



REPUBBLICA ITALIANA

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 75 del 2021, proposto da SAD Trasporto Locale S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati, Maria Alessandra Sandulli, Guido Greco e Guglielmo Aldo Giuffré, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Manfred Schullian Legale in Bolzano, viale Stazione, 5;

contro

Provincia Autonoma di Bolzano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dalle avvocatesse Renate von Guggenberg, Alexandra Roilo, Laura Fadanelli, Patrizia Pignatta e Elisa Rodaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso l'Avvocatura della Provincia in Bolzano, piazza Silvius Magnago, 1;

nei confronti

Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Pierluigi Mantini e Fabrizio Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

della delibera di Giunta Provinciale 16 marzo 2021 n. 243, che ha disposto l'”affidamento in house dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti fissi della Funivia e Tranvia del Renon e della Funicolare della Mendola di competenza della Provincia di Bolzano a STA-Strutture di Trasporto Alto Adige S.p.A”, disponendo anche l'approvvigionamento dei beni funzionali e strumentali, nonché della delibera della Giunta Provinciale 16 marzo 2021, n. 244, nella parte in cui prevede il

trasferimento dei beni strumentali e funzionali da parte di SAD S.p.A. e a favore di STA S.p.A., e di tutti gli atti presupposti, connessi o consequenziali a dette delibere, ivi compresi la Relazione di affidamento in house ex art. 34, c. 20, D.L. 179/2012, il contratto di servizio ed il Piano economico Finanziario.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia Autonoma di Bolzano e della Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatrice nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2021 la consigliere Margit Falk Ebner e uditi per le parti i difensori mediante collegamento da remoto in videoconferenza, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Oggetto di impugnazione sono gli atti indicati in epigrafe, ed in particolare la delibera della Giunta Provinciale n. 243 del 16.3.2021, che ha disposto l'affidamento *in house* dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti fissi della Funivia e Tranvia del Renon e della Funicolare della Mendola di competenza della Provincia di Bolzano alla Strutture di Trasporto Alto Adige S.p.A. (in seguito denominata STA S.p.A.), nonché l'obbligo di trasferimento dei beni funzionali e strumentali, la delibera della Giunta Provinciale n. 244 del 16.3.2021, nella parte in cui prevede il trasferimento dei beni strumentali e funzionali da parte di SAD Trasporto Locale S.p.A. (in seguito denominata SAD S.p.A.) a favore di STA S.p.A., la Relazione di affidamento *in house* ex art. 34, comma 20 del D.L. n. 179/2012 e il contratto di servizio ed il Piano economico Finanziario.

Il ricorso, notificato in data 15.4.2021 da parte di SAD S.p.A., poggia sui seguenti motivi di impugnazione:

“I-. Violazione (per mancata applicazione) dell’art. 192, c. 2, D. Lgs n. 50/2016 e dell’art. 16 del D. Lgs n. 175/16, nonché (per errata applicazione) dell’art. 18, c. 1, lett. a) e dell’art. 166 del medesimo D. Lgs. Eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, insufficienza di motivazione, illogicità, contraddittorietà e disparità di trattamento.”;

“II-. Violazione dell’art. 6 della L.p. n. 15/2015. Violazione dell’art. 83, c. 1, del D. Lgs. 50/2016, per mancanza di capacità organizzativa e tecnico-professionale. Violazione dell’art. 106 e dell’art. 102 TFUE. Difetto o insufficiente motivazione.”;

“III-. Violazione (per errata applicazione) dell’art. 7, c. 8, della L. p. n. 16/85 e dell’art. 17 bis, entrato in vigore il 19 3 2021, della L. p. n. 15/2015. Violazione (per mancata applicazione) dell’art. 17, c. 3 e 4, della L. p. n. 15/2015.”;

“IV. Violazione del principio dell’autovincolo. Contraddittorietà. Violazione del principio del contrarius actus. In subordine, violazione dell’art. 7, par. 2 e 4, del Regolamento CE, n. 1370/2007.”.

Nel ricorso SAD S.p.A. ha assunto le seguenti conclusioni: *“Previa occorrendo rimessione alla Corte di Giustizia del quesito se l’affidamento in house di cui è causa possa rientrare nell’istituto della concessione, voglia codesto ill.mo Tribunale Amministrativo*

-in sede cautelare, sospendere l’efficacia della delibera della Giunta Provinciale 16/3/2021, n. 243, nonché della delibera della Giunta Provinciale 16/3/2021, n. 244, nella parte in cui prevede il trasferimento dei beni strumentali e funzionali da parte di SAD S.p.A. e a favore di STA S.p.A.,

-nel merito, annullare la delibera della Giunta Provinciale 16/3/2021, n. 243, nonché la delibera della Giunta Provinciale 16/3/2021, n. 244, nella parte in cui prevede il trasferimento dei beni strumentali e funzionali da parte di SAD S.p.A. e a favore di STA S.p.A., e gli atti ad esse presupposti, connessi e/o consequenziali;

-con vittoria delle spese e degli onorari di giudizio.”.

La Provincia Autonoma di Bolzano (in seguito denominata PAB) e la STA S.p.A. si sono costituiti in giudizio con atti formali dd. 19.4.2021 rispettivamente 23.4.2021, chiedendo il rigetto del ricorso e di tutte le domande proposte.

In seguito all’udienza in camera di consiglio del 27.4.2021, con ordinanza n. 52/2021, pubblicata il 29.04.2021, questo Tribunale ha rigettato la domanda cautelare proposta da SAD S.p.A., facendo presente tra l’altro che *“- la ricorrente – a fondamento della domanda cautelare – afferma che la delibera n. 243/2021 di affidamento in house del servizio de quo, sarebbe produttiva di danni gravi e irreparabili, in quanto comporterebbe l’estinzione del rapporto, senza neanche la possibilità di partecipare alla gara per la relativa assegnazione e comporterebbe la cessione coattiva (e gratuita) dei beni strumentali necessari per lo svolgimento di detto servizio; - le domanda di sospensione dell’efficacia e di annullamento sono delimitate alla sola parte della delibera n. 243/2021, in cui si prevede il trasferimento dei beni strumentali e funzionali da parte di SAD S.p.A. e a favore di STA S.p.A., con la conseguenza che la mancata prosecuzione nel servizio con preclusione in radice della possibilità di partecipazione alla gara, fatta valere dalla ricorrente, non rileva ai fini del periculum in mora; - i beni funzionali e essenziali al servizio del trasporto pubblico locale su impianti fissi (funivia e tramvia di Renon e funicolare della Mendola con accessori e pertinenze), per i quali la delibera n. 243/2021 prevede il trasferimento a favore di STA S.p.A., attualmente sono sotto sequestro ex art. 670 c.p.c., con ordine alla SAD S.p.A. di consegnare gli stessi alla STA S.p.A. in qualità di custode; - ai sensi dell’art. 55, comma 1, e dell’art. 119, comma 4, c.p.a. non sussiste, pertanto, il periculum in mora.”.* L’udienza per la discussione del merito è stata fissata per il giorno 7.7.2021.

Con appello cautelare SAD S.p.A. ha impugnato detta ordinanza cautelare n. 52/2021 dinanzi al Consiglio di Stato, chiedendo la concessione di misure cautelari monocratiche e collegiali nonché l’abbreviazione dei termini ai sensi dell’art. 53 c.p.a..

Con decreto n. 2291/2021, pubblicato il 5.5.2021, il Presidente della sesta sezione del Consiglio di Stato ha accolto l’istanza cautelare monocratica di SAD S.p.A. e per l’effetto ha sospeso gli atti impugnati e ha rinviato alla discussione in camera di consiglio del 20.5.2021; l’istanza di autorizzazione alla riduzione dei termini è stata invece respinta.

Siccome nel frattempo, e precisamente in data 18.5.2021, sarebbe scaduta la concessione per la gestione dei servizi di trasporto pubblico locale su impianti fissi (Funivia e Tramvia del Renon e Funicolare della Mendola) a favore di SAD S.p.A., con la conseguente interruzione dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti fissi della Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della

Mendola, la PAB, con decreto n. 8980/2021 ha organizzato un servizio sostitutivo di autobus dal 19.5.2021 al 21.5.2021, con opzione di proroga, in attesa della decisione del Consiglio di Stato.

In esito alla camera di consiglio del 20.5.2021, la sesta sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2760/2021, pubblicata in data 21.5.2021, ha rigettato l'appello di SAD S.p.A. con la seguente motivazione: *“Considerato che la richiesta misura cautelare appare, da un lato, inutile per la parte appellante, che comunque non potrebbe continuare a gestire il servizio, quanto meno perché non più in possesso dei beni aziendali necessari; e dall'altro, dannosa per l'eventuale esercizio del servizio stesso, che in tal modo sarebbe sicuramente interdetto; Considerato che in tale contesto va quindi data preponderante rilevanza alla tutela dell'interesse pubblico allo svolgimento del servizio, nell'interesse della collettività, nei modi decisi dalla Provincia; Considerato infine che il T.A.R. ha fissato l'udienza di merito alla data del 7 luglio 2021 e che pertanto le eventuali residue ragioni cautelari sono già tutelate dal prossimo svolgimento del giudizio”*.

In vista di detta udienza di merito le parti hanno prodotto ulteriori documenti e memoria, sia difensive che di replica.

In particolare la SAD S.p.A., con memoria 21.6.2021, ha preso le seguenti conclusioni: *”.. si insiste nelle già assunte conclusioni, ivi comprese, per quanto occorrer possa,*

· la rimessione alla Corte di Giustizia del quesito se l'affidamento in house di cui è causa (stanti le sue caratteristiche) possa rientrare nell'istituto della concessione;

· la rimessione alla Corte di Giustizia del quesito se l'ambito di applicazione del Regolamento 1370/2007/CE, che, ai sensi dell'art.1, §2, “si applica ai servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada”, possa intendersi esteso ai servizi di trasporto “a fune”;

· la rimessione alla Corte di Giustizia del quesito se la decisione di affidare in house a STA i servizi di cui è causa, comprendenti anche il trasporto sugli impianti a fune, configuri un aiuto di Stato soggetto all'obbligo di previa notifica ai competenti organi dell'Unione ai sensi dell'art. 158 TFUE;

· la rimessione alla Corte costituzionale e/o alla stessa Corte di Giustizia della questione di compatibilità costituzionale e/o eurounitaria (artt. 24 e 111 Cost., 6 CEDU e 47 Carta di Nizza) dell'art. 17 bis legge prov. n. 15/2015, laddove interpretabile nel senso di poter intervenire con chiaro effetto retroattivo sul regime della proprietà dei beni c.d. strumentali e, inoltre, interferire col giudizio già pendente innanzi al Tribunale civile di Bolzano, RG 1204/2020 (ns III motivo di ricorso)”.

Con memoria di replica dd. 24.6.2021 la PAB ha eccepito l'inammissibilità delle nuove domande esposte nella memoria SAD del 21.6.2021, sia perché tardivamente esposte, essendo state introdotte per la prima volta in memoria ex art. 73 c.p.a., sia perché inammissibili poiché il rinvio alla Corte viene strumentalmente utilizzato in modo improprio, chiedendo in sostanza la soluzione del caso specifico alla Corte medesima, con formulazione delle questioni attingendo ad elementi della fattispecie concreta ricostruiti in modo parziale, e ha così concluso: *“Voglia l'Ill.mo Tribunale adito, disattesa ogni deduzione o eccezione contraria, previo rigetto delle domande di rimessione alla Corte di Giustizia in quanto inammissibili e/o infondate, rigettare il ricorso in quanto inammissibile e/o infondato per i motivi esposti in atti”*.

La STA S.p.A. nella memoria di replica dd. 25.6.2021 ha insistito per il rigetto del ricorso, con ogni conseguente effetto.

Sentite le parti mediante collegamento da remoto in videoconferenza all'udienza del 7.7.2021 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va, pertanto, rigettato.

2. Va premesso quanto segue:

2.1. Il presente giudizio, che si inquadra nell'ambito di una serie di contenziosi insorti tra la ricorrente SAD S.p.A. e la PAB in materia di affidamento di servizi trasporto pubblico locale, ha per oggetto l'affidamento *in house* dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti fissi della Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola di competenza della Provincia di Bolzano, per il periodo dal 19.5.2021 al 30.4.2030, alla STA S.p.A., società di capitale a totale partecipazione pubblica, di cui la PAB è socio unico, e proprietaria delle infrastrutture e degli impianti della Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola.

2.2. Le controversie tra la SAD S.p.A. e la PAB in materia di affidamento di servizi trasporto pubblico locale si collegano alla prolungata fase di transizione che detto settore sta vivendo in Alto Adige in seguito alla riforma del sistema di mobilità recata dalla l.p. n. 15/2015, di disciplina del trasporto pubblico di persone di interesse provinciale.

La menzionata normativa – adottata in forza della competenza primaria in materia di trasporto e comunicazioni di interesse provinciale che lo Statuto Speciale per il Trentino Alto Adige riserva alla Provincia autonoma di Bolzano – segna il passaggio dai tradizionali moduli gestionali concessori al sistema di derivazione euro-unitaria basato sull'alternativa tra autoproduzione (gestione diretta in economia o tramite soggetto terzo sottoposto a controllo analogo) ed esternalizzazione tramite stipula di contratti di servizio con operatori individuati all'esito di procedure selettive.

2.3. La ricorrente SAD S.p.A. agisce nella sua veste di operatore del settore della mobilità di persone, nonché di principale concessionario dei vari servizi extraurbani di trasporto di persone in Provincia di Bolzano.

