

Publicato il 05/02/2019

N. 00023/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00279/2017 REG.RIC.

N. 00280/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa

Sezione Autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 279 del 2017, proposto da:
Consorzio dei Concessionari di Linea della Provincia Autonoma di Bolzano
- Libus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale
mandante del costituendo RTI con SAD Trasporto Locale S.p.A.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Bertacchi ed Esther Pomella, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Carlo Bertacchi in Bolzano, via
della Mostra;

contro

- Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente della Giunta
provinciale *pro tempore*
- Acp - Agenzia per i Procedimenti e La Vigilanza in materia di Contratti
Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, in persona del legale rappresentante
pro tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Renate von
Guggenberg, Stephan Beikircher, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta,
domiciliate presso la sede dell'Avvocatura provinciale in Bolzano, piazza
Silvius Magnago 1;

sul ricorso numero di registro generale 280 del 2017, proposto da
- SAD Trasporto Locale S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo RTI con il Consorzio dei Concessionari di Linea della Provincia autonoma di Bolzano
- LIBUS, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Fontana con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Mezzolombardo, via C. Devigili 57;

contro

- Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del Presidente della Giunta provinciale
pro tempore
- Acp - Agenzia per i Procedimenti e La Vigilanza in Materia di Contratti Pubblici, in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Renate von Guggenberg, Stephan Beikircher, Alexandra Roilo, Patrizia Pignatta, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura provinciale in Bolzano, piazza Silvius Magnago 1;

per l'annullamento:

- quanto al ricorso n. 279 del 2017:

A) della Deliberazione della Giunta Provinciale della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige n. 1147 del 24.10.2017, pubblicata in pari data sul sito web della Provincia e non comunicata né al ricorrente, né alla mandataria SAD, avente ad oggetto *“Proposta di project financing di servizi avente a oggetto l'affidamento in concessione di un bacino omogeneo nella Provincia di Bolzano del servizio di trasporto su gomma e su sede fissa”*, con la quale è stata dichiarata *“non ammissibile”* la proposta di *project financing* (d'ora innanzi, anche solamente *“Proposta”* o *“proposta di PF”*) ai sensi dell'art. 183, co. 15, d.lgs. n. 50/2016 presentata dal costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra la

ricorrente SAD ed il Consorzio LIBUS in data 10.04.2017, integrata e completata in data 26.07.2017 e 10.08.2017, riguardante l'affidamento della concessione di tale servizio;

nonché, per quanto occorrer possa,

B) dell'avviso di preinformazione relativo all'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di linea automobilistici extraurbani di competenza della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, pubblicato nel Supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 20.01.2017, nella misura in cui possa essere considerato preclusivo alla valutazione della “Proposta”;

C) delle “Linee Guida per la presentazione di una proposta del privato relativa alla realizzazione di lavori pubblici non presenti nella programmazione triennale ex art. 153, comma 19, del d. lgs. 163/2006 e ss. mm.” (d'ora innanzi, anche solamente “Linee Guida ACP”), pubblicate sul sito istituzionale dell'ACP – Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

D) della Deliberazione della Giunta Provinciale della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige n.502 del 09.05.2017 con la quale è stata approvata la proposta del Piano provinciale della mobilità;

- quanto al ricorso introduttivo del giudizio sub RG n. 280 del 2017:

A) della Deliberazione della Giunta Provinciale della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige n. 1147 del 24.10.2017;

B) dell'avviso di preinformazione relativo all'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di linea automobilistici extraurbani di competenza della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, pubblicato nel Supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in data 20.01.2017, nella misura in cui lo stesso possa essere considerato preclusivo alla valutazione ed

all'accoglimento della proposta di *project financing* presentata dalla società ricorrente;

C) delle “*Linee Guida per la presentazione di una proposta del privato relativa alla realizzazione di lavori pubblici non presenti nella programmazione triennale ex art. 153, comma 19, del d.lgs. 163/2006 e ss. mm.*”, pubblicate sul sito istituzionale dell'ACP;

D) della Deliberazione n. 502 del 09.05.2017 della Giunta provinciale con la quale è stata approvata la proposta del Piano provinciale della mobilità;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SAD Trasporto locale S.p.A. il 21.02.2018 nell'ambito del giudizio sub RG 280/2017:

A) della deliberazione della Giunta Provinciale della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige n. 20 del 09.01.2018, pubblicata sul sito web della Provincia, con cui è stato approvato, nella sua versione definitiva, il Piano provinciale della mobilità, in attuazione di quanto previsto dall'art. 7 della Legge Provinciale n. 15/2015 sulla “*Mobilità Pubblica*”;

B) dei provvedimenti già impugnati con il ricorso principale.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e di Acp - Agenzia per i Procedimenti e La Vigilanza in Materia di Contratti Pubblici;

Visti i motivi aggiunti depositati il 21.02.2018;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 09.05.2018 il dott. Sarre Pirrone e uditi per le parti i difensori avv. S. Beikircher per la Provincia autonoma di Bolzano e ACP; avv. E. Pomella per LIBUS parte ricorrente nel ricorso *sub*

RG 279/2018 e l'avv. I. Ianes, in sostituzione dell'avv. L. Fontana, per SAD, parte ricorrente nel ricorso *sub* RG 280/2018.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Dalla documentazione versata in causa e dalle deduzioni in fatto non specificamente contestate dalle parti costituite (art. 64, c. 2 cod. proc. amm.) si ricavano i seguenti elementi di valutazione, rilevanti ai fini del decidere (*i documenti citati in prosieguo si riferiscono, salvo diversa specificazione, alla produzione effettuata dalla Provincia autonoma di Bolzano nel giudizio sub RG 280/2017*).

2. In data 16.02.2016, la SAD Trasporto Locale S.p.A. presentava alla Provincia autonoma di Bolzano una proposta di *project financing* avente ad oggetto l'affidamento della concessione per l'esercizio del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma e su sede fissa (funivia e tramvia del Renon, funivia di San Genesio, funicolare della Mendola), servizio che la stessa SAD già gestiva all'atto della presentazione della proposta su gran parte del territorio provinciale ed in virtù di pregresso affidamento in concessione.

3. In data 14.04.2016 la SAD presentava una seconda proposta di *project financing* concernente il medesimo servizio oggetto della prima offerta, comunicando, con nota 02.05.2016, il ritiro della precedente proposta.

4. Con nota indirizzata a SAD dd. 02.08.2016, la Ripartizione Mobilità della Provincia Autonoma di Bolzano, comunicava di non essere in grado di valutare – allo stato – la proposta presentata da SAD, in quanto si trovava ancora in fase di elaborazione il Piano provinciale della mobilità (PPM), definito come “*strumento principale di pianificazione strategica e programmazione integrata delle reti infrastrutturale e dei servizi di trasporto di persone, nonché di definizione*

dei relativi bacini per l'affidamento dei servizi”, per cui si valutava come “*prematurato*” il giudizio di merito sulla proposta presentata da SAD (doc. 1).

5. In data 19.10.2016 SAD presentava alla Provincia una terza proposta di *project financing*, ex art. 183, comma 15, del D.Lgs. 50/2016, per l'affidamento in concessione in via esclusiva per la durata di quindici anni del servizio di trasporto pubblico locale su gomma e su sede fissa. La proposta veniva formulata con riferimento al “*bacino omogeneo extraurbano*” costituito dal territorio della provincia di Bolzano.

6. Nell’ambito della suddetta proposta, SAD si dichiarava disponibile allo scorporo dal bacino unico provinciale delle tratte già gestite da LIBUS (il consorzio di 19 imprese concessionarie di linee extraurbane “*minori*”) che si sarebbero potute riassegnare – tramite suggerito affidamento diretto – al medesimo consorzio. La proponente si offriva poi di assumere servizi di trasporto urbano ed interurbano, già espletati da SASA S.p.A., “*previo accordo con quest’ultima in tal senso*” (doc. 2).

