costituite le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda *Ter*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei limiti e nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Germana Panzironi, Consigliere

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/06/2012

IL SEGRETARIO

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