Anche la gestione dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti fissi della Funivia e Tramvia del Renon (funivia Bolzano-Soprabolzano; tramvia Assunta-Soprabolzano-Collalbo) e della Funicolare della Mendola di cui trattasi nella presente vertenza era affidata per decenni alla SAD S.p.A., in base ai seguenti provvedimenti:

- con decreto dell'Assessore provinciale ai Trasporti n. 132 del 30.12.1991 e successivi rinnovi, proroghe e integrazioni e modifiche le relative concessioni sono state affidate alla Società Servizi Autobus Dolomiti S.p.A., ora denominata SAD S.p.A. (cfr. delibera n. 244/2021, all. 2 della PAB);

- con decreto dell'Assessore alla Mobilità n. 585/38 del 25.11.2009 – su domanda della SAD S.p.A. – dette concessioni sono state prorogate per un periodo di nove anni, con scadenza 24.11.2018 (all. 9 della PAB);

- con deliberazione della Giunta provinciale n. 1154 del 13.11.2018 dette concessioni sono state prorogate fino al 31.12.2019 (all. 10 della PAB);

- con deliberazione della Giunta provinciale n. 969 del 19.11.2019, al fine di garantire la continuità dei servizi di trasporto pubblico di cui trattasi, dette concessioni sono state prorogate fino al 24.11.2020 (all. 11 della PAB) ed infine

- con deliberazione della Giunta provinciale n. 897 del 17.11.2020 dette concessioni sono state prorogate fino al 19.3.2021 (cfr. delibera n. 244/2021, all. 2 della PAB).

2.4. Nel 2018 la PAB ha approvato il proprio Piano Strategico per la Mobilità Sostenibile col quale, in continuità e a integrazione del preesistente Piano Clima Alto Adige, sono stati stabiliti i principi fondamentali di una politica dei trasporti e della mobilità più lungimirante e presentati in forma sintetica gli interventi in corso di attivazione e programmati per realizzare una mobilità sostenibile.

2.5. Con delibera della Giunta provinciale n. 831 del 8.10.2019 è stata approvata la nuova convenzione disciplinante il rapporto tra la PAB e STA S.p.A..

2.6. In data 6.6.2019, a seguito di un ampio dibattito pubblico, il Consiglio Provinciale ha approvato, con votazione pressoché unanime, la mozione n. 103/2019 che così recita: *“la Giunta Provinciale presenta quanto prima una proposta legislativa che preveda per il trasporto pubblico locale ... in Alto Adige un modello in house o un’azienda speciale pensati appositamente per la realtà della nostra Provincia”*.

In linea con la sopracitata mozione, con la l.p. del 9.7.2019, n. 3 (art. 4 comma 2) è stato modificato l’art. 7 della l.p. n. 16/2015, con l’introduzione del comma 9 che prevede che: *“il servizio di trasporto pubblico locale è principalmente garantito dalla Provincia Autonoma di Bolzano, anche attraverso un modello di gestione pubblica in house o azienda speciale, secondo i principi della mobilità sostenibile, nel rispetto della normativa unionale ... Nelle more dell’individuazione della società o dell’azienda speciale, la Provincia assicura con propri provvedimenti la prosecuzione del servizio all’utenza”*.

Nella seduta del 7.4.2020 la Giunta provinciale si è espressa in linea generale a favore dell’affidamento diretto a una società *in house* dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti fissi, decidendo di affidare uno studio sull’economicità PEF.

2.7. Con l’impugnata deliberazione della Giunta provinciale n. 243 del 16.3.2021 è stato disposto l’affidamento *in house* dell’esercizio dei servizi di trasporto pubblico sugli impianti fissi di competenza della Provincia autonoma di Bolzano (Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola) alla STA S.p.A. tramite contratto di servizio per il periodo 19.5.2021 – 30.4.2030.

La stessa deliberazione impone a SAD S.p.A. di trasferire, entro il termine massimo di giorni 60 dalla formale richiesta da parte della Ripartizione Mobilità, i beni funzionali a favore della STA S.p.A.

2.8. Con l’impugnata deliberazione n. 244 del 16.3.2021 la Giunta provinciale ha disposto nei confronti della SAD S.p.A. la prosecuzione del servizio fino al subentro del nuovo gestore STA S.p.A. alle condizioni economiche contrattuali previste dalla concessione in essere (Allegato B) per il periodo dal 20.3.2021 fino al termine massimo del 18.5.2021.

2.9. In data 15.4.2021 SAD S.p.A. ha notificato alla PAB e alla STA S.p.A. il presente ricorso diretto all’annullamento delle suddette deliberazioni n. 243/2021 e n. 244/2021.

2.10. Inoltre SAD S.p.A. ha instaurato nei confronti della PAB e della STA S.p.A. un’azione negatoria ex art. 949 c.c. dinnanzi al Tribunale civile di Bolzano (R.G. n. 1204/2020), nel quale la medesima

ha assunto le seguenti conclusioni: *“nel merito: accertare e dichiarare, nei confronti delle convenute, che SAD Spa è esclusiva proprietaria (con ogni diritto e facoltà conseguenti) dei cespiti oggetto del presente contenzioso e contenuti nell’elenco di cui ai docc. n. 3 e 3 ter, e per l’effetto,*

1) accertare e dichiarare che le convenute non possono legittimamente richiedere all’attrice di rendere detti cespiti, tantomeno senza corrispettivo alcuno, trattandosi di pretesa contra jus;

2) ordinare alla Provincia autonoma di Bolzano e alla sua partecipata STA Spa di astenersi per il futuro da qualunque comportamento che possa costituire una molestia e/o turbativa ai sensi e agli effetti dell’art. 949 c.c.;

3) condannare le convenute al pagamento del risarcimento del danno, causato dall’illecita pretesa avanzata dalle controparti nel corso degli anni, nella misura di Euro 200.000,00 (=duecentomila=), ovvero nella misura maggiore o minore di giustizia, eventualmente in via equitativa ex art. 1226 c.c., ed anche ai sensi dell’art. 614 bis c.p.c.”.

2.11. A causa della condotta di SAD S.p.A., che aveva dichiarato di voler vendere i beni funzionali della Funivia e della Tramvia del Renon, e in particolare i tram Appenzeller in servizio sul Renon, alle migliori condizioni (e quindi anche ad un offerente all’estero, cfr. 22, 23 e 24 della PAB), PAB si è vista costretta ad adire il Tribunale civile di Bolzano, al fine di ottenere il sequestro dei suddetti beni funzionali facenti parte della Funivia e della Tramvia del Renon (doc. 22, 23, 24, 25, 26).

Con provvedimento del 15.4.2021 il Tribunale civile di Bolzano ha autorizzato il sequestro giudiziario ex art. 670 c.p.c. sui beni funzionali ed essenziali al servizio del trasporto pubblico locale sugli impianti fissi (Funivia e Tramvia del Renon e Funicolare della Mendola con accessori e pertinenze), come da allegato 10 della parte ricorrente, nominando quale custode degli stessi la STA S.p.A. (all. 7, 8 e 15 della PAB).

Con riguardo al *fumus boni iuris* il Tribunale civile di Bolzano ha testualmente affermato che *“quanto al fumus boni iuris pare potersi considerare i beni di cui si chiede il sequestro giudiziario come “essenziali” per lo svolgimento del servizio pubblico, ai sensi e per gli effetti dell’art 17 della LP n. 15/2015 comma 3: “I beni mobili e immobili essenziali acquistati con contributi provinciali devono essere trasferiti secondo le condizioni contrattuali all’impresa subentrante, con l’obbligo di destinazione degli stessi al servizio di trasporto pubblico di persone per la durata residua del contratto. I beni sono ceduti a prezzo di mercato, al netto dei contributi in conto capitale per gli investimenti non ammortizzati.”; analoga norma è prevista dalla LP n. 16/1985, all’art. 7; allo stato la società STA offre maggiori garanzie in ordine alla conservazione dei beni, dato il carattere pubblicistico della stessa che opera senza fini di lucro e considerato che i detti beni sono strumentali all’esercizio della sua attività di pubblico trasporto.”*

Detto provvedimento di sequestro dd. 15.4.2021, emesso *inaudita altera parte*, è stato successivamente confermato con ordinanza del 30.4.2021 del Tribunale civile di Bolzano (all. 18 della PAB).

Ad istanza della PAB è stato dato seguito al suddetto provvedimento del 30.4.2021 e l’ufficiale giudiziario, in data 11.5.2021, ha provveduto al sequestro giudiziario dei beni mobili indicati nel relativo verbale, tra cui treni, carrelli tramviari, pezzi di ricambio, quadri elettrici, carrelli di manutenzione ecc., affidandoli a STA S.p.A. quale custode (all. 19 della PAB).

Successivamente, in data 18.5.2021, è stato eseguito anche il sequestro giudiziario dei seguenti beni immobili, anch’essi affidati a STA S.p.A. in qualità di custode (all. 20 della PAB):

- stazione a valle della Funivia che collega Bolzano con Soprabolzano
- la linea funiviaria, ed in particolare 1 traliccio di sostegno e le superfici di pertinenza di varie particelle
- la stazione a monte della Funivia che collega Bolzano con Soprabolzano
- la rimessa di Soprabolzano per la tramvia del Renon
- gli immobili costituenti il sedime tranviario e le fermate di stazione
- la rimessa di Collalbo per la tramvia del Renon
- la stazione a valle della Funicolare della Mendola
- la linea della funicolare della Mendola
- la stazione a monte della Funicolare della Mendola.

L'istanza di sospensione dell'esecuzione del sequestro giudiziario, presentata da SAD S.p.A. in data 30.4.2021, è stata rigettata dalla Presidente del Collegio del Tribunale di Bolzano con provvedimento del 10.6.2021 sul presupposto “- *che la custodia dei beni pare oltremodo opportuna, a fronte della incontestata intenzione di SAD spa, già concessionaria per l'esercizio dei servizi di trasporto su impianti fissi, di 'vendere i propri cespiti aziendali alle migliori condizioni', ossia di alienare i beni; - che la soc. STA pare idonea a svolgere il ruolo di custode, per i condivisi motivi esposti nell'ordinanza impugnata*” (all. 38 della PAB).

Allo stato attuale, dunque, i beni mobili e immobili facenti parte della Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola sono sotto sequestro giudiziario ed affidati in custodia a STA S.p.A..

2.12. Contestualmente è stata esperita da parte di STA S.p.A., in ossequio all'obbligo posto dalla “*clausola sociale*”, l'ordinaria procedura di trasferimento dei dipendenti di SAD S.p.A., previa informazione e consultazione delle Organizzazioni sindacali e del competente Ufficio provinciale del Lavoro, con esito positivo e conseguente assunzione di tutti i dipendenti di SAD S.p.A. addetti ai servizi di trasporto pubblico della funivia e della tramvia del Renon e della funicolare della Mendola, che hanno accettato il trasferimento e sono regolarmente al lavoro da fine maggio 2021 (all. 3-51, indice foliaro, depositato il 15.6.2021 di STA).

3.1. Con il primo motivo di ricorso SAD S.p.A. lamenta la violazione (per mancata applicazione) dell'art. 192, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 16 del D. Lgs. n. 175/16, nonché (per errata applicazione) dell'art. 18, comma 1, lett. a) e dell'art. 166 del medesimo D. Lgs., nonché eccesso di potere per sviamento, difetto di istruttoria, insufficienza di motivazione, illogicità, contraddittorietà e disparità di trattamento.

3.1.1. In primo luogo la SAD S.p.A. afferma che l'applicabilità dell'art. 192, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016 non potrebbe essere contestata per il fatto che la STA S.p.A. risulta iscritta nell'apposito elenco ANAC delle amministrazioni che possono operare mediante affidamenti diretti *in house*, di cui all'art. 192, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016, così dimostrando che il settore dei servizi pubblici di trasporto non è affatto sottratto alla disciplina di detto art. 192. Secondo la SAD S.p.A. sarebbe, infatti, paradossale voler anche solo ipotizzare che per detto servizio si applichi il primo comma e non anche il secondo comma dell'art. 192.

3.1.2. Indipendentemente da tale assorbente rilievo, l'applicabilità dell'art. 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016 scaturirebbe – sempre secondo la SAD S.p.A. – dalle seguenti considerazioni:

- A) Nella specie il Regolamento CE n. 1370/2007, normativa più permissiva rispetto all'art. 192, comma 2, del D. Lgs. n. 50/2016, non troverebbe applicazione, perché non riguarda i servizi di trasporto pubblico su fune. Con riguardo all'oggetto principale dell'affidamento detto Regolamento non contiene alcuna norma che regola il trasporto pubblico su fune.

Tanto meno, potrebbe trovare applicazione l'art. 5, par. 2, di detto Regolamento, contrariamente a quanto supposto dalla delibera principalmente impugnata, per le ragioni che seguono.

- B) L'affidamento *in house* a STA S.p.A. non comporterebbe alcun trasferimento del rischio. Nella specie, infatti, il “rischio” che PAB trasferirebbe a STA S.p.A. sarebbe anche da un punto di vista oggettivo assolutamente trascurabile e tale da non consentire (neppure a livello di finzione) una assimilazione al trasferimento del rischio operativo che caratterizza una concessione.