7. Con nota del 19.10.2016 SAD ritirava la seconda proposta di *project financing* del 15.04.2016.

8. La terza proposta veniva integrata in data 11.11.2016 mediante presentazione della prescritta fideiussione (doc. 3), per poi essere modificata con nota del 03.02.2017, di sostituzione del proponente originario (SAD) con il costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra SAD e Consorzio LIBUS (doc. 4).

9. Con deliberazione n. 140 del 07.02.2017, pubblicata in data 16.02.2017, la Giunta provinciale giudicava, “*non ammissibile e comunque non appropriata*” l’offerta di PPP presentata da SAD (doc. 5).

10. Il rigetto veniva motivato, *inter alia*, con la ritenuta incompatibilità della proposta, incentrata sullo schema dell’unico “*bacino omogeneo extraurbano*”,

rispetto alle scelte programmatiche di cui alla L.P. 23 novembre 2015, n. 15. Queste ultime avrebbero comportato la suddivisione del servizio in più ambiti territoriali omogenei con affidamento dello stesso ripartito in lotti corrispondenti agli ambiti suddetti (artt. 7, 8 e 11).

11. Un ulteriore elemento di criticità veniva poi individuato con riguardo al sistema di remunerazione del concessionario che, nel progetto proposto da SAD, si ispirava al principio del c.d. *net cost*, per cui al gestore veniva, in sostanza, garantita una remunerazione basata sui costi e ricavi tariffari presunti sulla base dei risultati degli esercizi precedenti, con rischio operativo, legato ai ricavi effettivamente prodotti, a carico del gestore medesimo.

12. SAD e LIBUS impugnavano, con separati ricorsi proposti avanti a questo TRGA, la predetta deliberazione di Giunta n. 140/2017. I due gravami, pendenti rispettivamente, sub n. 43/2017 e 54/2017 venivano cancellati dal ruolo su istanza delle parti ricorrenti, avendo le stesse provveduto, in data 10.04.2017, alla presentazione congiunta di una nuova (la quarta) proposta di *project financing* (doc. 6). Nell'istanza di cancellazione dal ruolo del 31.05.2017, depositata nel giudizio sub RG 54/2017, la proposta di cui sopra veniva espressamente definita come sostitutiva della precedente ancora in trattazione.

13. In data 26.07.2017 SAD provvedeva al deposito della prescritta garanzia fideiussoria (doc. 8), cui seguiva, in data 10.08.2017, la produzione di lettera di asseverazione del Piano economico-finanziario ad opera della società Hermes asseverazione s.r.l. (doc. 9).

14. Nel frattempo la Giunta provinciale aveva adottato, con delibera n. 502 del 09.05.2017, la proposta di Piano provinciale di mobilità (PPM) previsto dall'art. 7 della L.P. n. 15/2015 (doc. 7).

15. Con nota del 14.09.2017 la SAD presentava osservazioni al progetto, corredate da elaborati tecnici redatti dai propri consulenti. La società concessionaria contestava, in sintesi, le seguenti scelte prefigurate dalla bozza di PPM: l'imposizione del modello remunerativo *gross-cost* (rischio commerciale, legato ai proventi tariffari, a carico del committente e rischio industriale a carico del gestore); l'individuazione di quattro bacini ottimali territoriali extraurbani; l'affidamento *in house* del servizio relativo all'unico bacino di trasporto pubblico urbano.

16. Secondo la SAD l'"opzione più efficiente" per la Provincia, nonché maggiormente corrispondente ai canoni di buon andamento dell'azione amministrativa, sarebbe stata quella di procedere all'affidamento di tutti i servizi in un unico lotto. Il criterio di remunerazione più favorevole per l'amministrazione e "per il conseguimento della maggior qualità del servizio pubblico" veniva invece indicato nel modello *net-cost* (v. doc. 10).

17. Con la deliberazione n. 1147 del 24.10.2017 – la cui impugnazione costituisce oggetto del presente giudizio - la Giunta provinciale respingeva, giudicandola "non ammissibile", la proposta di PF presentata da SAD e LIBUS il 10.04.2017 (doc. 11).

18. Nella parte motiva della nominata delibera si rilevava che la possibilità di applicazione del modulo procedimentale del *project financing* alla concessione di servizi di TPL non era contemplata nè dal regolamento CE n. 1370/2007 (art. 5, c. 1), né dalle norme comunitarie in tema di concessioni (cfr. art. 10 direttiva 2014/23/UE), le quali, anzi, escludono l'applicazione delle disposizioni normative sugli appalti pubblici e sulle concessioni di servizi. Analoga esclusione sarebbe stata poi disposta esplicitamente dalle norme statali in materia di contratti pubblici (art. 18, comma 1, lett. a) e art. 183 del D.Lgs. n. 50/2016).

19. La tesi “*escludente*” veniva ulteriormente supportata nella parte finale della motivazione mediante rinvio alla delibera dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) n. 566 del 31.05.2017 (doc. 11), la quale - in relazione a fattispecie analoga alla presente e sulla base del richiamo dei citati presupposti normativi comunitari e nazionali – aveva limitato la possibilità di utilizzare il modulo procedimentale del *project financing* ai casi in cui fosse prevista, oltre all’affidamento del servizio, anche la realizzazione di opere infrastrutturali.

20. Ulteriore elemento ostativo dell’applicazione delle norme in materia di *project financing* al rapporto per cui è causa veniva desunto dal rilevato superamento della soglia massima di contribuzione pubblica, fissata al 49% dell’investimento complessivo dall’art. 165, c. 2 del codice dei contratti pubblici.

21. L’ipotesi di PF proposta dal binomio SAD-LIBUS veniva, altresì, giudicata non in linea con le previsioni normative provinciali che definiscono i bacini di mobilità come “*aree territoriali omogenee*” individuate in base a “*criteri di differenziazione territoriali e socioeconomici*”. Detta aree si assumono determinate con riferimento alla domanda di mobilità oltre che “*in coerenza al sistema di cadenzamento ed in funzione dell’interconnessione con le direttrici principali verso i centri urbani maggiori*” (art. 8 L.P. n. 15/2015).

22. L’esclusione del bacino e/o lotto unico provinciale corrisponderebbe, altresì - sempre secondo le premesse della delibera *sub judice* - ad una scelta pregiudiziale che, oltre ad essere condivisa dall’Autorità di regolazione dei trasporti per ragioni di concorrenzialità e di accesso al mercato delle PMI (delibera n. 48/2017), era stata già operata a monte, oltre che a livello normativo provinciale (L.P. n. 15/2015), anche dal legislatore statale (art. 48 del D.L. n. 50/2017, conv. con L. n. 96/2017), nonché sul piano

programmatico amministrativo in sede di approvazione del progetto di Piano provinciale della mobilità (delibera della Giunta n. 502 del 09.05.2017, doc. n. 7).

23. Il Consorzio LIBUS e la società SAD Trasporto Locale S.p.A. reagivano alla delibera n. 1147/2017, dichiarativa dell'“*inammissibilità*” della proposta di PF da loro congiuntamente presentata, mediante separati ricorsi depositati il 05.12.2017 e rubricati rispettivamente sub RG nn. 279 e 280/2017.

24. Le azioni demolitorie veicolate dai citati gravami si rivolgevano “*per quanto occorrer possa*” anche contro gli atti presupposti, individuati nell'avviso di preinformazione pubblicato sulla G.U. del 20.01.2017, nelle “*Linee Guida ACP per la presentazione di una proposta del privato relativa alla realizzazione di lavori pubblici non presenti nella programmazione triennale ex art. 153, comma 19, del D.Lgs. n. 16372006 e ss. mm.*”, nonché nella sopra menzionata proposta di Piano provinciale di mobilità, approvata con delibera giuntale n. 502 del 09.05.2017.

25. All'esperita azione di annullamento la sola ricorrente SAD associava la domanda di condanna della Provincia autonoma di Bolzano alla rinnovazione della procedura di valutazione di pubblico interesse della proposta di *project financing* presentata dalla società ricorrente.

26. I ricorsi proposti separatamente avverso la delibera n. 1147/2017 venivano riuniti con ordinanza n. 5/2018 sub RG n. 279/2017.

27. Nel frattempo, la Giunta provinciale era intervenuta anche sul versante del trasporto urbano, implementando il programmato affidamento “*in house*” della concessione del relativo servizio pubblico mediante adozione della delibera n. 1256 del 21.11.2017, con la quale la Provincia si era determinata all'acquisto di una partecipazione azionaria di controllo in SASA s.p.a. per un investimento pari ad € 499.972,00.

28. SAD impugnava anche la suddetta delibera con ricorso proposto avanti a questo TRGA ed iscritto sub RG n. 292/2017 (trattenuto in decisione all'udienza del 09.05.2018).

29. In seguito ad istanza di prelievo del 02.01.2018 il Consorzio LIBUS otteneva la reinscrizione a ruolo del ricorso rubricato sub RG 54/2017, proposto avverso la declaratoria di inammissibilità della (terza) proposta di PF presentata da SAD il 19.10.2016 (cui LIBUS aveva prestato adesione il 03.02.2017). Il ricorso è passato in decisione all'udienza del 09.05.2018.

30. In data 01.02.2018 veniva pubblicata la delibera della Giunta provinciale del 09.01.2018 n. 20, avente ad oggetto la definitiva approvazione del Piano provinciale di mobilità previsto dalla L.P. n. 15/2015.

31. Avverso la suddetta delibera insorgeva SAD S.p.A. presentando ricorso per motivi aggiunti, (depositato il 21.02.2018) nel giudizio già proposto avverso la declaratoria di inammissibilità della proposta di PF e pendente sub 280/2017. La medesima delibera di approvazione del Piano di mobilità veniva poi impugnata, sempre da SAD S.p.A., con ricorso autonomo, depositato il 07.03.2018 e rubricato sub RG 45/2018.

DIRITTO

32. Giungono ora alla fase di scrutinio collegiale i ricorsi riuniti rubricati sub RG nn. 279 e 280/2017. In sostanza, si sottopone a verifica di legittimità la declaratoria di inammissibilità con cui la Provincia autonoma di Bolzano ha ritenuto, per le motivazioni sopra riassunte, di non poter valutare la fattibilità – né, tantomeno la rispondenza al pubblico interesse - della proposta di PF formulata dalle odierne ricorrenti.

33. Prima di passare alla valutazione delle contrapposte tesi di parte, si rileva che le due coeve azioni proposte dalle società LIBUS e SAD con i ricorsi n. 279/2017 e 280/2017 (riuniti con ordinanza n. 5/2018) poggiano su motivi

di gravame in larga misura coincidenti e, pertanto, suscettibili di considerazione e trattazione congiunta.

34. L'impugnata dichiarazione di inammissibilità della proposta di **partenariato** pubblico-privato viene censurata – con una prima serie di motivi di gravame – in quanto basata sull'assunto, ritenuto erroneo, dell'incompatibilità dell'istituto del *project financing* con l'affidamento in concessione di servizi di trasporto pubblico locale (I motivo ric. LIBUS; III e VI ric. SAD).

35. Una seconda rubrica di doglianza si appunta contro la configurabilità di un vincolo normativo che imponga la necessaria ripartizione del territorio provinciale in più bacini territoriali omogenei, ovvero escluda la possibilità di mettere a gara la gestione del servizio dei TPL sulla base di un unico bacino territoriale provinciale e, conseguentemente, di un unico lotto (II motivo LIBUS e IV SAD).

36. Un terzo ordine di rilievi concerne la presunta violazione della disciplina del procedimento di valutazione di una proposta di PF, la quale – secondo la prospettazione di parte ricorrente – non ne consentirebbe il rigetto per pretesa inammissibilità, potendo sottostare unicamente a verifica della fattibilità tecnico-economica cui l'amministrazione avrebbe dovuto procedere anche in ossequio all'obbligo di portare a compimento il procedimento (III motivo LIBUS; I SAD).

37. La sola ricorrente SAD si duole, infine, della mancata comunicazione del preavviso di rigetto (II motivo).

38. La Provincia autonoma di Bolzano – costituitasi in ciascuno dei giudizi poi riuniti - resiste ai ricorsi, sollevando innanzitutto questioni preliminari di irricevibilità dell'impugnazione di alcuni atti presupposti (avviso di preinformazione, progetto di Piano provinciale della mobilità).

39. L'amministrazione resistente eccepisce, altresì, con memoria difensiva depositata il 05.04.2018, l'inammissibilità dei motivi aggiunti proposti da SAD avverso la delibera di approvazione del PPM n. 20 del 09.01.2018, in quanto meramente riproduttivi di quelli dedotti nel ricorso introduttivo.

40. Nel merito, si ribadisce la tesi dell'inutilizzabilità dello strumento del *project financing* nei casi di affidamento di servizi pubblici di trasporto che non implicino la realizzazione di opere infrastrutturali, siano connotati da elevato tasso di contribuzione pubblica e non comportino l'assunzione di significativi rischi di gestione in capo al concessionario.

41. Secondo la Provincia, la scelta di suddividere il territorio in più bacini territoriali, coincidenti con i lotti da mettere a gara, si imporrebbe in forza di criteri dettati dalla normativa provinciale (artt. 7, 8 e 11 della L.P. 15/2015) e statale (art. 4 e 51 del D.L. n. 50/2016), poi recepiti nella proposta di Piano provinciale di mobilità, anch'essa oggetto di impugnativa.

42. Non coglierebbero nel segno neanche le censure di incompetenza formulate dalle ricorrenti sulla base della presunta violazione delle Linee Guida dettate dall'ACP per la presentazione di proposte di PF. Le suddette Linee Guida, oltre ad essere, nella sostanza, state rispettate, non avrebbero comunque carattere vincolante, svolgendo, al più, una funzione promozionale, di buone prassi seguite dalle stazioni appaltanti.

43. Così delineate le opposte linee argomentative e passando alla verifica dei singoli mezzi di gravame, va preliminarmente dichiarata l'inammissibilità dell'impugnazione di atti meramente prodromici, quali l'avviso di preinformazione relativo all'affidamento mediante gara del servizio per cui è causa e la delibera giunta n. 502/2017 di approvazione della progetto di Piano provinciale di mobilità.

44. Si tratta di provvedimenti che - oltre ad essere stati impugnati con la formula dubitativa del “*per quanto occorrer possa*”- sono sprovvisti di attuale efficacia lesiva, potendo, al più, essere oggetto di futuri gravami (in parte già proposti; v. *supra* § 31), in seguito all’adozione degli atti finali esplicativi degli effetti che, all’atto della proposizione del ricorso introduttivo del presente giudizio, dovevano considerarsi puramente ipotetici ed eventuali.

45. Parimenti inammissibili si appalesano i motivi aggiunti formulati da SAD (con atto notificato via PEC in data 08.02.2018 e depositato il 21.02.2018) al fine di contestare la legittimità della sopravvenuta approvazione del Piano provinciale di mobilità.

46. La Provincia resistente contesta la fondatezza dei motivi ex art. 43 cod. proc. amm. in quanto basati su doglianze meramente riproduttive di quelle poste a supporto del ricorso introduttivo.

47. Al riguardo il Collegio rileva, in via generale, che il carattere derivato dei vizi denunciati può assumere rilievo, non in quanto tale, bensì nei limiti in cui le censure siano rivolte contro un provvedimento sopravvenuto che si ponga in relazione di stretta consequenzialità procedimentale o funzionale con l’atto oggetto del ricorso introduttivo.