L'elenco degli asseriti rischi allocati su STA S.p.A., indicati a p. 4 del PEF (doc. 5), non si differenzerebbero dai “rischi” d'impresa di qualunque appaltatore (si consideri, ad esempio, la “dinamica negativa dei costi operativi per errate stime previsionali”). Inoltre, si tratterebbe di “rischi” ampiamente coperti dal corrispettivo contrattuale (che “tiene conto dei costi dei fattori produttivi dei sopracitati obblighi di servizio pubblico, con il riconoscimento di un ragionevole margine di utile”: doc. 3, p. 11) e dalla clausola revisionale, costituita dalla rivalutazione del corrispettivo (senza neppure una franchigia iniziale) sulla base degli indici ISTAT annuali (doc. 4, sub art. 5, c. 3). Considerando che per legge “La Provincia ha facoltà di sostenere finanziariamente la STA con un contributo annuale di esercizio e con l'eventuale concessione di crediti” (art. 6, comma 3, della L. prov. n. 15/2015), la mancanza del trasferimento del rischio operativo (serio e non fittizio) dalla P.A. all'assuntore del servizio risulterebbe chiaro, soprattutto alla luce del fatto che l'affidamento de quo si basa sul regime di affidamento *gross cost*, regime che garantisce ancora maggiormente gli investimenti effettuati dal gestore (cfr. Relazione ex art. 34, c. 20 del D. L. 179/2012 (doc. 3, p. 9) nella quale si legge che “in particolare, la scelta del *gross cost* toglie all'operatore il rischio di mercato e conferisce una forte connotazione sociale al sistema”).

In nessun caso (e neppure sulla base di una considerazione sostanzialistica) – sempre secondo quanto sostiene SAD S.p.A. si potrebbe quindi nella specie parlare di concessione, ma solo di contratto di appalto. Di conseguenza resterebbe esclusa la deroga prevista (per le sole concessioni di trasporto) dall'art. 18 del D.Lgs. n. 50/2016 e si confermerebbe nel caso de quo l'applicazione dell'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.

La ricorrente sul punto richiama non solo la sentenza di questo Tribunale n. 23 del 5.2.2019, ma anche la sentenza della Corte di Giustizia, Sez. IV, 21 3 2019, nelle cause riunite C-266 e C-267/17 (Rhein-Sieg-Kreis contro Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH, BVR Busverkehr Rheinland GmbH).

- C) L'applicazione dell'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 si imporrebbe, comunque, “*ab esterno*” del Codice dei contratti pubblici, in base all'art. 16, u.c., del D.Lgs. n. 175/16 e quindi anche se fosse applicabile la norma generale escludente dell'art. 18 del D.Lgs. n. 50/2016. Ciò, in quanto detto art. 16 del D.Lgs. n. 175/16 (c.d. Testo Unico in materia di Società a partecipazione pubblica), nel fissare la disciplina cui sono assoggettate tutte le “Società *in house*”, stabilisce che “*resta fermo quanto previsto dagli articoli 5 e 192 del medesimo decreto legislativo n. 50 del 2016*”.

Con detto T.U., entrato in vigore successivamente al Codice dei contratti pubblici, il Legislatore avrebbe chiaramente inteso assoggettare l'affidamento di qualsivoglia servizio a una Società *in house*

all'obbligo di motivazione fissato dal citato art. 192, comma 2, che, di conseguenza, deve ritenersi norma applicabile anche all'affidamento dei servizi di trasporto pubblico. Il che risulterebbe, del resto, in linea con quanto rilevato dal Consiglio di Stato nel parere 968/2016, reso con riferimento allo schema di decreto da cui è scaturito il suddetto T.U., nel quale relativamente all'art. 16 si legge che "*l'opzione di fondo, secondo il Collegio, dovrebbe essere nel senso che, ferme restando specifiche prescrizioni imposte dal diritto europeo, la decisione di non esternalizzare l'attività deve essere rigorosamente motivata dimostrando che la scelta organizzativa interna si risolve in un maggiore vantaggio per i cittadini*"... e ancora che "*la mancanza di una libera decisione da parte dell'amministrazione pubblica è maggiormente coerente con il principio generale di tutela della concorrenza che deve informare, alla luce di quanto prescritto dall'art. 1, l'impostazione sistematica dell'intero Testo unico. Questo vale soprattutto nel settore dei servizi di interesse economico generale [nei quali] il ricorso al mercato e non all'in house può (...) costituire esso stesso (...) un utile strumento di liberalizzazione economica*".

Sotto ogni profilo, dunque, l'applicazione dell'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 si imporrebbe alla fattispecie oggetto di ricorso. La delibera impugnata che, viceversa, lo ha apertamente disatteso non sfuggirebbe pertanto alla censura della sua totale violazione.

- D) L'applicazione dell'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 sarebbe dovuta, persino nell'ipotesi di inquadramento della fattispecie nell'art. 5, par. 2, del Regolamento CE n. 1370/2007.

A tal riguardo la SAD S.p.A. sostiene che anche nel caso che si potesse applicare alla fattispecie l'art. 5, par. 2, del Regolamento CE n. 1370/2007 (il che sarebbe da escludere per il fatto che non si tratterebbe di affidamento con "*concessione*"), il citato art. 5, par. 2, del Regolamento citato debbutta, infatti, con una possibilità derogatoria totale ("*a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale*") e comunque fa "*salve le pertinenti disposizioni della legislazione statale*" (18° considerando), proprio con riferimento al tema dell'affidamento *in house*.

Ora, comunque si voglia considerare l'istituto dell'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 sarebbe certo che si tratta, per l'*in house*, di una "*pertinente disposizione della legislazione statale*". E altrettanto si dovrebbe dire per il citato art. 16, u.c., del D.Lgs. n. 175/16, che impone anch'esso la medesima disciplina.

Conclude quindi la ricorrente, che il precetto dell'art. 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, sotto ogni profilo, si imporrebbe nel caso di specie.

3.1.3. L'applicazione al caso de quo dell'art. 192, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, secondo cui l'affidamento *in house* di servizi disponibili sul mercato è assoggettato a una duplice condizione, e precisamente al c.d. "*fallimento del mercato*" ovvero "*all'impossibilità di indire una gara d'appalto*" e alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, degli specifici vantaggi e benefici per la collettività connessi all'opzione per l'affidamento *in house*, avrebbe comportato –secondo la ricorrente SAD S.p.A., la quale al riguardo richiama diversa giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, n. 1564/2020; Cons. Stato, sez. V, n. 2275/2019; Cons. Stato, comm. spec., n. 214/2016, parere n. 968; Corte di giustizia, ord. 6.2.2020, in cause da C-89/19 a C-91/19; Corte Cost., sent. n. 100/2020) – l'obbligo della PAB di svolgere un'istruttoria idonea a verificare quali soluzioni gestionali alternative sarebbero state in concreto possibili.

Nella fattispecie ciò non sarebbe avvenuto, in quanto la PAB non avrebbe svolto alcuna istruttoria, idonea a verificare quali soluzioni gestionali alternative sarebbero state in concreto possibili e non avrebbe eseguito alcun benchmark, in ordine alle condizioni economiche che gli operatori di mercato avrebbero potuto garantire.

In primo luogo non sarebbe stato dimostrato il presupposto del c.d. “*fallimento del mercato*” (mentre la prova storica della sussistenza di un mercato sarebbe fornita dalla circostanza che gli impianti in oggetto sono gestiti da decenni da imprese private). Anzi, nel caso de quo non solo mancherebbe la prova dell’*“impossibilità di indire una gara d’appalto”* ai sensi dell’ordinanza della Corte di Giustizia del 6.2.2020, in cause da C-89/19 a C- 91/19, ma vi sarebbe la prova dell’esatto contrario, considerato che una gara per l’affidamento del servizio ad operatori privati era già stata deliberata dalla PAB con avviso di preinformazione a livello europeo (doc. 9) e che detta procedura era stata poi abbandonata per la sopravvenuta scelta politica dell’affidamento *in house*. Del resto anche la SAD S.p.A. avrebbe comunicato in più occasioni di essere interessata e pronta a partecipare a una nuova gara per l’affidamento del servizio (cfr., da ultimo, doc. 10).

Inoltre, non sarebbe stato dimostrato l’impiego ottimale delle risorse pubbliche, attraverso una comparazione in concreto, con le possibili offerte degli operatori privati. Dalla Relazione ex art. 34, comma 20 del D. L. 179/2012 risulterebbe solamente che: “*La scelta di STA, ancorché pienamente giustificata dalle considerazioni di cui sopra, permette di conseguire i seguenti vantaggi oggettivi:*

-governance forte e strutturata nell’ambito di un sistema integrato ed a forte vocazione turistica;

-focus sul servizio pubblico: condivisione delle scelte e flessibilità operativa;

-capacità di investimento: valutazione puntuale degli interventi manutentivi necessari;

-maggiore flessibilità nella gestione di situazioni di emergenza, p.es. pandemia Covid-19, rispetto alle procedure previste in caso di affidamento concorsuale;

-economicità della gestione: minore onerosità per la Provincia di Bolzano.

Infine, la scelta di STA risulta opportuna anche in considerazione della forte conflittualità sussistente a livello locale” (doc. 3, p. 8).

A parte l’ultima asserzione, che dimostrerebbe peraltro *a contrariis* la sussistenza di un mercato competitivo e attivo (tanto da creare la biasimata conflittualità) tutte le altre ragioni addotte sarebbero talmente generiche da non superare la soglia delle dichiarazioni di stile, valide per ogni occasione. L’unica osservazione relativa alla asserita economicità (“*minore onerosità per la Provincia*”) non corrisponderebbe alla realtà dei fatti, neppure confrontando l’affidamento a STA con l’attuale gestione della SAD S.p.A. (che, del resto, in caso di gara avrebbe potuto offrire condizioni ancora più vantaggiose).

Fatto sta che non sarebbe stato operato alcun confronto (né formale, né sostanziale) con le possibili offerte degli operatori privati di mercato. Tant’è che si legge, sempre nella citata Relazione, che “*La compensazione così determinata è stata confrontata:*

-con i parametri unitari di riferimento di settore per quanto riguarda i costi della Tramvia del Renon;

-con l’importo della contribuzione approvato dalla Provincia di Bolzano per l’anno 2020 con DGP n. 969 del 19.11.2019” (doc. 3, p. 11).

Per i servizi su fune sarebbe stato persino escluso ogni confronto tra impianti differenti, posto che nella citata Relazione si legge che “*per tale motivo il confronto è stato operato con l’importo complessivo della contribuzione per i 3 impianti approvato dalla Provincia di Bolzano per l’anno 2020 con DGP n. 969 del 19.11.2019. Tale DGP riguarda un valore di 4.34 milioni di € annui al*

netto di extra costi da Covid-19, rispetto ai 3,99 milioni di € quantificati da STA per il 2020 e posti a base del Business Plan proposto per l'intero periodo di durata dell'affidamento. La convenienza della scelta operata dalla Provincia per l'in house providing è quindi pienamente ed indubbiamente comprovata” (doc. 3, p. 12).

Essendo il raffronto stato fatto con i costi storici e non con le possibili offerte economiche degli operatori del mercato, confuterebbe l'asserita prova della convenienza dell'*in house* e, più in generale, non fornirebbe ragguagli in ordine *“alle ragioni del mancato ricorso al mercato: ciò in quanto essi, oltre ad essere condizionati da una rilevazione di carattere statico ancorata alla precedente gestione, non sono accompagnati da alcuna indicazione di carattere comparativo atta a corroborare la pretesa “indispensabilità” del ricorso all'in house al fine di raggiungere quegli obiettivi di qualità, accessibilità ed economicità, né da alcuna valutazione in ordine agli strumenti (come una opportuna declinazione degli obblighi di servizio ad opera del relativo contratto di concessione) alternativamente adoperabili ai fini del raggiungimento dei suddetti obiettivi nell'ipotesi di ricorso al mercato”* (Cons. Stato, sez. III, n. 2102/2021, cit.).

Né maggior pregio presenterebbe quella parte della Relazione, in cui si sottolinea che *“La forma di affidamento prescelta e il relativo peculiare rapporto che si instaurerà tra Ente affidante e STA consentirà alla Provincia di operare mediante uno strumento condiviso e flessibile e, in virtù del controllo analogo, di adattarne il regime regolatorio in vista della realizzazione dei progetti di ammodernamento e degli investimenti previsti senza i vincoli temporali che un affidamento concorsuale ad un soggetto da individuarsi necessariamente sconterebbe ma, soprattutto, senza le rigidità e i condizionamenti che tale affidamento ingegnerebbe”* (doc. 3, p. 9). Infatti, sarebbe stato puntualmente giudicato che si tratta *“di profili che potrebbero eventualmente ammettersi come idonei ad individuare, su un piano latamente politico, motivi di “preferenza” per l'affidamento del servizio alla società in house, ma che, essendo intrinseci al “controllo analogo” che l'Ente ospedaliero esercita nei confronti di ...e quindi connaturati, in via generale, al modulo organizzativo di carattere internalizzato, non possono essere validati come specificamente idonei a giustificare, secondo lo stringente paradigma posto dall'art. 192, comma 2, d.lvo n. 50/2016, il ricorso alla soluzione organizzativa “residuale” de qua: ciò in quanto ritenere che il richiamo ai vantaggi insiti nel modello internalizzato di produzione di un determinato servizio sia sufficiente a giustificare il ricorso a tale modalità derogatoria della general regola della gara equivarrebbe a devitalizzare la portata della norma, e la funzione pro-concorrenziale ad essa sottesa, consentendo l'applicazione generalizzata dell'istituto in contrasto con il suo evidenziato carattere di eccezionalità”* (Cons. Stato, sez. III, n. 2102/2021, cit.).

La Relazione predisposta da PAB risulterebbe carente di motivazione anche sotto il profilo relativo ai benefici per la collettività derivanti dall'affidamento *in house*. Anzi, tale aspetto sarebbe trascurato del tutto, così come sarebbe trascurato ogni aspetto che attenga alla professionalità della Società *in house* in ordine allo specifico servizio da gestire.

A quest'ultimo proposito la ricorrente SAD S.p.A. sostiene che la Relazione si dilungherebbe nel celebrare il ruolo di STA nel sistema di mobilità altoatesino e a descriverne le capacità in relazione alla gestione delle infrastrutture, con conseguenti presunti vantaggi derivanti dalla estensione a STA dei collegati servizi di trasporto (doc. 3, pp. 7 e 8), nulla direbbe però sulle competenze tecniche specifiche in ordine alla gestione di tali servizi di trasporto, e ciò per la saliente circostanza che le stesse mancherebbero in radice. Fino ad oggi, infatti, STA S.p.A. non avrebbe mai esercitato alcuna funzione o attività riconducibile alla nozione di trasporto pubblico, limitandosi semmai alla manutenzione dei relativi immobili. STA S.p.A., infatti, pur essendo proprietaria della funivia del Renon e della funicolare della Mendola, ne avrebbe da sempre affidato la gestione e l'esercizio alla SAD S.p.A..

La ricorrente SAD S.p.A. contesta poi la parte della motivazione dell'impugnata delibera n. 243/2021, ove si legge che "... *STA riveste un ruolo di primo piano in quanto gestore del sistema tariffario e del ticketing del trasporto pubblico ed è inoltre responsabile dell'elaborazione dei relativi dati*". Questa affermazione non risponderebbe alla realtà, posto che STA S.p.A., alla quale erano state affidate le funzioni tecniche e amministrative con la delibera G.P. n. 1370 del 6.12.2016, avrebbe subito affidato la gestione dei relativi servizi informatici e amministrativi alla società Servizi S.T. S.r.l. (precisamente con contratto 1.12.2016).

In ogni caso andrebbe considerato che le valutazioni "*di carattere soggettivo concernenti il soggetto affidatario [sono] insufficienti di per sé a veicolare in termini necessitati la scelta circa la soluzione tecnica ottimale dell'affidamento in house e quindi a dimostrare che nel mercato non siano reperibili soggetti ugualmente qualificati da un punto di vista professionale/esperienziale*" (Cons. Stato, sez. III, n. 2102/2021, cit.).

Conclude la ricorrente SAD S.p.A. sul punto che risulterebbe chiaramente da tutto il tenore della delibera n. 243/2021 e dalla c.d. Relazione tecnica che l'affidamento *in house* sarebbe frutto di una scelta puramente politica (che scaturirebbe addirittura da una norma di legge provinciale) e di una determinazione fideistica più generale, che prescinderebbe dal singolo servizio.

Non si comprenderebbe altrimenti la preconcepita affermazione che, a differenza di un operatore pubblico, "*per l'aggiudicatario del servizio di presidio dell'equilibrio economico-ovvero il conseguimento di un ragionevole margine di utile-diventa una condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo lo stesso garantire adeguate performances finanziarie ai propri soci, massimizzando il profitto dell'azienda. E' di tutta evidenza che la logica del profitto mal si adatta a scenari in cui sono previsti investimenti strutturali economicamente rilevanti, in grado di modificare anche sensibilmente i modelli gestionali in essere*" (doc. 3, p. 9).

Si sarebbe dunque ben lontani dall'insegnamento della giurisprudenza amministrativa che "*la scelta di sottrarre l'affidamento di un servizio al fisiologico confronto di mercato, optando per la soluzione auto-produttiva, deve trovare fondamento in dati oggettivi ed attentamente valutati, che giustifichino il sacrificio che quella scelta arreca alla libertà di concorrenza...Immediato corollario applicativo della disposizione citata, e del valore pre-concorrenziale ad essa riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale, è quindi l'impossibilità di fare leva su dati evanescenti, di carattere eventuale o meramente organizzativo, insuscettibili di manifestare un corrispondente significativo beneficio per la collettività, derivante dal ricorso al modello dell'in house providing, e di integrare una parallela valida ragione derogatrice del ricorso primario al mercato*" (Cons. Stato, sez. III, n. 2102/2021, cit.).

3.1.4. Le censure non colgono nel segno.

3.1.4.1. Appare innanzitutto utile esaminare il quadro normativo nel quale si colloca la materia del servizio di trasporto locale.

Viene in rilievo, innanzitutto, il Regolamento CE del 23.10.2007, n. 1370 relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, il quale al comma 2 prevede quanto segue: "*2. A meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi....*

Se un'autorità competente a livello locale adotta una tale decisione, si applicano le disposizioni seguenti:

a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri;

b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, pur con eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale;

c) in deroga alla lettera b), un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta;

d) in mancanza di un'autorità competente a livello locale, le lettere a), b) e c) si applicano a un'autorità nazionale per una zona geografica non nazionale, a condizione che l'operatore interno non partecipi a gare pubbliche indette per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri al di fuori della zona per la quale è stato aggiudicato il contratto di servizio pubblico;

e) in caso di subappalto ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, l'operatore interno è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri in questione”.

L'art. 61 della legge del 23.7.2009, n. 99, riguardante le “Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”, stabilisce che “1. Al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007. Alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatrici di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422.”.

L'art. 166 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recependo l'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, rubricato appunto “Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche”, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione, decidendo il modo migliore “per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

Inoltre, l'art. 5, comma 1 del D.Igs. n. 50/2016 dispone che: *“Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:*

a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi;

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati le quali non comportano controllo o potere di veto previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.”.

La l.p. del 23.11.2015, n. 15 sulla *“Mobilità pubblica”* – adottata, come già detto sopra, in forza della competenza primaria in materia di trasporto e comunicazioni di interesse provinciale che lo Statuto Speciale per il Trentino Alto Adige riserva alla Provincia autonoma di Bolzano – all'art. 1 stabilisce che *“la presente legge disciplina il trasporto pubblico di persone di interesse provinciale”* e all'art. 2 che *“I servizi di trasporto di linea sono i servizi autobus, ferroviari, tranviari, funiviari, altri servizi su impianti fissi e sistemi alternativi di trasporto, organizzati in modo continuativo, periodico o temporaneo, con itinerari, fermate, orari e tariffe prestabiliti e rivolti alla totalità degli utenti.”.*

L'art. 4 di detta l.p. n. 15/2015 dispone poi che *“la Provincia di Bolzano ... istituisce i servizi di trasporto pubblico di interesse provinciale”* e che la medesima *“svolge le funzioni di pianificazione, gestione, programmazione, indirizzo, coordinamento, monitoraggio e vigilanza dei servizi di cui al comma 1.”.*

In ordine al modo di affidamento di detti servizi pubblici di trasporto l'art. 20 della l.p. n. 15/2015 prevede espressamente che *“I servizi possono essere forniti, nel rispetto della normativa dell'Unione europea, dalle amministrazioni stesse o da un soggetto su cui le amministrazioni competenti a livello locale, o almeno un'amministrazione competente a livello locale nel caso di un gruppo di amministrazioni, esercitano un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture.”.*

Anche la l.p. del 17 dicembre 2015, n. 16 (*“Disposizioni sugli appalti pubblici”*) stabilisce all'art. 7, comma 9 che *“Il servizio di trasporto pubblico locale è principalmente garantito dalla Provincia autonoma di Bolzano, anche attraverso un modello di gestione pubblica in house o azienda speciale, secondo i principi della mobilità sostenibile, nel rispetto della normativa unionale. Nelle more dell'individuazione della società o dell'azienda speciale la Provincia assicura con propri provvedimenti la prosecuzione del servizio all'utenza. Sono fatti salvi gli affidamenti con gara delle linee di trasporto minori e complementari nell'ambito di un sistema integrato della mobilità nonché gli interventi di promozione delle piccole e medie imprese nel trasporto locale.”.*

Non viene, invece, in rilievo l'art. 192, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 (rubricato *“Regime speciale degli affidamenti in house”*), che ai commi 1 e 2 così dispone: *“1. E' istituito presso l'ANAC, anche al fine di garantire adeguati livelli di pubblicità e trasparenza nei contratti pubblici, l'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house di cui all'articolo 5. L'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che*

L'Autorità definisce con proprio atto. L'Autorità per la raccolta delle informazioni e la verifica dei predetti requisiti opera mediante procedure informatiche, anche attraverso il collegamento, sulla base di apposite convenzioni, con i relativi sistemi in uso presso altre Amministrazioni pubbliche ed altri soggetti operanti nel settore dei contratti pubblici. La domanda di iscrizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori sotto la propria responsabilità, di effettuare affidamenti diretti dei contratti all'ente strumentale. Resta fermo l'obbligo di pubblicazione degli atti connessi all'affidamento diretto medesimo secondo quanto previsto al comma 3.

2. Ai fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.”.

3.1.4.2. Dalle citate disposizioni di legge si deve dedurre che il settore del trasporto pubblico locale, quale settore speciale dei servizi pubblici, è sottratto all'applicazione dell'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016. Ad esso va, invece, applicata la normativa europea (Regolamento CE n. 1370/2007), integrata dalla normativa interna, e in particolare dall'art. 20 della l.p. n. 15/2015 che prevede il ricorso all'*in house providing* per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di interesse provinciale non come un'ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali, ma come una delle normali forme organizzative dei medesimi, con la conseguenza che la decisione di un ente sulla concreta gestione dei servizi pubblici locali, ivi compresa quella di avvalersi dell'affidamento diretto *in house* (purché a condizione che ne ricorrano tutti i requisiti necessari), costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che deve essere certamente motivata circa le ragioni di fatto e di convenienza che la giustificano e che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà ovvero non sia fondata su di un altrettanto macroscopico travisamento dei fatti (Cons. Stato, Sez. V, n. 257/2015; n. 4599/2014; T.A.R. Liguria, II, n. 120/2016).

Al riguardo questo Collegio richiama espressamente quanto già deciso da questo Tribunale in una causa analoga, instaurata sempre dalla SAD S.p.A. nei confronti della PAB ed altri e riguardante l'affidamento *in house* dei servizi di trasporto pubblico di linea urbani ed extraurbani alla SASA S.p.A., decisione dalla quale questo Collegio non ha motivo per discostarsi: “78. *La discussione va focalizzata sull'assolvimento degli oneri di adeguata ponderazione degli interessi pubblici collegati alla scelta gestionale operata dalla PAB. Quest'ultima – secondo la narrazione di parte ricorrente – si sarebbe determinata a favore dell'affidamento diretto in carenza di valido approfondimento istruttorio- motivazionale ed in ritenuta violazione dei parametri normativi stabiliti dall'art. 34, comma 20 del D.L. n. 221/12 e dall'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.*

79. *Al riguardo, va preliminarmente ed in via generale ribadito che, ricorrendo i presupposti di legge (controllo analogo e attività prevalente), il modello in house ha carattere di ordinaria modalità di aggiudicazione, come riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità di disposizioni di legge che configuravano invece detto strumento di affidamento come eccezionale e residuale (Corte Cost., sent. n. 199/2012).*

80. *Anche la prevalente giurisprudenza amministrativa, non solo ha ritenuto superato il principio dell'eccezionalità del ricorso all'in house providing (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 3554/2017, id. Sez. III, sent. n. 4902/2017), ma ha pure rilevato come la relativa decisione dell'amministrazione*

sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salva l'ipotesi di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta (Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 257/2015).

81. I citati approdi giurisprudenziali rispecchiano posizioni già acquisite in ambito eurounitario, ove pure si esclude – in ossequio al principio di libera organizzazione delle amministrazioni pubbliche – l'imposizione di una particolare modalità gestionale o anche solo una generica preferenza in favore dell'una o dell'altra tipologia di affidamento (sent. CGUE, Grande Sezione, sent. 09.06.2009, in causa C-480/06).

82. Contro l'evidenza dei principi sopra enunciati, parte ricorrente insiste nel rappresentare l'affidamento diretto tramite "in house providing" come ipotesi eccezionale e residuale di gestione dei servizi pubblici locali, a fronte di una chiara opzione che l'ordinamento avrebbe espresso in favore della gara e dell'apertura al mercato in genere.

83. La tesi fa leva sul comma 2 dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici, laddove esige che l'amministrazione committente debba dar conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della diversa modalità di gestione prescelta.

84. Gli argomenti messi in campo da parte ricorrente – che si traducono, sul piano pratico in un significativo aggravio motivazionale per gli affidamenti diretti – non persuadono. Essi appaiono incentrati su di una norma (l'art. 192 citato) che non si applica ratione materiae ai servizi di TPL.

85. Lo si ricava, in primo luogo, dall'art. 5, comma 2 del Reg. CE n. 1370/2007, che, disciplinando il settore speciale dei "servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada", attribuisce alle autorità preposte la facoltà di fornire esse stesse i servizi in questione o di procedere all'aggiudicazione diretta in favore di soggetto sottoposto a controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi.

86. L'autoproduzione (diretta o per delegazione interorganica) rappresenta, quindi, la regola e non l'eccezione nell'ambito settoriale che ne occupa, come confermato anche dal 18° "considerando" del citato Regolamento CE n. 1370/2007, a termini del quale "ogni autorità nazionale può decidere se fornire essa stessa i servizi pubblici di trasporto di passeggeri nel suo territorio o se affidarli ad un operatore interno senza ricorrere a procedure di gara".

87. La fonte normativa eurounitaria viene poi integrata, sul piano normativo interno, sia dall'art. 20 della L.P. n. 15/2015 che prevede il ricorso all'in house providing per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di linea in genere, sia dall'art. 5, comma 3 della L.P. n. 7/2017 che - con riferimento ai trasporti urbani e suburbani - autorizza espressamente la Giunta provinciale ad acquisire quote di capitale sociale della partecipata SASA s.p.a. "al fine di garantire e promuovere forme di mobilità innovative ed ecosostenibili per i servizi di trasporto pubblico urbano e suburbano nei maggiori agglomerati urbanizzati".