48. Questo Tribunale ha avuto modo di pronunciarsi recentemente sulla problematica in oggetto con la sentenza n. 231/2018, ove, richiamando autorevoli precedenti giurisprudenziali (Cons. Stato Ad. Pl. n. 5 del 2015, specie § 6.1.1.), si è evidenziato che “*nel processo amministrativo impugnatorio sia regola generale quella per cui il ricorso abbia ad oggetto un solo provvedimento e che i vizi - motivi si correlino strettamente a quest’ultimo, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale e funzionale, da accertarsi in modo rigoroso, onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo*” (v. anche TAR

Veneto, II, sent. n. 527/2018; Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 482/2017, id. Sez. IV, sent. n. 4480/2014).

49. La suddetta correlazione procedimentale non ricorre nel presente caso in cui l'eventuale "invalidità" del provvedimento originariamente impugnato (la declaratoria di inammissibilità della proposta di PF) non avrebbe ripercussioni dirette sull'atto sopravvenuto (la delibera di approvazione del PPM). Quest'ultimo costituisce, infatti, autonomo esercizio di potestà amministrativa che, operando su un diverso livello procedimentale (di pianificazione), produce effetti sui futuri affidamenti, lasciando impregiudicate le iniziative di PPP avviate anteriormente.

50. L'assenza del necessario vincolo di connessione tra gli atti impugnati in via principale ed i motivi aggiunti trova poi significativa conferma nella circostanza che il Piano provinciale di mobilità sia stato aggredito dall'odierno ricorrente SAD anche con autonomo ricorso basato su censure solo in parte coincidenti con quelle fatte valere nel presente giudizio (RG 45/2018).

51. Deve quindi concludersi – alla luce delle considerazioni suddette – per l'inammissibilità dei motivi aggiunti come sopra proposti.

52. Sgombrato il campo dalle questioni preliminari di ammissibilità, si può ora passare allo scrutinio delle censure di merito, come di seguito sunteggiate.

53. La prima rubrica di censura denunciata da LIBUS nell'atto introduttivo del giudizio contraddistinto dalla maggiore anzianità di ruolo (RG n. 279/17) - nella sostanza coincidente con il terzo e sesto motivo del gravame proposto da SAD nel ricorso iscritto *sub* RG n. 280/17 - si rivolge contro la tesi, predicata dalla PAB, dell'inapplicabilità dell'istituto del *project financing* alla fattispecie di affidamento di servizi di trasporto pubblico locale in trattazione.

54. L'assioma poggia – come già accennato (par. da 18 a 20) – sul richiamo operato nella parte motiva della delibera impugnata al dato normativo

eurounitario (art. 5, c. 1 del regolamento CE n. 1370/2007 e art. 10 direttiva “*concessioni*”, n. 2014/23/UE), nonché alla trasposizione nell’ordinamento nazionale del medesimo (art. 18, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016), nella parte in cui sottrae il settore del trasporto pubblico “*dei passeggeri*” al campo di applicazione delle disposizioni normative sugli appalti pubblici e sulle concessioni di servizi pubblici in genere.

55. I suddetti riferimenti normativi sono poi integrati dai criteri ermeneutici che la PAB trae dalla delibera n. 566 del 31.05.2017, adottata dall’ANAC in esito a consultazione promossa da un ente locale (Comune di Velletri), relativamente a fattispecie in cui pure si discuteva della possibilità di assegnare la concessione del servizio pubblico di trasporto locale mediante utilizzo del modulo procedimentale del *project financing*.

56. Le ricorrenti contestano la descritta ricostruzione del dato normativo, negando, in particolare, valore interpretativo alla delibera n. 566/2017 dell’ANAC, la quale non farebbe stato, dato il suo carattere provvedimento che ne circoscriverebbe l’efficacia al caso di specie.

57. La critica mossa dalle proponenti/concessionarie non viene condivisa dal Collegio, essendo le argomentazioni addotte dall’ANAC- seppur inserite nell’ambito di un parere riferito ad una determinata fattispecie concreta - espressione della funzione consultiva e di indirizzo che l’ordinamento riserva all’Autorità di regolazione e vigilanza del settore dei contratti pubblici.

58. Dette argomentazioni ben possono fungere, *per relationem*, da valido supporto motivazionale anche a fini della presente fattispecie, considerata sia la loro valenza interpretativa di dati normativi generali, sia il rapporto di analogia che accomuna il caso oggetto dell’odierna trattazione con quello portato all’attenzione dell’ANAC.

59. Deve quindi escludersi, alla stregua della citata delibera dell’Autorità nazionale anticorruzione, come richiamata nella parte motiva della delibera n. 1147/2017, la possibilità di ricorrere alla finanza di progetto quando – come normalmente avviene nei servizi di trasporto pubblico su gomma – si discuta di concessioni di servizi “*pure*” in cui non sia contemplata la realizzazione di opere infrastrutturali.

60. Le suddette indicazioni ermeneutiche hanno trovato significativo avallo giurisprudenziale nella sentenza del TAR del Lazio, Sezione II, n. 3475 del 28.03.2018 (passata in giudicato ed ampiamente richiamata nella memoria di replica PAB depositata il 17.04.2018), la quale ha confermato la linea interpretativa proposta dall’ANAC, negando l’ammissibilità dell’affidamento in concessione a mezzo di *project financing* del “*semplice*” servizio di trasporto pubblico locale, così come previsto nella proposta presentata dall’istituendo raggruppamento temporaneo SAD - LIBUS.

61. Detta proposta si riferisce, infatti, ad un servizio che - *prima facie* - non richiede la realizzazione di nuovi impianti o infrastrutture e non necessita, quindi “*di un preciso e ben individuato coinvolgimento di “risorse private”, atto ad attuare quel contemperamento tra le esigenze di interesse pubblico e la redditività del capitale di investitori interessati all’operazione tipico del “Partenariato pubblico privato”*” (v. sent. TAR Lazio, Sez. II, sent. n. 3475/2018 cit.).

62. A favore dell’indirizzo interpretativo suddetto depone, altresì, lo stesso dato normativo testuale che definisce lo strumento del PF come deputato all’affidamento di “*lavori pubblici*” o di “*lavori di pubblica utilità*”, a dimostrazione della necessaria presenza della componente “*lavori*” (e, pertanto della realizzazione di opere) anche quando si discute della concessione di servizi pubblici (v. art. 183, c. 1 e 15 del D.Lgs. n. 50/2016).

63. Difetta, quindi, nella presente fattispecie, un primo presupposto essenziale ai fini del legittimo ricorso al PPP, concepito come modalità alternativa di finanziamento di opere ed impianti strumentali all'esercizio di servizi pubblici oggetto di concessione.

64. Dalle valutazioni operate dall'ANAC - e riprese nella delibera giunta contestata - si ricava, altresì, l'esistenza di una seconda controindicazione all'ammissibilità della finanza di progetto, ogniqualvolta la stessa sia indirizzata ad agevolare iniziative che si connotano per un elevato tasso di "contribuzione pubblica".

65. Contraddice, infatti, la *ratio* che connota gli strumenti di **partenariato** pubblico privato - finalizzati all'attrazione di risorse finanziarie private nell'esecuzione e gestione di opere e servizi pubblici - l'uso degli stessi in relazione alla prestazione di servizi caratterizzati da significativa copertura finanziaria pubblica. Viene meno, in siffatta ipotesi, anche la giustificazione dell'attribuzione a favore del promotore di vantaggi concorrenziali che fungono da contropartita dell'esposizione finanziaria richiesta.