88. Il carattere "ordinario" dell'affidamento in house trova altresì conferma in una recente presa di posizione del Giudice amministrativo, secondo il quale deve ritenersi assodato che "l'ambito dell'affidamento delle concessioni del servizio di trasporto pubblico locale è contraddistinto da una disciplina speciale di fonte euro-unitaria, caratterizzata da una liberalizzazione non integrale, trattandosi di settore non soggetto per intero al regime della concorrenza" (TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. n. 1680/2020).

89. Da tale premessa viene poi tratta, nel medesimo arresto, la conclusione: "1) che l'affidamento in house costituisce modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di TPL; 2) che i presupposti della scelta di tale modulo organizzativo del servizio di T.P.L.

consistono esclusivamente nel ricorrere dei requisiti previsti dal citato art. 5.2 del Regolamento n. 1370/2007, senza alcun onere motivazionale “rinforzato” circa le ragioni del mancato ricorso al mercato; 3) che la decisione di avvalersi della forma di gestione in house costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto laddove sia inficiata da un travisamento dei due sopra citati presupposti di fatto, e/o da manifesta illogicità (cfr. Consiglio di Stato, III, 24.10.2017, n. 4902; Consiglio di Stato, V, 22.1.2015, n. 257, TAR Lazio, I quater, sent. 4735/2020; TAR Liguria, sezione II, n.753/2019)”.

90. Può quindi darsi per acquista l'inesistenza della preferenza di sistema predicata da parte ricorrente a favore dell'esternalizzazione dei servizi di TPL, dovendosi, per contro, registrare l'evidente favor espresso dal legislatore (e dalla Corte Costituzionale: v. sent. 199/2012) nei riguardi di modelli di autoproduzione, ritenuti maggiormente idonei a soddisfare le esigenze di innovazione e sostenibilità ambientale dei servizi di TPL prestati in un contesto urbanizzato.

91. Le esposte considerazioni – anche se non idonee a sovvertire una presunta gerarchia dei sistemi di affidamento dei servizi pubblici di interesse economico - comportano quantomeno una significativa attenuazione dell'onere motivazionale gravante sull'ente pubblico di governo che si determini a favore dell'affidamento in house.” (TRGA Bolzano n. 179/2020).

Detta decisione, del resto, rispecchia perfettamente le recenti pronunce dei Giudici amministrativi in materia di affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale.

Così il Consiglio di Stato, sezione V, nella decisione n. 4310/2020 ha affermato in una causa analoga (affidamento *in house* del servizio di trasporto pubblico locale alla AMT - Azienda Mobilità e Trasporti s.p.a. da parte della Città metropolitana di Genova) che: *“Sul punto è corretta la statuizione della sentenza di primo grado secondo cui nel settore del trasporto pubblico locale l'in house providing è una modalità ordinaria di affidamento dei relativi servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato. Ciò si desume innanzitutto dall'art. 5, comma 2, del regolamento CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 [relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70], secondo cui, salvo che «non sia vietato dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture». In secondo luogo si ricava dal fatto che l'art. 18, lett. a), del codice dei contratti pubblici esclude dalla propria applicazione le «concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007».*

13. Come pertanto sottolineano l'amministrazione resistente e la medesima controinteressata, la disciplina ora richiamata impedisce di applicare la regola prevista dall'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici ed incentrata sulla comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'in house providing e del ricorso al mercato, a mente della quale: «(a) i fini dell'affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

La regola enunciata dalla disposizione ora richiamata - la cui violazione è stata dedotta in primo grado dalla XXX come motivo aggiunto di impugnazione - postula infatti come forma principale di affidamento di servizi pubblici quella del ricorso al mercato, rispetto alla quale l'amministrazione interessata deve indicare le ragioni per la sua deroga, fondata su ragioni tecniche e di convenienza economica (cfr. in questo senso, di recente: Cons. Stato, V, 27 gennaio 2020, n. 681). Un rapporto di regola ed eccezione non è invece previsto per il servizio di trasporto pubblico locale, in forza della disposizione sovranazionale sopra menzionata e dell'esclusione sul piano interno dal codice dei contratti pubblici di cui all'art. 18, lett. a) parimenti richiamata in precedenza, cosicché difettano le basi logico- giuridiche della comparazione invece pretesa dalla XXX.

14. In questo senso si pone del resto la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui il regolamento n. 1370 del 2007 più volte richiamato deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto pubblico locale non sono tenute a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, a svolgere una valutazione comparativa tra tali offerte (sentenza 24 ottobre 2019, C-515/18; Autorità garante della concorrenza e del mercato; cfr. in particolare i §§ 27 - 30). Benché la pronuncia ora richiamata sia stata resa con riguardo al trasporto ferroviario le considerazioni in essa svolte sono pacificamente estensibili al trasporto su strada, anch'esso contraddistinto da una limitata apertura al mercato e pertanto accomunato al primo dal regolamento n. 1370 del 2007.

15. Come ulteriormente deducono le parti resistenti, la regola è confermata a livello nazionale dall'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), secondo cui «anche in deroga alla disciplina di settore» le amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale «possono avvalersi delle previsioni» di cui al citato art. 5, comma 2, del regolamento n. 1370 del 2007.»

Anche il TAR Lazio, Roma, con la sentenza n. 1680/2020 ha dichiarato che: “Da tutto quanto precede consegue: 1) che l'affidamento in house costituisce modalità ordinaria e nient'affatto eccezionale di affidamento della concessione dei servizi di TPL; 2) che i presupposti della scelta di tale modulo organizzativo del servizio di T.P.L. consistono esclusivamente nel ricorrere dei requisiti previsti dal citato art. 5.2 del Regolamento n. 1370/2007, senza alcun onere motivazionale “rinforzato” circa le ragioni del mancato ricorso al mercato; 3) che la decisione di avvalersi della forma di gestione in house costituisce il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto laddove sia inficiata da un travisamento dei due sopra citati presupposti di fatto, e/o da manifesta illogicità (cfr. Consiglio di Stato, III, 24.10.2017, n. 4902; Consiglio di Stato, V, 22.1.2015, n. 257).”

Nello stesso senso ha deciso poi il TAR Liguria nella sentenza n. 683/2020: “è sufficiente richiamare le considerazioni contenute nella recente sentenza 6.7.2020, n. 4310, con cui la sezione V del Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza di questa sezione n. 753/2019 relativa all'affidamento in house, da parte della Città Metropolitana di Genova, del servizio di trasporto pubblico locale per il lotto n. 1 concernente l'ambito urbano, ha chiarito: - che, come si desume dall'art. 5 comma 2 del regolamento CE n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007 e dall'art. 18, lett. a) del codice dei contratti pubblici (che esclude dal proprio campo di applicazione le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento CE n. 1370/2007), nel settore del trasporto pubblico locale l'in house providing è una modalità affatto ordinaria di affidamento dei relativi servizi, “perfettamente alternativa al ricorso al mercato” (§ 12); - che la disciplina ora richiamata impedisce

di applicare la regola prevista dall'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici, incentrata sulla comparazione tra gli opposti modelli di gestione dell'in house providing e del ricorso al mercato, posto che, per il servizio di trasporto pubblico locale, non è invece previsto un rapporto di regola ed eccezione, cosicché difettano le basi logico-giuridiche della pretesa comparazione (§ 13); - che in questo senso si pone anche la giurisprudenza della Corte di giustizia (vedi la sentenza della Sez. X, 24 ottobre 2019, in causa C-515/18), secondo cui il regolamento n. 1370 del 2007 deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio di trasporto pubblico locale non sono tenute a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, a svolgere una valutazione comparativa tra tali offerte (§ 14); - che la regola è confermata a livello nazionale dall'art. 61 della legge 23 luglio 2009, n. 99 (recante disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), secondo cui "anche in deroga alla disciplina di settore" le amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale "possono avvalersi delle previsioni" di cui al citato art. 5, comma 2, del regolamento n. 1370 del 2007;".

Di conseguenza, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in particolare la decisione n. 2102/2021, richiamata dalla ricorrente SAD S.p.A. a fondamento della propria tesi dell'applicabilità al caso de quo dell'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016, risulta del tutto inconferente, in quanto riguardante l'affidamento del servizio di gestione dell'accesso, sosta e viabilità interna dell'IRCCS Ospedale Policlinico San Martino di Genova che, invece, pacificamente ricade nell'ambito di applicazione dell'invocato art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016.

Per le stesse ragioni appaiono inconferenti pure le considerazioni contenute nella sentenza della Corte costituzionale n. 100/2020, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti diano conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato.

3.1.4.3. Parimenti non fondata è l'affermazione della SAD S.p.A. secondo cui la classificazione del servizio in termini di appalto o concessione avrebbe conseguenze in ordine all'applicabilità del modello di gestione *in house*.

Difatti, l'affidamento *in house* è altresì previsto anche nell'ipotesi in cui il contratto assuma la forma di un appalto (v. direttive europee nn. 24 e 25 del 2014) anziché di una concessione - come definita da dette direttive - al ricorrere dei prescritti presupposti (tra gli altri, il controllo analogo e la prevalenza dell'attività nei confronti dell'ente controllante).

Nel caso de quo, a carico del gestore è posto il rischio sul lato dell'offerta derivante dall'andamento del costo di produzione del servizio, in coerenza con il riparto dei rischi predisposto in relazione alle tipologie di rischio, nonché dal potere riconosciuto alla PAB affidante, regolamentato da specifiche clausole contrattuali, di variazione dei servizi affidati e dei programmi di esercizio.

Al gestore sono inoltre riconosciuti dei premi, collegati a un sistema di incentivazione del personale, a fronte dell'incremento della soddisfazione dei viaggiatori e del numero di passeggeri trasportati in conseguenza della buona qualità e affidabilità del Servizio.

È, altresì, previsto un sistema di compensazione degli obblighi di servizio pubblico che tiene conto dei costi dei fattori produttivi necessari per l'assolvimento degli obblighi di servizio, con il riconoscimento di un ragionevole margine di utile.

I parametri di riferimento della compensazione sono costituiti dal corrispettivo unitario, in coerenza con le previsioni dell'art. 14, comma 3 della l.p. n. 15/2015, espresso in termini di costo per ora di trasporto per la Funivia del Renon e per la Funicolare della Mendola e in termini di costo per treno*km per la Tramvia del Renon.

I relativi corrispettivi scaturiscono dal PEF predisposto per l'affidamento, comprensivo delle eventuali variazioni apportate in itinere, strutturato con evidenziazione degli aggregati indicati all'Allegato al Regolamento.

La compensazione così determinata è stata confrontata:

- con i parametri unitari di riferimento di settore per quanto riguarda i costi della Tramvia del Renon;
- con l'importo della contribuzione approvato dalla PAB per l'anno 2020 (v. d.G.P. n. 969 del 19.11.2019).

Il costo unitario della Tramvia del Renon, inclusi i costi di rete, nel 2020 risulta pari a 9,89 €/treno*km al netto di IVA, sensibilmente inferiore agli standard medi di settore considerata la portata non superiore ai 6.500 pax/giorno della Tramvia del Renon.

Per quanto riguarda la modalità di servizio su fune (funivie e funicolari), stanti le peculiarità tecniche di ciascun impianto, il confronto è stato operato con l'importo complessivo della contribuzione per i tre impianti approvato dalla PAB per l'anno 2020 (v. d.G.P. n. 969 del 19.11.2019). Tale deliberazione della Giunta Provinciale riguarda un valore di 4,34 milioni di euro annui al netto di extra costi da Covid-19, rispetto ai 3,99 milioni di euro quantificati dalla STA S.P.A. per il 2020 e posti a base del Business Plan proposto per l'intero periodo di durata dell'affidamento.

Da quanto precede risulta che la convenienza della scelta operata dalla PAB per l'*in house providing* è quindi pienamente e indubitabilmente comprovata.

A tanto va soggiunto che il legislatore nazionale, all'art. 61 della l. n. 99/2009, ha dato piena attuazione - in tema di affidamento - alle disposizioni di cui al Regolamento n. 1370/2007, consentendo alle autorità competenti di avvalersi delle previsioni di cui al suo art. 5 paragrafi 2, 4, 5 e 6, anche in deroga alla disciplina di settore nazionale.

Inoltre, il Legislatore interno, nel recepire le direttive europee nn. 24 e 25 del 2014, all'art. 5 del D.Lgs. n. 50/2016 ha pure previsto che il ricorso all'affidamento *in house* è possibile se sussistono le seguenti condizioni:

- controllo analogo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (primo requisito strutturale);
- oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata deve essere effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice che la controlla (requisito funzionale);

- partecipazione totalitaria da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero assenza, nella persona giuridica controllata, di partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di quelle forme previste dalla legislazione nazionale (secondo requisito strutturale).

Anche la succitata normativa del Legislatore provinciale risulta sul punto rilevante e convergente.

In materia di affidamento di servizi, il Legislatore provinciale ha infatti normato i servizi pubblici di rilevanza economica, anche con specifico riferimento ai servizi del trasporto pubblico locale.

Quanto ai primi, *“i servizi pubblici di rilevanza economica possono essere affidati a società di capitali qualora una o più amministrazioni ... detengano per intero il capitale sociale, esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la società realizzi la parte più rilevante della propria attività con uno o più degli enti che la controllano”* (art. 3 l.p. n. 12/2007).

Viceversa, in riferimento ai servizi del trasporto pubblico locale, *“i servizi di trasporto pubblico di linea sono affidati secondo le procedure previste dall'Unione Europea”* (art. 11 l.p. n. 15/2015) con previsione espressa del ricorso all'*in house providing* (art. 20 l.p. n. 15/2015).

Anche la recente l. p. n. 3/2019 riguardante *“semplificazioni negli appalti pubblici”*, ha rafforzato l'apertura all'*in house providing*, asserendo che il servizio di trasporto pubblico è principalmente garantito anche attraverso il ricorso a modelli di gestione pubblica *in house* o ad aziende speciali (art. 4 comma 2, che modifica l'art. 7 della l. p. n. 16/2015, introducendo il comma 9).

A finire sul punto, diversamente da quanto afferma la SAD S.p.A., il servizio del trasporto pubblico locale può essere affidato sia tramite appalto sia tramite concessione di servizio, risultando la differenza - che non assume tuttavia una sua rilevanza in ordine ai limiti sull'applicabilità del modulo organizzativo - solo nel fatto che nella concessione di servizio l'affidatario si assume un rischio di gestione.

3.1.4.4. Parimenti non fondata appare l'ulteriore censura della ricorrente SAD S.p.A. sull'asserita non applicabilità del Regolamento n. 1370/2007 in materia di servizi di trasporto a fune. Come già esposto sopra, la SAD S.p.A. afferma che il trasporto pubblico mediante funivia sarebbe totalmente estraneo all'applicazione di detto Regolamento n. 1370/2007, essendo lo stesso applicabile ai soli servizi di trasporto eseguiti su strada o su ferrovia.

È ben vero che il citato Regolamento nell'art. 1, comma 2, formalmente parla di *“servizi pubblici di trasporto di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada”*, ma è altrettanto vero che la *ratio* di detta indicazione *“per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada”* non può essere quella di limitare la portata dispositiva del Regolamento, bensì quella di disciplinare il trasporto pubblico di passeggeri, a prescindere dalla natura dei mezzi con i quali avvenga.

Come giustamente osserva anche la difesa della STA S.p.A., ciò che ben più efficacemente avvicina le varie modalità di trasporto non è il *“come”* concretamente si espletano, ma la finalità (comune) che è sottesa alla loro gestione.

Pertanto, ad avviso del Collegio, il Legislatore europeo con le parole *“per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada”* intendeva riferirsi ai modi di trasporto più comuni e diffusi, non al fine di escludere tutti gli altri modi di trasporto pubblico di passeggeri, ma per poter oggettivamente il più possibile la sua disciplina.

Ciò che è decisivo al fine di far rientrare il servizio di trasporto a fune nella disciplina euro-unitaria è la circostanza che il relativo trasporto deve classificarsi come “*pubblico*”, a prescindere dall’articolazione che in concreto delinea il servizio, maggiormente piegata a logiche ed esigenze di tipo orografiche, geografiche, demografiche e sociologiche.

Bisogna, pertanto, distinguere gli impianti a fune di collegamento che rientrano nella nozione di servizio pubblico di trasporto locale, dagli impianti a fune volti alla soddisfazione di interessi “*privati*” - quali quelli destinati alla pratica degli sport invernali - che, come è ovvio, non costituiscono veri e propri servizi pubblici.

Ebbene, gli impianti a fune appartenenti a quest’ultima categoria, non fornendo un servizio di trasporto volto a soddisfare esigenze di mobilità generale della popolazione, ma potendo generare profitti (per il tramite degli sport invernali, ad esempio), costituiscono un’attività di carattere commerciale che non risponde a esigenze generali e fondamentali della collettività relativi a servizi considerati come parte essenziale della vita quotidiana (cfr. Comunicazione della Commissione europea indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all’aiuto di Stato - regime di aiuti in favore degli impianti a fune - n. 376/2001).

Tale impostazione è stata condivisa dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui “*ai fini della definizione della rilevanza economica del servizio è necessario distinguere tra servizi pubblici che si ritiene debbano essere resi alla collettività anche al di fuori di una logica di profitto d’impresa, cioè quelli che il mercato privato non è in grado o non è interessato a fornire, da quelli che, pur essendo di pubblica utilità, rientrano in una situazione di mercato appetibile per gli imprenditori in quanto la loro gestione consente una remunerazione dei fattori di produzione e del capitale e permette all’impresa di trarre dalla gestione la fonte della remunerazione, con esclusione di interventi pubblici*” (TAR Lazio, Sez. II-Quater, 01.09.2014 n. 9264; TAR Lazio, Sez. II-Ter, 22.03.2011 n. 2538).

Nella decisione n. 1171/2015 la sezione V del Consiglio di Stato ha inoltre dichiarato che la finalità pubblicistica dev’essere apprezzata in senso sostanzialistico, dovendosi finanche distinguere, all’interno della categoria “*trasporto turistico*” - normalmente non ricompresa nella nozione di servizio pubblico - il trasporto delle funivie (di cui non può ammettersi il rinnovo automatico) dalle concessioni afferenti sciovie e slittovie di durata stagionale.

Orbene, in considerazione del fatto che gli impianti a fune oggetto del servizio di cui trattasi (“*Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola*”) sono destinati in primo luogo al trasporto di passeggeri pendolari (oltre che al trasporto di turisti) e quindi alla soddisfazione di esigenza della collettività (la gestione del servizio avviene, infatti, senza soluzione di continuità durante tutto l’anno solare ed è dedicata a tutta la popolazione), ad avviso del Collegio, non possono sussistere dubbi sul fatto che detti impianti di trasporto a fune, che non sono esclusi dalla nozione di trasporto pubblico locale da alcuna norma (cfr. TRGA Bolzano, n. 57/2008), sono soggetti alla regolazione euro-unitaria e quindi alla piena applicabilità del Regolamento n. 1370/2007.

In conclusione, come giustamente rileva la difesa della STA S.p.A., bisogna anche evidenziare che la parte maggioritaria del servizio del quo riguarda il trasporto su rotaia e non su fune (31% tramvia; 22% funicolare, che viaggia su rotaia, e 47% funivia).

3.1.4.5. Del tutto infondata appare poi la censura riguardante l’asserita necessaria applicabilità dell’art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016 per il fatto che la STA S.p.A. risulta iscritta nell’apposito elenco ANAC delle amministrazioni che possono operare mediante affidamenti diretti *in house*, di

cui all'art. 192, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016, così dimostrando che il settore dei servizi pubblici di trasporto non è affatto sottratto alla disciplina di detto art. 192.

Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente SAD S.p.A., ad avviso del Collegio, tra il primo ed il secondo comma dell'art. 192 non vi è nessun nesso, dal quale si dovrebbe dedurre la necessaria applicazione del regime di cui al comma 2 nell'ipotesi di un'impresa iscritta nel suddetto elenco ANAC. Infatti, una cosa è la previsione e regolamentazione, al comma 1, dell'istituzione del citato elenco ANAC, nel quale vengono indistintamente iscritte tutte le imprese che possono operare mediante affidamenti diretti *in house* e tutt'altra cosa è la regolamentazione, al comma 2, delle condizioni per gli affidamenti *in house* dei servizi pubblici in generale, ma non anche per l'affidamento *in house* del servizio del trasporto pubblico locale.

3.1.4.6. Accertato che la forma di affidamento dei servizi di trasporto pubblico di cui trattasi (“*Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola*”) prescelta dalla PAB è conforme al quadro normativo comunitario, nazionale e provinciale, e in particolare al Regolamento n. 1370/2007, alla direttiva 2014/25/UE, al D.Lgs. n. 50/2016 ed alle leggi provinciali nn. 12/2007, 15/2015 e 15/2016), non può nemmeno sostenersi validamente che nella fattispecie la scelta dell'autoproduzione della PAB non sia corredata da motivazione supplementare o comunque maggiormente approfondita, così come richiesto dall'art. 192, comma 2 del D.Lgs. n. 50/2016, ma sia stata operata per finalità sviate (secondo la ricorrente puramente politiche) rispetto al perseguimento dell'obiettivo di erogare un servizio efficiente.

Giova ribadire quanto già detto sopra, come, nel ricorrere dei relativi presupposti (tra gli altri, l'esercizio da parte della PA di un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e la prevalenza dell'attività nei confronti dell'ente controllante), la decisione di un ente di avvalersi dell'affidamento diretto *in house* per la gestione dei servizi pubblici di trasporto locale, non richiedendo alcun onere motivazionale “*rinforzato*” circa le ragioni del mancato ricorso al mercato, costituisca il frutto di una scelta ampiamente discrezionale, che, se adeguatamente motivata, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, irragionevolezza, irrazionalità ed arbitrarietà, ovvero non sia fondata su di un macroscopico travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, sezione V, n. 257/2015; idem n. 4599/2014; T.A.R. Liguria, II, n. 120/2016).

3.1.4.7. Orbene, nella fattispecie la scelta della PAB di affidare i servizi di trasporto pubblico di cui trattasi alla STA S.p.A. risulta congruamente motivata e sfugge a rilievi di macroscopico travisamento dei fatti e/o di palese irragionevolezza od arbitrarietà, avendo l'Amministrazione fornito un esauriente giustificazione delle ragioni della preferenza accordata al modello gestionale dell'*in house providing*.

Detta ponderazione degli interessi coinvolti è stata fatta nella impugnata delibera n. 243/2021, nella Relazione redatta ex art. 34 del D.L. n. 179/2012 che costituisce parte integrante della citata delibera, nonché nella Relazione di accompagnamento al PEF simulato di gara del 17.12.2020, redatta dal Professor Giovanni Liberatore, ordinario di economia aziendale nell'Università di Firenze, che conferma l'analisi della convenienza dell'affidamento *in house* nel confronto con gli esercizi precedenti.

Le ragioni illustrate nei suddetti atti consentono, infatti, di ritenere come il ricorso all'*in house providing*, nei termini e alle condizioni previste dall'art. 5 comma 2 del Regolamento n. 1370/2007, sia lo strumento maggiormente idoneo a soddisfare le esigenze di mobilità garantite dagli impianti di cui trattasi e che la STA S.p.A., in quanto società di capitali di cui la PAB è socio unico e sulla quale esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi) sia l'operatore ideale per detto affidamento *in house*, tenuto anche conto della sostanziale indivisibilità tra impianto e servizio

sussistente nel caso delle strutture funiviarie, che costituisce indubbiamente la soluzione più logica ed opportuna per massimizzare l'efficacia e l'affidabilità del servizio stesso.

Inoltre la scelta di STA S.p.A., ancorché già pienamente giustificata dalle suddette ragioni, secondo quanto esposto nei citati atti, permette di conseguire i seguenti vantaggi oggettivi:

“· governance forte e strutturata nell'ambito di un sistema integrato a forte connotazione sociale e turistica;

· focus sul servizio pubblico: condivisione e flessibilità operativa;

· capacità di investimento: valutazione puntuale degli interventi manutentivi necessari;

· economicità della gestione: minore onerosità per la Provincia di Bolzano;

· maggiore flessibilità nella gestione di situazioni di emergenza, p. es. pandemia Covid-19, rispetto alle procedure previste in caso di affidamento concorsuale.

Il sistema di mobilità altoatesino di fatto costituisce un modello per la mobilità alpina sostenibile: una governance forte e strutturata nell'ambito di un contesto decisamente evoluto consente di gestire efficacemente tutte le modalità di trasporto pubblico e di conseguire livelli di servizio decisamente elevati per efficacia e qualità, e senza eguali a livello nazionale, a vantaggio sia dei residenti sia dell'elevato numero di turisti”.

In particolare, la scelta del *gross cost* sottrae all'operatore il rischio di mercato e conferisce una forte connotazione sociale al sistema.

Come specificato nella Relazione ex Art. 34, comma 20 del D.L. n. 179/2012, *“a differenza di altre Regioni, l'Alto Adige, ha da sempre posto una grande attenzione alla mobilità pubblica, ma è con il sistema integrato Alto-Adige Pass che il trasporto pubblico ha fatto un vero e proprio “salto di qualità”: la grande diffusione dello stesso tra la popolazione dimostra l'apprezzamento di tale soluzione (circa 270.000 Alto Adige Pass attivi su una popolazione di 520.000 residenti), che si riflette in uno split modale decisamente più a favore della mobilità pubblica rispetto al resto d'Italia.*

Nel contesto descritto, la STA S.p.A. riveste un ruolo di primo piano in quanto gestore del sistema tariffario e del ticketing del trasporto pubblico e responsabile dell'elaborazione dei dati riguardanti l'Alto Adige Pass. La forma di affidamento prescelta e il relativo peculiare rapporto tra Ente affidante e STA consentirà alla Provincia di operare mediante uno strumento condiviso e flessibile e, in virtù del controllo analogo, di adattarne il regime regolatorio in vista della realizzazione dei progetti di ammodernamento e degli investimenti previsti senza i vincoli temporali che un affidamento concorsuale a un soggetto da individuarsi necessariamente sconterebbe ma, soprattutto, senza le rigidità e i condizionamenti che tale affidamento ingenererebbe. In quest'ultimo caso, infatti, per l'aggiudicatario del servizio il presidio dell'equilibrio economico - ovvero il conseguimento di un ragionevole margine di utile - diventa una condizione necessaria ma non sufficiente, dovendo lo stesso garantire adeguate performance finanziarie ai propri soci, massimizzando il profitto dell'azienda. È di tutta evidenza che la logica del profitto mal si adatta a scenari in cui sono previsti investimenti strutturali economicamente rilevanti, in grado di modificare, anche sensibilmente, i modelli gestionali in essere. In altri termini, con l'affidamento in house a STA è garantita la flessibilità operativa necessaria per l'implementazione delle innovazioni tecniche e per la gestione di eventuali modifiche al Servizio, ad oggi non previste né prevedibili”.

La corretta pianificazione degli investimenti poggia su un'accurata individuazione, quantificazione, classificazione e prioritizzazione degli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, operata dalla Società prendendo avvio dalla constatazione dello stato di conservazione delle infrastrutture e degli impianti attualmente in uso o in affitto all'attuale gestore, tenendo in considerazione gli interventi effettuati negli ultimi anni, elencati nel Libro giornale.