66. Il coinvolgimento di contribuzioni pubbliche risulta processualmente acclarato nella fattispecie in esame, non venendo revocata in dubbio dalle ricorrenti la rilevante incidenza di tali contribuzioni nell'economia del rapporto concessorio, come neppure è contestata l'affermazione della PAB secondo cui "neanche il 25% dei costi attuali lordi del servizio in provincia di Bolzano sono coperti dagli introiti mentre il resto lo paga l'ente pubblico" (p. 41-42 della memoria depositata il 04.01.2018).

67. Detta constatazione, oltre ad essere di per sé rilevante ex art. 64, comma 2 cod. proc. amm., trova puntuale riscontro nella documentazione allegata alla proposta di PF e, segnatamente, nel progetto di fattibilità presentato dalla

proponente (doc. 10 di SAD), ove si riportano tabelle e dati estrapolati dal Piano economico finanziario allegato alla proposta.

68. Dalle citate tabelle (v. da pag. 95 a 98 del doc. n. 10 di SAD) si può p.e. rilevare che la misura delle contribuzioni pubbliche riportate nelle proiezioni presentate con riferimento alla prevista durata quindicennale della concessione (tab. 22 e 23; v. voce “*contributo in conto esercizio*”) ammonta, nel primo anno di esercizio, a circa il 70% dei costi di gestione diretti ed indiretti sopportati dal gestore (v. conto economico, tab. 27, voce “*totale costi di gestione*”). Negli anni successivi di durata dell’ipotizzato rapporto concessorio tale incidenza non subisce modificazioni sostanziali.

69. Non pare quindi dubitabile che la proposta formulata dalle odierne ricorrenti si connoti per un tasso di “*contribuzione pubblica*” elevato e, comunque superiore al limite finanziario di matrice pubblica che l’ANAC situa, in applicazione dell’art. 165 del D.Lgs. n. 50/2016, al 49% dell’investimento totale.

70. Viene poi in rilievo, ai fini della ammissibilità della proposta di PF in esame, un terzo elemento di discriminazione (strettamente collegato al secondo), evidenziato sia dall’ANAC che dal TAR del Lazio nella sentenza richiamata, ove si rileva che i servizi progettati devono essere configurati in maniera tale da fare ricadere il rischio dell’operazione sul proponente/concessionario: “*L’aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni dei*

mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile” (TAR Lazio, Sez. II bis, sent. 3475/2018, cit.).

71. L’attribuzione del vantaggio concorrenziale collegato alla presentazione di una proposta di finanza di progetto viene, quindi, subordinata alla configurabilità di un’integrale – o comunque prevalente - traslazione del rischio di gestione connesso all’espletamento del servizio in capo al concessionario/proponente. In difetto di siffatta allocazione, si determinerebbe un’ingiustificata fruizione delle utilità che lo schema della finanza di progetto riserva al promotore, prima fra tutte quella derivante dal diritto di prelazione esercitabile all’esito della procedura concorsuale.

72. Tornando al caso che ne occupa, è la semplice verifica delle modalità di compensazione del servizio (come desumibili dal progetto di fattibilità presentato da SAD a corredo della propria proposta; doc. 10 SAD, p.20) che consente di escludere la sussistenza del requisito in questione.

73. Sono infatti gli stessi proponenti a sottolineare che *“l’Autorità competente dovrà corrispondere una compensazione che, non soltanto copra i costi sostenuti al netto dei ricavi ottenuti dall’assolvimento dell’obbligo di servizio pubblico, ma che coerentemente alla citata normativa europea e nazionale, conceda al concessionario anche un profitto ragionevole”* (doc. 10 SAD, p.20).

74. Detto margine era già riconosciuto, nel regime concessorio previgente (art. 14 e 17 L.P. n. 16/1985), nella misura percentuale dell’1% del costo effettivo. Esso è ripreso dall’attuale art. 14, c. 3 della L.P. n. 15/2015 (che parla di un utile *“adeguato”*) mentre è pari all’1,5% dei costi totali di gestione nel sistema di compensazione proposto dalle ricorrenti (v. p. 7 del Progetto di fattibilità).

75. Le modalità di remunerazione previste dalla vigente normativa, rispetto alla quale il progetto dichiara di voler essere *“coerente”* (p. 19), sono quindi tali

da escludere la sussistenza di un apprezzabile rischio operativo in capo al concessionario. Quest'ultimo ha la garanzia della copertura, mediante contribuzioni pubbliche, oltre che del costo standard chilometrico (cioè del costo di esercizio medio determinato secondo criteri di efficiente gestione) anche del suddetto, ragionevole margine di utile.

76. Non è quindi configurabile il rischio sul lato della domanda, avendo il gestore comunque la certezza della remunerazione – sia pure nella misura determinata di cui sopra - dei costi di produzione del servizio oggetto di concessione.

77. Nè assumono rilievo, in senso contrario alla rilevata distribuzione del rischio di gestione, gli elementi di innovazione che, secondo le ricorrenti, connotano la proposta di PF formulata dalle medesime e, in particolare, il modello contrattuale ispirato al sistema “*net cost*” come declinato dai meccanismi di *profit sharing e performance sharing* illustrati nel progetto di fattibilità.

78. Detto sistema incide, infatti, sui criteri di riparto dei margini operativi (cioè dei ricavi eccedenti i costi di esercizio) lasciando impregiudicata la garanzia di remunerazione degli investimenti effettuati dal privato e dei margini di utile garantito, in tal modo limitando fortemente l'esposizione del concessionario al rischio di mercato che continua a rimanere, in misura prevalente, a carico dell'amministrazione concedente.

79. Gli elementi di valutazione di cui sopra offrono – ad avviso del Collegio – chiara evidenza dell'insussistenza di “*significativi*” rischi in capo al proponente/concessionario e, quindi, della inidoneità dell'operazione in esame ad essere inquadrata nell'ambito degli schemi del “**partenariato pubblico privato**”, facendo persino dubitare della configurabilità di un rapporto di concessione di servizio pubblico in senso proprio. L'assunzione del rischio

operativo in capo alla parte privata del contratto di PPP costituisce, infatti, elemento qualificante il rapporto concessorio *tout court*, determinando un'esposizione del privato alle fluttuazioni del mercato “*tale per cui ogni potenziale perdita subita dall'operatore economico non sia puramente nominale o trascurabile*” (Cons. St., Sez. V, sent. 6633/2018; TAR Toscana, Firenze, sent. n. 328/2018).

80. Riferito alla concessione di servizi (si veda per la definizione l'art. 3, lettera *vv* del vigente codice dei contratti pubblici), il trasferimento in capo al concessionario del “*rischio operativo*” implica che in condizioni operative normali non deve essere garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione del servizio in concessione (TAR Lombardia, Milano, Sez. IV sent. n. 386/2018). In altri termini, non può farsi ricorso al modulo concessorio per l'affidamento di un servizio remunerato in funzione della integrale copertura dei costi di esercizio, come invece avviene nella fattispecie in esame.

81. Le conclusioni sin qui attinte non vengono contraddette dalle argomentazioni che le ricorrenti mettono in campo— sulla scorta di due pareri *pro veritate* versati in atti (doc. 6 e 7 di LIBUS) — al fine di dimostrare la compatibilità della concessione di servizi di TPL in discussione con gli schemi operativi della finanza di progetto. Nei suddetti pareri si cerca di depotenziare la valenza interpretativa della consultazione resa dall'ANAC con delibera n. 566/2017, sul rilievo che la ivi predicata inammissibilità del ricorso al PF sia dovuta alla particolarità della fattispecie trattata, in cui appariva dubbia l'effettiva traslazione del rischio operativo in capo al gestore.

82. L'argomento, riferito al presente caso, prova troppo, ove si consideri quanto appena osservato in merito alla concreta distribuzione dei rischi

derivante dalle compensazioni riconosciute a favore del concessionario ed alla quantomeno dubbia allocazione degli stessi in capo al medesimo (v. § 75-76).