Su queste basi, STA, dopo avere classificato gli interventi di manutenzione necessari in ordinari e straordinari, ha inserito i primi nel PEF ed ha programmato i secondi nel rispetto delle scadenze previste nei Manuali di manutenzione dei singoli impianti, suddividendoli tra interventi a cadenza quinquennale e a cadenza decennale, riferiti separatamente a edifici e impianti.

Tutti i beni funzionali all'erogazione del Servizio saranno comunque soggetti a un sistematico monitoraggio, al fine di poter individuare ed effettuare - tempestivamente - eventuali interventi non programmati in caso di necessità, a tutela della sicurezza del personale aziendale e dei passeggeri trasportati.

Per i motivi suesposti, l'affidabilità del PEF è garantita nel corso di tutto il periodo di durata dell'affidamento.”.

Nella citata Relazione un punto importante è dedicato anche all'emergenza sanitaria da Covid-19. Al riguardo si legge infatti che *“La puntuale gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 costituisce poi un presupposto cruciale e determinante per la ripresa del trasporto pubblico in totale sicurezza. Anzitutto, il pronto adeguamento alle misure di volta in volta prescritte a livello nazionale e provinciale richiede livelli di flessibilità e di prontezza che solo la gestione da parte di un operatore pubblico come STA può garantire. A ciò si aggiunga la delicata questione dell'impatto del Covid-19 sul sistema del trasporto pubblico che, se in virtù del gross cost non riguarda il lato proventi, sul versante dei costi rischia di ripercuotersi in modo significativo, ancorché imprevedibile; basti pensare alle misure di distanziamento prescritte ed al relativo impatto sui volumi di Servizio erogati. Emergono inoltre extra costi per l'acquisto dei prodotti disinfettanti e dei dispositivi di protezione individuale o per l'effettuazione degli interventi di sanificazione, le cui ricadute economiche, nel rispetto delle prescrizioni attualmente vigenti, sono state comunque recepite nel PEF. Si tratta di un vero e proprio stravolgimento delle procedure e degli standard di erogazione del servizio, destinate a perdurare nel medio-lungo termine e, in alcuni casi, in grado di determinare modifiche di carattere permanente. Il tutto naturalmente non prevedibile ex ante.”.*

Anche i profili di convenienza tecnica ed economica sono stati ben motivati nella citata Relazione. Risulta, infatti, che l'Amministrazione ha ritenuto opportuno includere nel progetto di *in house providing* la funivia del Renon, la Tramvia del Renon e la Funicolare della Mendola, in quanto tale scelta garantisce, da un lato, l'economicità e, dall'altro, l'attrattività di un servizio di trasporto pubblico avente elevata vocazione turistica per il territorio altoatesino: *“Per quanto attiene all'economicità la gestione dei tre impianti in capo ad un unico operatore consente di ottimizzare le risorse produttive, evitando inutili duplicazioni del personale di staff, sostanzialmente interfunzionale rispetto ai diversi impianti, consentendo di utilizzare in modo coordinato il personale di esercizio di servizi caratterizzati da stagionalità non perfettamente coincidenti e di ottimizzare tutti gli interventi manutentivi. Come è stato evidenziato anche in sede di consultazione con potenziali offerenti, si tratta di servizi sostanzialmente omogenei per tipologia ed a tratti temporalmente complementari. Parallelamente, l'attrattività del Servizio per l'utenza risulta indubbiamente incrementata da una gestione unificata e coordinata:*

- dal punto di vista strettamente trasportistico, tra funivia e tramvia del Renon, la cui integrazione è imprescindibile, sia per la contiguità tra la stazione di Monte della funivia del Renon e la stazione di

Soprabolzano, capolinea della tramvia, sia per la presenza di un unico biglietto (andata o andata/ritorno) per i due impianti;

- dal punto di vista dell'economicità e dell'efficienza, una gestione a sé stante della Funicolare della Mendola con personale dedicato comporterebbe un inaccettabile incremento dei costi;

- sotto il profilo marketing/promozione, tra tutti e tre gli impianti, considerata l'elevata valenza turistica degli stessi e la possibilità di offrire pacchetti unici per gruppi di persone o per operatori turistici.

A carico del Gestore è posto il rischio sul lato dell'offerta derivante dall'andamento del costo di produzione del servizio, in coerenza con il riparto dei rischi predisposto in relazione alle tipologie di rischio, nonché dal potere riconosciuto all'Ente affidante, regolamentato da specifiche clausole contrattuali, di variazione dei servizi affidati e dei programmi di esercizio. Al Gestore sono inoltre riconosciuti dei premi, collegati ad un sistema di incentivazione del personale allegato al Contratto, a fronte dell'incremento della soddisfazione dei viaggiatori e del numero di passeggeri trasportati in conseguenza della buona qualità e affidabilità del servizio.

In virtù dei citati obblighi di servizio, sulla rete dei servizi affidati in regime di in-house providing è attribuito il diritto di esclusiva ai sensi dell'ad. 4, par. 1 del Regolamento citato.

La compensazione degli obblighi di servizio pubblico tiene conto dei costi dei fattori produttivi necessari per l'assolvimento dei sopra citati obblighi di servizio pubblico, con il riconoscimento di un ragionevole margine di utile. (...)"

Nella Relazione ha trovato puntuale riferimento anche una sezione dedicata agli interventi di manutenzione straordinaria: *"Tali interventi sono stati programmati e valorizzati dalla STA previa classificazione, tenuto conto delle condizioni e delle peculiarità tecniche dei singoli impianti, in interventi a cadenza quinquennale e decennale. In fase di avvio dell'affidamento di cui alla presente Relazione, saranno erogati i volumi di servizio, dettagliati nell'allegato A1 al Contratto di Servizio e descritti nella relazione al PEF. Al fine di assicurare la corrispondenza della dinamica della compensazione rispetto all'assolvimento degli obblighi di Servizio, la Provincia, nel corso dell'affidamento, verificherà l'andamento della gestione attraverso il monitoraggio dei principali parametri tecnico-gestionali, riportati nell'allegato A11 al Contratto di Servizio."*

Dalla *"Relazione di accompagnamento al PEF simulato di gara e analisi di convenienza"* di data 17.12.2020 e Addendum del 8.3.2021 asseverato da esperto esterno indipendente emerge dal confronto tra il PEF simulato di gara e il calcolo per l'affidamento *in house* un corrispettivo complessivamente inferiore (-4,47%). Anche il confronto con il costo standard, determinato utilizzando una metodologia di calcolo adatta per gli impianti a fune e tenendo in considerazione le linee guida del DM 157/2018, ha evidenziato la convenienza dell'affidamento *in house* (-11,28%).

3.1.4.8. Alla luce delle considerazioni fatte è indubbio che la PAB abbia fornito una giustificazione esauriente e congrua delle ragioni della preferenza accordata al modello di gestione *in house providing*.

Il primo motivo di ricorso risulta dunque del tutto infondato.

3.2. Con il secondo motivo di ricorso SAD S.p.A. lamenta la violazione dell'art. 6 della l.p. n. 15/2015, la violazione dell'art. 83, comma 1 del D.Lgs. n. 50/2016, per mancanza di capacità

organizzativa e tecnico-professionale, la violazione dell'art. 106 e dell'art. 102 TFUE, nonché difetto o insufficiente motivazione.

3.2.1. In particolare SAD S.p.A. afferma che l'affidamento diretto *in house* a STA S.p.A. dei servizi di trasporto passeggeri delle funivie, tranvie e funicolari, di cui è causa violerebbe l'art. 6 della l.p. n. 15/2015, in quanto lo stesso conferirebbe a STA S.p.A. compiti vari di realizzazione e gestione di infrastrutture, di acquisto del materiale “*da mettere a disposizione dei gestori di servizio di trasporto pubblico*”, di gestione del sistema tariffario, ecc., ma non i compiti di gestione diretta del servizio di trasporto pubblico di passeggeri, che STA S.p.A. comunque non avrebbe mai gestito.

Detta censura - secondo la SAD S.p.A. - non sarebbe solo formale, posto che, per svolgere il delicato (e diverso) servizio di gestione del trasporto passeggeri, sarebbe necessario, infatti, aver acquisito adeguata esperienza e *know-how*, di cui STA S.p.A. risulterebbe totalmente priva, perché la sua attività di impresa sarebbe sempre stata rivolta ad altri compiti. Sotto il profilo del servizio di trasporto pubblico di passeggeri STA sarebbe una mera “*scatola vuota*”. Tant'è che, nel tentativo di dotarsi in tutta fretta delle risorse (personale e mezzi) adeguate allo scopo, vorrebbe illegittimamente sottrarli alla SAD S.p.A..

Ne conseguirebbe che al momento dell'affidamento (e dunque dell'emissione delle delibere impugnate), STA S.p.A. non avrebbe disposto delle risorse di personale e dei beni necessari per il servizio stesso. Ciò sarebbe comprovato anche dal testo del contratto di servizio, nel quale si legge che “*l'impresa affidataria dichiara e garantisce di essere in possesso dell'idoneità professionale e delle abilitazioni per l'esercizio degli impianti oggetto del presente contratto non più tardi dell'inizio del servizio di cui all'art. 4, c. 1*”.

Tutto ciò significherebbe che alla data della delibera di affidamento del servizio (16.3.2021) tali indispensabili requisiti non erano garantiti, né tanto meno verificati. Né di tale elementare esigenza si sarebbe fatta carico detta delibera, posto che la questione della sussistenza o meno della capacità tecnico-professionale in ordine alla conduzione del servizio (e non alla gestione delle infrastrutture) non sarebbe stata mai presa in considerazione (con ovvio difetto di motivazione su tale aspetto fondamentale).

Il che inficerebbe in radice l'affidamento diretto, non essendo consentito conferire un incarico tanto delicato, senza aver prima verificato la sussistenza concreta ed attuale di tutti i presupposti di capacità tecnica, organizzativa e professionale, che l'art. 83 del Codice dei contratti pubblici richiede già nella fase di selezione e, dunque, ben prima dell'aggiudicazione (o, in generale, dell'affidamento).

Di conseguenza l'affidamento de quo risulterebbe se non altro condizionato ad un evento futuro ed incerto: il che costituirebbe altra patente violazione dei principi cardini in tema di contratti pubblici e di affidamento dei servizi pubblici (Cons. Stato, sez. V, n. 3059/2019; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, n. 1017/2019).

Da tale *modus operandi*, e cioè dall'affidamento, in esclusiva, ad un'impresa pubblica di compiti, che non sia in grado di svolgere in modo tale da soddisfare le esigenze del mercato, conseguirebbe anche la violazione dell'art. 106, par. 2 TFUE (già art. 90, par. 2, CEE), in relazione all'art. 102 TFUE (già art. 86 CEE), perché si pone l'impresa pubblica in condizioni di contravvenire al divieto di abuso di posizione dominante (Corte giust., sez. VI, 23.4.1991, in C-41/90).

3.2.2. Pure queste censure non sono fondate.

3.2.2.1. Come già evidenziato sopra, STA S.p.A. è una società a totale partecipazione pubblica di cui la PAB è unico socio. Essa risulta iscritta nell'apposito elenco ANAC delle società *in house*.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1 dello Statuto societario nell'oggetto sociale rientrano i seguenti compiti: *“La società ha per oggetto lo sviluppo, la progettazione, la realizzazione e/o l'appalto, l'adeguamento, la manutenzione e la gestione di complessi immobiliari, di impianti e di infrastrutture per il trasporto pubblico e privato per la realizzazione delle decisioni prese in tale materia dalla Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige, compiti affidati dalla Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige. Nell'ambito delle predette attività la società potrà costituire, acquistare, prendere e/o concedere in locazione, prendere e/o concedere in concessione, vendere e permutare beni mobili e immobili, impianti e macchinari nonché complessi aziendali atti al conseguimento dello scopo sociale.”* Rientra nell'oggetto sociale, però, anche l'esercizio di attività di trasporto pubblico e privato di qualsiasi tipo e con qualsiasi mezzo per conto della Provincia. Ed invero, al comma 2 dell'art. 2 dello Statuto societario è espressamente previsto che *“Per le finalità definite al punto 2.1 la Società ha inoltre per oggetto l'esercizio di attività di trasporto pubblico e privato di qualsiasi tipo e con qualsiasi mezzo per conto della Provincia Autonoma di Bolzano - Alto Adige.”*

3.2.2.2. L'art. 6 della l.p. n. 15/2015 stabilisce quanto segue: *“1. La Società Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A. - STA, di seguito denominata STA:*

a) progetta, realizza, acquista e gestisce le infrastrutture, gli immobili e gli impianti di proprietà pubblica per il trasporto di persone, provvedendo alla loro manutenzione e messa a disposizione;

b) può acquistare e gestire veicoli e materiale rotabile da mettere a disposizione dei gestori di servizio di trasporto pubblico;

c) provvede alla promozione del trasporto pubblico e sviluppa progetti per l'introduzione di servizi innovativi;

d) realizza, gestisce e vende spazi pubblicitari con riferimento alle infrastrutture e ai veicoli da lei gestiti ovvero al materiale rotabile gestito da questa società.

2. Sono affidate alla STA le seguenti funzioni tecniche e amministrative relative al trasporto pubblico integrato:

a) progettazione, coordinamento e gestione di un sistema tecnologico unitario e standardizzato;

b) gestione del sistema tariffario, dei titoli di viaggio, della rete dei servizi e del sistema di bigliettazione;

c) pubblicazione e diffusione dell'orario dei servizi di linea del trasporto pubblico integrato e gestione dell'informazione al pubblico;

d) ripartizione degli introiti tariffari e di eventuali altri introiti;

e) raccolta, elaborazione e gestione dei dati relativi all'esercizio dei servizi, dei passeggeri trasportati e delle tariffe.