83. I menzionati pareri “*pro veritate*” forniscono altresì supporto argomentativo alla suggestiva tesi formulata dalle ricorrenti per cui l’art. 18, comma 1, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016 (al pari dell’art. 10, par. 3 della direttiva “*concessioni*” 2014/23/UE), non contemplando l’applicabilità alle concessioni di servizi di TPL delle “*restrittive*” regole di evidenza pubblica stabilite dal codice dei contratti pubblici, lascerebbe comunque aperta la possibilità per l’ente aggiudicatore di decidere *nell’esercizio della propria discrezionalità ...di autovincolarsi al rispetto della disciplina codicistica, optando, se del caso, per lo svolgimento di una procedura di affidamento contrattuale nel rispetto delle condizioni di cui all’art. 183 D.Lgs. n. 50/2016*”.

84. La tesi non convince, anche volendo prescindere dalla pur assorbente obiezione che della dedotta volontà provinciale di “*autovincolarsi*” al rispetto della disciplina codicistica non vi è traccia negli atti di causa, fornendo, anzi, le premesse della delibera giuntale impugnata evidenza di una volontà di segno opposto, esplicitamente indirizzata a conformarsi ai divieti normativi di applicazione delle norme codicistiche, dettati dall’art. 10 del regolamento CE n. 1370/2007 e dall’art. 18 del D.Lgs. n.50/2016 (cfr. i cpv 13° e 15° delle premesse della delibera n. 1147/2017).

85. L’argomentazione di parte ricorrente poggia poi su presupposti quantomeno opinabili, non potendo qualificarsi come “*più rigorosa*” una procedura, quale quella del *project financing*, in cui – contrariamente a quanto avviene per le procedure “*ordinarie*” di evidenza pubblica – si attribuisce un innegabile vantaggio competitivo al proponente/promotore (tanto più quando coincidente con il concessionario uscente). La *par condicio* tra i potenziali gestori privati risulta, infatti, fortemente attenuata dal diritto del

promotore di essere aggiudicatario in mancanza di altre proposte e, soprattutto, dal diritto di esercitare la prelazione in caso di aggiudicazione a favore di altro offerente (art. 183, c. 15).

86. L'ipotizzato “*autovincolo*” che si sarebbe imposto l'ente aggiudicatore dovrebbe, in realtà, essere riferito all'esercizio di una facoltà (il ricorso al PPP) che l'ordinamento riconosce in via di eccezione rispetto alla regola dell'evidenza pubblica in ragione della particolare allocazione dei rischi operativi in capo ai gestori/concessionari. Se l'esposizione al rischio di gestione del concessionario manca o non è significativa – come avviene nel presente caso (v. *supra* § 76) - difettano anche i presupposti per l'applicazione del regime concorrenziale “*meno restrittivo*” del PF, cui l'ordinamento acconsente in presenza degli evidenziati presupposti (opere infrastrutturali, assenza di significativa contribuzione pubblica, rischio operativo a carico del concessionario).

87. Alla stregua dei canoni ermeneutici sopra enunciati, appare giustificato il rifiuto dell'amministrazione provinciale di sottoporre a verifica di fattibilità o di rispondenza al pubblico interesse la proposta di finanza di progetto per cui è lite, con conseguente infondatezza del mezzo di gravame in esame.

88. Con il secondo motivo di censura proposto da LIBUS (corrispondente al IV e V motivo SAD) si fa valere la presunta violazione dell'art. 7 della L.P. n. 15/2015 che demanda al Piano provinciale della mobilità (PPM) la configurazione del sistema di pianificazione e programmazione integrata, compresa l'individuazione dei bacini, intesi quali aree territoriali di riferimento ai fini della determinazione dei lotti da mettere a gara nelle procedure concorsuali di affidamento del servizio.

89. Trovandosi il suddetto strumento pianificatorio, all'epoca dell'adozione dei provvedimenti oggetto del presente giudizio, ancora in fase di

elaborazione, ne discenderebbe – secondo la ricostruzione di parte ricorrente – la illegittimità della delibera impugnata, in quanto non preceduta da un valido atto di programmazione adottato sulla base di adeguata istruttoria svolta in contraddittorio con gli “operatori del settore”. Né si sarebbe validamente sopperito al mancato esercizio della funzione programmatoria mediante applicazione di disposizioni normative dettate in materia di mobilità pubblica dalla L.P. n. 15/2015, non potendo lo strumento legislativo svolgere in maniera adeguata tale funzione demandata agli organi amministrativi gestori.

90. Il motivo non ha pregio.

91. Quanto all’intempestività della contestata declaratoria di inammissibilità rispetto all’adozione dei presupposti atti pianificatori, la stessa non è – evidentemente - imputabile all’amministrazione, discendendo dalla tempistica che i privati proponenti hanno inteso imprimere al procedimento nonché dalla tipologia di PF utilizzata che presuppone l’assenza di vincoli di carattere programmatico (art. 183, c. 15 del D. Lgs. n. 50/2016). E’ quindi la legge stessa che ammette e disciplina l’ipotesi di **partenariato** in oggetto svincolandola dalla necessità di attendere gli atti di programmazione dell’ente concedente e, *a fortiori*, di conformarsi agli stessi.

92. Ciò premesso, il Collegio non ritiene che l’assenza di strumenti pianificatori (ovvero la pendenza del procedimento di approvazione degli stessi) fosse in linea di principio di ostacolo alla presentazione di proposte di PF formulate ai sensi dell’art. 183, c. 15 del D.Lgs. n. 50/2017.

93. Del medesimo avviso deve essere stata anche l’amministrazione provinciale la quale, infatti, nella delibera n. 1147/2017 - e diversamente da quanto deciso con la delibera n. 140/2017, di rigetto della terza istanza di PF

- non ha indicato tra i motivi di inammissibilità della proposta quello relativo alla sua mancata coordinazione con il Piano provinciale di mobilità *in itinere*.

94. Del tutto legittima appare poi l'esigenza fatta valere dalla Provincia a che la proposta di PF si conformi, in assenza di provvedimenti di pianificazione, ai principi dettati dalle disposizioni contenute nella L.P. n. 15/2015, dovendosi giudicare come manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale di atti legislativi soltanto perché dotati di contenuto di programmazione degli interventi gestionali in materia di servizi pubblici locali.

95. Vengono in rilievo, in particolare, le disposizioni concernenti la ripartizione del territorio provinciale in ambiti territoriali omogenei (o bacini territoriali ottimali), la cui interpretazione alimenta uno dei principali temi di contrapposizione tra le parti del presente giudizio (II motivo LIBUS e IV SAD).

96. Si controverte, in sostanza, della compatibilità della proposta di PF presentata dalle odierne ricorrenti, riferita ad un unico bacino provinciale omogeneo, con la disciplina normativa applicabile alla presente fattispecie ritenuta dalla Provincia impositiva dell'obbligo di suddividere l'intero territorio provinciale in distinti bacini di mobilità e di farli coincidere con i lotti da porre a base della procedura di scelta dei concessionari dei servizi di trasporto pubblico locale.

97. Secondo le parti ricorrenti tale scelta violerebbe il dettato dell'art. 8 della L.P. n. 15/2015, nella parte in cui definisce i bacini di mobilità come aree territoriali omogenee costituenti lotti unitari per l'affidamento dei servizi di linea (1. comma).

98. Il suddetto dato normativo provinciale andrebbe declinato in conformità a quanto disposto in ambito statale dall'art. 48 del D.L. n. 50/2017, a termini

del quale i bacini di mobilità per i servizi di TPL comprendono un'utenza minima di 350.000 abitanti, ovvero inferiore, ma solo se coincidenti con il territorio di enti di area vasta o di città metropolitane.

99. La normativa statale rilevante andrebbe poi integrata dal disposto dell'art. 3-*bis* del D.L. n. 138/2011 (motivo quinto del ricorso SAD) che avrebbe fatto coincidere gli “*ambiti ottimali di affidamento*” con la dimensione “*non inferiore almeno a quella del territorio provinciale*”. Detta dimensione sarebbe derogabile soltanto tramite congrua motivazione basata su criteri di differenziazione territoriale e socio-economica declinati in funzione dei principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio (Corte Cost., sent. n. 160/2016).

100. In relazione alla disciplina degli ambiti ottimali di bacino recata dal citato art. 3-*bis* del D.L. n. 138/2011, la ricorrente SAD deduce, altresì, l'intervenuta decadenza della Provincia dalla possibilità di istituire bacini diversi da quello provinciale, non avendovi provveduto – a differenza di quanto disposto per il settore dei servizi idrico integrato e di distribuzione dell'energia elettrica - entro il termine del 25.06.2012 stabilito dalla norma sopra richiamata.

101. Sulle richiamate disposizioni di legge statali, definite di grande riforma nazionale o, comunque, ritenute direttamente applicabili in Provincia di Bolzano, riposerebbe la configurabilità di un vero e proprio obbligo legale di istituzione del bacino unico di mobilità, risolvendosi – sempre secondo la prospettazione di parte ricorrente - qualsiasi esegesi divergente in palese illegittimità costituzionale delle norme provinciali non conformi ai parametri sopra citati.

102. A sostegno del bacino unico, coincidente con la dimensione provinciale del servizio, si adduce poi il parere AGCM, (AS1164 del 18.06.2014), reso alla Regione Friuli-Venezia Giulia e favorevole all'accorpamento dei quattro lotti

ivi preesistenti in un unico lotto regionale sulla base di considerazioni legate all'esistenza di economie di scala ed alla particolare orografia e demografia dell'ambito territoriale regionale.

103. Tanto premesso in ordine alle articolate doglianze proposte da parte ricorrente, il Collegio osserva quanto segue.

104. Deve condividersi, in primo luogo, l'alternativa ricostruzione della cornice normativa rilevante operata dalla difesa della Provincia di Bolzano. Quest'ultima rivendica legittimamente per sè il ruolo di ente preposto al settore dei trasporti pubblici di interesse provinciale in virtù di quanto stabilito dall'art. 4 della L.P. n. 15/2015: "*La Provincia istituisce i servizi di trasporto pubblico di interesse provinciale*"(comma 1) e "*...svolge le funzioni di pianificazione, gestione, programmazione, indirizzo, monitoraggio e vigilanza dei servizi di cui al comma 1*" (comma 2).

105. Il ruolo di "*governo*" attribuito all'ente provinciale rispecchia il riparto delle competenze legislative in materia che lo Statuto d'autonomia attribuisce in via primaria alla PAB (art. 8, comma 1, cifra 18 del D.P.R. n. 670/1972). Devono quindi, per ciò soltanto, disattendersi le censure rivolte a denunciare l'obliterazione di norme statali (art. 48 del D.L. n. 50/2017 e art. 3-*bis* del D.L. n. 138/2011) che dettano criteri dimensionali minimi dei bacini riferiti alle Regioni ordinarie e che, per tale aspetto, non paiono integrare gli estremi di norme fondamentali di riforma economico-sociali della Repubblica, venendo legittimamente derogate dalle richiamate disposizioni di legge provinciali.

106. Queste ultime tengono conto delle peculiarità territoriali dell'ente ad autonomia differenziata e prevalgono sulle norme statali "*divergenti*", anche in virtù dei meccanismi di adeguamento stabiliti dalle norme di attuazione recate dall'art. 2 del D.Lgs. n. 266/1992.

107. Ciò premesso, si ritiene che il motivo di gravame in esame non meriti di essere accolto in quanto formulato senza tener conto, in primo luogo, dei precisi vincoli normativi posti dalla L.P. n. 15/2015, la quale, non soltanto declina i concetti di bacini di mobilità e di lotti di gara al plurale, ma prefigura esplicitamente la suddivisione del territorio provinciale in un numero non determinato (ma comunque superiore ad uno) di aree definite in base a criteri di omogeneità territoriale e socio-economica, al fine di assicurare la maggiore contendibilità della procedura nonché di favorire l'accesso alla medesima da parte di operatori medio-piccoli (artt. 7, 8 e 11).

108. Si tratta di esigenze antitetiche rispetto allo schema del bacino e lotto unico cui si ispira la soluzione adottata nel progetto presentato da SAD e LIBUS.

109. Anche il legislatore comunitario si fa carico della questione sollecitando le autorità nazionali competenti a tenere conto, nella gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica, “*delle piccole e medie imprese*” (cfr. considerando n. 9 del regolamento CE n. 1370/2007). Tale particolare considerazione si traduce nel criterio della normale suddivisione in lotti, ovvero nell'aggravio motivazionale per la mancata suddivisione (principio del cosiddetto “*apply or explain*”; v le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2015/25/UE nonché l'art. 51 del D.Lgs. n. 50/2016).

110. Al principio suddetto si ispira, del resto, la stessa normativa nazionale richiamata dalle ricorrenti e, segnatamente, l'art. 48 del D.L. n. 50/2017, convertito in L. n. 96/2017, intitolato “*misure urgenti per la promozione della concorrenza e la lotta all'evasione tariffaria nel trasporto pubblico locale*”, a termini del quale: “... *ai fini dello svolgimento delle procedure di scelta del contraente per i servizi di trasporto locale e regionale, gli enti affidanti, con l'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione alle medesime, articolano i bacini di mobilità in più lotti, oggetto di procedure*

di gara e di contratti di servizio, tenuto conto delle caratteristiche della domanda e salvo eccezioni motivate da economie di scala proprie di ciascuna modalità e da altre ragioni di efficienza economica, nonché relative alla specificità territoriale dell'area soggetta alle disposizioni di cui alla legge 16 aprile 1973, n. 171 e successive modificazioni.”

111. Quanto alla necessità che gli ambiti ottimali diversi da quello unico provinciale fossero individuati in data anteriore al 30.06.2012, va rilevato che la norma istitutiva di tale termine (art. 3 *bis* del sopra citato D.L. n. 138/2011) è stata superata dall'art. 48 del D.L. n. 50/2017 che ha ridisciplinato l'intera materia e, soprattutto dall'approvazione della L.P. n. 15/2015 la quale, dopo aver individuato e circoscritto l'ambito territoriale ottimale su base provinciale, prescrive la suddivisione del territorio in più bacini di mobilità e in più lotti di gara (art. 7, 8 e 11).

112. Va ad ogni buon fine rilevata la mancata sanzione di perentorietà del termine suddetto, l'inutile decorso del quale non determina decadenze di sorta, legittimando unicamente l'intervento sostitutivo dello Stato che, nella fattispecie, non c'è stato, a conferma dei poteri di gestione attribuiti alla Provincia dalla L. n. 15/2015.

113. La normativa provinciale citata, applicabile in via primaria in virtù del riparto di competenze sopra evidenziato, fornisce chiara evidenza della propensione del legislatore provinciale (condizionato dai principi fissati in ambito eurounitario) a favorire la tendenziale apertura al mercato, con attenzione alla pluralità dei suoi attori, a fronte delle riscontrate storiche inefficienze generate dai mercati monopolisti o oligopolisti (cfr. TAR Piemonte, II, sent. 219/2018).

114. Tale orientamento trova poi significativa sponda nella posizione assunta dall'Autorità del settore dei trasporti citata dalla delibera n. 1147/2017, nella parte in cui precisa che *“i c.d. maxi lotti ostano al principio della concorrenzialità ed*

alla possibilità per le piccole e medie imprese di partecipare alle gare” (delibera ART n. 48/2017).

115. L'efficientamento del mercato non richiede, quindi, che vengano bandite gare di dimensioni unitarie particolarmente elevate, imponendo anzi la costruzione di lotti “*aggregabili*” dalle piccole e medie imprese. In tal senso si è espressa anche l'Autorità competente in materia di concorrenza (AGCM), con riferimento al sistema dei TPL di altra Regione connotata da una situazione orografica complessa (Liguria).

116. Nel parere citato (AGCM n. 1214/2015; doc. 18) l'Autorità arriva persino ad invitare le amministrazioni concedenti a disapplicare norme regionali impositive di lotti unitari, sul rilievo che *”in presenza di una limitata ampiezza delle economie di scala, soprattutto operative, riscontrabili di norma nel settore del TPL, la previsione di lotti molto ampi (ed a fortiori di un lotto unico) non garantisce alcun miglioramento in termini di superiore efficienza e di ottimizzazione dei processi produttivi mentre, per converso, costituisce una rilevante barriera all'accesso in quanto limita fortemente la platea dei soggetti in possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare per il trasporto pubblico locale..... In ogni caso, a prescindere dalla presenza di tali economie di scala, in un'ottica di tutela della concorrenza, va sottolineato che il lotto unico nelle gare per il servizio TPL, per definizione, rappresenta la modalità più restrittiva perchè, in un contesto in cui già la concorrenza è limitata al momento della gara (concorrenza per il mercato), esso impedisce ogni forma di concorrenza per comparazione (yardstick competition) tra operatori titolari di contratti di servizio gestiti dallo stesso soggetto pubblico e riduce il potere contrattuale ex post di quest'ultimo”.*

117. La giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata sul tema mostra di condividere l'indirizzo espresso dalle Autorità di settore, prendendo posizione a favore della divisione in lotti (o contro il lotto unico), intesa come efficace elemento di concorrenzialità degli affidamenti delle concessioni e di

apertura del mercato (cfr., oltre alla citata sent. n. 3475/2018 del TAR del Lazio, TRGA Trento, sent. n. 293/2015).

118. Il complesso degli elementi di valutazione sopra analizzati induce, in definitiva, a concludere favorevolmente lo scrutinio di legittimità della delibera oggetto di impugnativa anche con riferimento al motivo di doglianza in esame.

119. Il mancato avvio procedimentale in cui si risolve la delibera contestata resiste anche alle censure raggruppate nel terzo motivo di ricorso, riferite alla presunta violazione delle norme procedurali in tema di finanza di progetto, le quali consentirebbero la reiezione della proposta soltanto all'esito della verifica della fattibilità tecnico-economica della medesima (art. 183, c. 5 del D.Lgs. n. 50/2016). Il rifiuto di entrare nel merito del progetto integrerebbe altresì la violazione dell'obbligo di concludere il procedimento con provvedimento esplicito.

120. Per quanto concerne quest'ultimo profilo, se ne rileva la palese inconsistenza, dato che anche la declaratoria di inammissibilità della valutazione di un progetto esclude l'inerzia procedimentale ed integra una legittima, oltre che esplicita, modalità di conclusione del procedimento.

121. La disciplina generale del procedimento amministrativo contempla espressamente la possibilità di adottare provvedimenti di inammissibilità della domanda finalizzata alla soddisfazione di un interesse pretensivo: *“se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso ...”* (art. 2 c. 1, secondo periodo L. n. 241/90).

122. Di un tanto fornisce tangibile conferma anche la citata sentenza n. 3475/2018 del TAR del Lazio, Sez. II *bis*, ove, in difetto di quello che è stato esplicitamente definito come *“requisito di ammissibilità”* della proposta di PF –

vale a dire, dell'allocazione del rischio operativo in capo al proponente - si è ritenuto che la revoca della dichiarazione di pubblico interesse assumesse natura di atto dovuto e che, come tale, non necessitasse neanche di particolare supporto motivazionale.

123. Ad ogni buon fine, anche a voler prescindere dalle questioni nominalistiche di inquadramento teorico della serie procedimentale avviata con la presentazione della proposta di *project financing* per cui è causa, non pare possa dubitarsi della facoltà dell'Amministrazione di non entrare nel merito di un progetto di **partenariato** pubblico-privato ove lo stesso non rispetti requisiti minimi ritenuti essenziali dall'ente pubblico gestore (nella specie: esclusione del lotto unico, ridotto tasso di contribuzione pubblica, incognita economico-gestionale gravante sul concessionario).

124. Adottando un approccio valutativo di carattere sostanziale si può agevolmente sostenere che le rilevate cause di inammissibilità attengono al merito della proposta di PPP, implicando valutazioni discrezionali di convenienza ed opportunità che sono solo limitatamente apprezzabili in questa sede di legittimità (in questi termini si TAR del Lazio, Sez. II *quater*, sent. n. 5781/2018).

125. In tale ottica è sufficiente verificare che l'Amministrazione non abbia superato i limiti posti dal canone di ragionevolezza e proporzionalità; evenienza questa che non pare essersi verificata nell'ipotesi in trattazione, ove si consideri la strumentalità dei requisiti in oggetto rispetto all'esigenza di garantire la maggiore contendibilità delle concessioni da parte di offerenti potenziali di piccole e medie dimensioni, evitando le diseconomie ed i disservizi dovuti a situazioni anticoncorrenziali o di ingiustificata chiusura del mercato.

126. Va poi considerato, quanto al dedotto, mancato rispetto del principio del contraddittorio, che l'iniziativa oggetto della contestata declaratoria di inammissibilità è stata preceduta da tre proposte poi “*ritirate*” dalla SAD, in reazione alle quali vi era stata una precedente declaratoria di inammissibilità (la n. 140 del 2017 riferita alla III proposta di PF) fondata su motivazioni del tutto analoghe a quelle oggetto della delibera per cui è lite.

127. C'è stata quindi un'ampia interlocuzione tra le parti, le cui rispettive posizioni hanno avuto modo di esplicitarsi anche in relazione alle problematiche - del tutto analoghe a quelle trattate nel presente giudizio – sollevate dalle società concessionarie in sede di osservazioni alla proposta di Piano provinciale di mobilità (doc. 10).

128. Da ultimo, rimane da scrutinare il mezzo dedotto dalla SAD (II motivo) con riferimento alla mancata comunicazione del preavviso di rigetto.

129. La denunciata violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990 non sussiste, trattandosi di norma inapplicabile alla procedura in esame in virtù della specialità della disciplina dettata dall'art. 183 co. 15 del d.lgs. n. 50/2016. La previsione che rimette alla valutazione discrezionale dell'Amministrazione l'attivazione del contraddittorio procedimentale in ordine ai contenuti del progetto è infatti incompatibile con l'obbligo di comunicare i motivi ostativi all'accoglimento della proposta, tanto più quando si tratti di motivi che, come nella specie, investono il merito della proposta e non attengono a profili formali/procedimentali o a requisiti soggettivi del proponente (in tal senso, vedi: TAR Toscana, Sez. I, sent. 328/2018).

130. Per le considerazioni sin qui esposte, vanno disattesi, per inammissibilità o infondatezza, i mezzi di gravame fatti valere dalle ricorrenti LIBUS e SAD nei rispettivi ricorsi, restando assorbiti tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto irrilevanti ai fini della

decisione o comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso da quella assunta.

131. Le spese vengono regolate secondo il principio della soccombenza e poste a carico delle parte ricorrenti.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorsi riuniti, come in epigrafe proposti, li rigetta siccome in parte inammissibili e per il resto infondati.

Condanna le società ricorrenti in solido tra loro, alla rifusione delle spese di lite in favore di PAB e ACP che liquida in complessivi € 6.000,00 (seimila/00);
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Edith Engl, Presidente

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere

Sarre Pirrone, Consigliere, Estensore

Michele Menestrina, Consigliere

L'ESTENSORE
Sarre Pirrone

IL PRESIDENTE
Edith Engl

IL SEGRETARIO