3. La Provincia ha facoltà di sostenere finanziariamente la STA con un contributo annuale di esercizio e con l'eventuale concessione di crediti, nel rispetto della disciplina dell'Unione europea sugli aiuti di Stato.”

Il fatto che l'art. 6 predetto non indichi tra i compiti della società *in house* STA S.p.A. anche la gestione del servizio di trasporto pubblico, ad avviso del Collegio, non significa che alla STA S.p.A. non possano essere affidati compiti di gestione di servizi pubblici di trasporto ed in particolare quelli riguardanti il cd. trasporto sugli “*impianti fissi*” e ciò per le seguenti considerazioni:

3.2.2.3. Occorre innanzitutto evidenziare le peculiarità della specifica tipologia di detto trasporto, che, per quanto concerne i trasporti a fune, sono connotati, appunto, da “*impianti fissi*”, indissolubilmente legati alla struttura funiviaria, e, per quanto concerne il mezzo tramviario, risulta caratterizzato dal trasporto obbligato su binari, lento e privo di segnaletica.

Appare indubbio che nella gestione di detti servizi di trasporto sugli “*impianti fissi*”, di cui è causa, risulta prevalente la capacità di gestione tecnica degli impianti stessi, ove certo STA S.p.A. eccelle, come ampiamente esposto nella Relazione ex art. 34 del D.L. n. 179/2012.

3.2.2.4. Inoltre, sussistono tutte le condizioni indicate dalla normativa europea e nazionale per procedere all'affidamento *in house*, in quanto:

- STA S.p.A. è una società a totale partecipazione pubblica, di cui la PAB è unico socio;
- la PAB, per previsione statutaria (art. 22 dello Statuto), esercita su di essa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;
- in particolare, alla PAB, su proposta dell'assessore competente, sono affidati i seguenti poteri: “*a) la nomina e la revoca degli amministratori e dei sindaci della società; b) lo scioglimento dell'organo di amministrazione; c) lo svolgimento delle funzioni di indirizzo, programmazione e controllo, indicando gli obiettivi dell'attività e dettando le direttive generali per raggiungerli; d) l'esercizio dell'attività di controllo gestionale attraverso l'esperimento di sopralluoghi ed ispezione nonché l'esame di report periodici sull'efficacia e sull'efficienza del servizio.*” (art. 22.2. dello Statuto).

Inoltre alla PAB, su proposta dell'assessore competente, “*dovrà essere riservato il potere di sostituzione dell'organo di amministrazione e degli obblighi di servizi assunti nei confronti della Provincia Autonoma di Bolzano nonché di annullamento e/o revoca (in sede di autotutela) per eliminare gli atti posti in essere dall'organo di amministrazione che si presentano viziati nonché non conformi alle direttive impartite.*” (art. 22.3. dello Statuto)

- STA esercita le proprie attività prevalentemente nei confronti del socio unico, ossia della PAB, ed opera esclusivamente sul territorio provinciale; nello specifico, per previsione statutaria, più dell'80% del fatturato della Società deve essere effettuato nello svolgimento dei compiti affidati dagli enti pubblici partecipanti e la produzione ulteriore rispetto al suddetto limite di fatturato è consentita solo a condizione che la stessa permetta di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza sul complesso dell'attività principale, essendo la stessa orientata all'efficienza e al perseguimento di interessi collettivi (art. 2.4. dello Statuto).

3.2.2.5. Inoltre va evidenziato il ruolo fondamentale che STA S.p.A. svolge nel sistema di mobilità altoatesino. Al riguardo si legge nella Relazione ex art. 34 del D.L. 179/2012 quanto segue: “*La governance del sistema altoatesino ha una forte connotazione pubblica, comprovata dal fatto che tutte le attività di programmazione e gestione del TPL sono sotto il diretto controllo della Provincia, in larga parte attraverso la società in house STA.*”

STA ha inoltre il compito di amministrare una serie di infrastrutture funzionali al trasporto pubblico locale e in particolare gestisce immobili e infrastrutture di proprietà e, attraverso un'apposita

concessione, anche beni di proprietà della Provincia. Tra essi, l'infrastruttura di rete e gli impianti della Ferrovia Merano-Malles.

In altri termini, STA costituisce a tutti gli effetti il braccio operativo della Provincia per la progettazione e la realizzazione di una mobilità alpina innovativa e sostenibile.

Operativamente, STA in coerenza con le previsioni dell'art. 6 della LP 15/2015:

progetta, realizza, acquista e gestisce le infrastrutture, gli immobili e gli impianti di proprietà pubblica per il trasporto di persone, provvedendo alla loro manutenzione e messa a disposizione;

può acquistare e gestire veicoli e materiale rotabile da mettere a disposizione dei gestori di servizio di trasporto pubblico;

provvede alla promozione del trasporto pubblico e sviluppa progetti per l'introduzione di servizi innovativi;

realizza, gestisce e vende spazi pubblicitari con riferimento alle infrastrutture e ai

veicoli da lei gestiti ovvero al materiale rotabile gestito da questa società.

Sono inoltre affidate a STA le seguenti funzioni tecniche e amministrative relative al trasporto pubblico integrato:

progettazione, coordinamento e gestione di un sistema tecnologico unitario e standardizzato;

gestione del sistema tariffario, dei titoli di viaggio, della rete dei servizi e del sistema di bigliettazione;

pubblicazione e diffusione dell'orario dei servizi di linea del trasporto pubblico integrato e gestione dell'informazione al pubblico;

ripartizione degli introiti tariffari e di eventuali altri introiti;

raccolta, elaborazione e gestione dei dati relativi all'esercizio dei servizi, dei passeggeri trasportati e delle tariffe.

Nell'ultimo anno STA ha gestito, tra gli altri, i seguenti progetti:

- Elettificazione della linea ferroviaria Merano-Malles: si tratta del progetto strategico più importante per la società, che terminerà nel 2024;

- Progettazione di una bretella ferroviaria che collega la linea del Brennero alla Val Pusteria passando da Bressanone. Il progetto è stato analizzato e discusso con RFI che lo ha recepito ed ora sta proseguendo con i successivi step progettuali;

- progetto per il raddoppio e la velocizzazione della linea Bolzano-Merano;

- progetto di fattibilità tecnico-economica del tram di Bolzano;

- *progetto di fattibilità tecnico-economica della nuova funivia di San Genesio. Nel corso del 2020 sarà completata la progettazione definitiva per dare poi avvio alla gara per i lavori ed all'esecuzione degli stessi nel 2021;*

- *studio per il collegamento funiviario tra la stazione ferroviaria di Chiusa e le frazioni di Verdignes e Latzfons;*

- *progettazione dei Centri di mobilità a Brunico e Bressanone.*

In particolare, nel caso della Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola STA è proprietaria delle infrastrutture e degli impianti oggetto di affidamento - tra loro integrati ed essenziali per l'erogazione del servizio in quanto non condivisibili, non sostituibili e non duplicabili - dei quali in molti casi ha seguito le fasi di progettazione e di realizzazione. Il percorso di affidamento in-house ipotizzato e l'individuazione di STA, stante la sostanziale indivisibilità tra impianto e servizio sussistente nel caso delle strutture funiviarie, costituiscono indubbiamente la soluzione più logica ed opportuna per massimizzare l'efficacia e l'affidabilità del servizio stesso.”.

3.2.2.6. Infine, va evidenziato che STA S.p.A. disponeva sin dalla data di affidamento (16.3.2021) pure di tutte le necessarie qualifiche professionali, competenze tecniche e risorse per poter dare tempestivamente avvio alla gestione del servizio de quo, ovvero:

-) il Direttore d'esercizio ex DPR n. 753/1980 di una ferrovia, infrastruttura ben più complessa di una tramvia, poteva prendere in carico immediatamente anche la tramvia;

-) il tecnico responsabile ex l.p. n. 1/2006 (figura che peraltro neanche SAD ha al suo interno, avvalendosi di un professionista esterno) era altrettanto disponibile;

-) il personale disponibile, in applicazione della dc. “*clausola sociale*”, in via informale e anche formale tramite dichiarazioni delle Organizzazioni sindacali e del competente Ufficio provinciale del Lavoro in varie riunioni, che ha dichiarato di voler continuare il suo lavoro attuale sulla base della disponibilità della STA S.p.A. e la medesima società che ha dichiarato, in applicazione della ridetta clausola, di voler assumere tutto il personale addetto ai servizi di trasporto pubblico della funivia e della tramvia del Renon e della funicolare della Mendola alle stesse condizioni e qualifiche contrattuali in essere.

A prescindere da ciò, le censure di SAD S.p.A. in ordine alla mancanza di personale (e anche di beni) per lo svolgimento del servizio de quo, sono del tutto superate, posto che, come risulta documentato (all.ti da 3 a 51 del foliaro del 15.6.2021 della STA), nelle more del giudizio sono stati trasferiti tutti i dipendenti per lo svolgimento di detto servizio da SAD S.p.A. alla STA S.p.A., servizio che ha avuto inizio con sabato 22.5.2021 (cfr. relazione, all. 59 della STA).

Il passaggio si è perfezionato pure sotto il diverso aspetto dell'assolvimento degli obblighi previsti dalla specifica disciplina giuslavorista (all.ti da 52 a 58 del foliaro del 15.6.2021 della STA).

Con riguardo al diverso profilo dei beni per l'esecuzione del servizio de quo, per i quali l'impugnata delibera n. 243/2021 ha previsto di imporre alla SAD S.p.A. il trasferimento previsto per legge, va evidenziato che i beni mobili e immobili facenti parte della Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola, ed in particolare i treni e i beni necessari all'attività del servizio di trasporto, già affidati in custodia a STA S.p.A. con provvedimento *inaudita altera parte* del Tribunale civile di Bolzano del 15.4.2021, in esecuzione dell'ordinanza del 30.4.2021 del Tribunale civile di

Bolzano che ha confermato il sequestro giudiziario, si trovano attualmente nella piena disponibilità della STA S.p.A. in qualità di custode.

Attualmente, quindi, STA S.p.A. che ha già iniziato la gestione del servizio de quo in data 22.5.2021, sta svolgendo regolarmente detto servizio con un altissimo grado di soddisfazione di dipendenti e utenza come risulta dalla relazione del giugno 2021 sulla gestione “*Esercizio impianti fissi*” (all. 59 del foliaro del 16.6.2021 della STA).

3.2.2.7. In conclusione, le affermazioni sull’asserita inidoneità della STA S.p.A. a gestire il servizio de quo sono del tutto infondate, essendo stato dimostrato in giudizio che la STA S.p.A., unitamente al possesso di tutti i requisiti statutari, ha a disposizione anche i mezzi e il personale necessari per la gestione ottimale del servizio.

Risulta, dunque, del tutto infondato anche il secondo motivo di ricorso.

3.3. Con il terzo motivo SAD S.p.A. lamenta la violazione (per errata applicazione) dell’art. 7, comma 8 della l.p. n. 16/1985 e dell’art. 17bis della l.p. n. 15/2015 (entrato in vigore il 19.3.2021) e la violazione (per mancata applicazione) dell’art. 17, commi 3 e 4 della l.p. n. 15/2015.

3.3.1. SAD S.p.A. al riguardo sostiene che le delibere impugnate, laddove prevedono la pretesa alla cessione coattiva e gratuita dei beni funzionali per l’effettuazione del servizio de quo, anzitutto in applicazione dell’art. 7, comma 8 della l.p. n. 16/1985 sarebbero illegittime, in quanto detta disposizione di legge rubricata “*Decadenza, rinuncia e revoca della concessione*”, non sarebbe applicabile nel caso de quo per tutta una serie di ragioni:

- anzitutto, perché la stessa si riferirebbe testualmente ai soli casi (diversi dal presente) di “*decadenza, rinuncia e revoca della concessione*”, mentre la disciplina “*ordinaria*” dei beni finanziati con contributi pubblici sarebbe contenuta nell’art. 15 della stessa l.p. n. 16/85, ora abrogato e sostituito dall’art. 17, commi 3 e 4, della l.p. n. 15/2015;

- inoltre, perché, anche se così non fosse, detta norma si riferirebbe espressamente ad una cessione a favore del “*concessionario subentrante*”, che nella specie non esisterebbe. Né si potrebbe sostenere che la figura del subentrante dovrebbe essere indifferente per il concessionario uscente. Al contrario, la specificazione sarebbe assolutamente rilevante, perché in caso di nuovo concessionario dovrebbe essere fatta una gara, alla quale la SAD S.p.A. potrebbe partecipare, mentre nel caso dell’affidamento *in house* ciò non accadrebbe: si sarebbe, pertanto, al di fuori dell’art. 7 citato, posto che lo stesso conferirebbe una vera e propria aspettativa all’eventuale concessionario uscente e, cioè, l’aspettativa di poter conservare i beni (attraverso la partecipazione alla gara);

- infine, perché, nell’interpretazione fornita ora dalla PAB, detta norma finirebbe per disciplinare le stesse fattispecie contemplate nell’art. 17, commi 3 e 4, della l.p. n. 15/2015, che, in quanto successiva, certo prevale sulla norma *ex adverso* invocata, ampiamente più risalente nel tempo.

Ai sensi di detto art. 17, commi 3 e 4, della l.p. n. 15/2015, la cessione dei beni essenziali, per quanto necessaria, sarebbe a titolo oneroso (e sulla base dei prezzi di mercato), mentre la cessione dei beni non essenziali sarebbe facoltativa e in ogni caso anch’essa a titolo oneroso.

In palese violazione della disciplina testé citata le delibere impugnate, invece, pretenderebbero la cessione coattiva e gratuita di tutti i beni funzionali (indistintamente).

In ogni caso, emergerebbe chiaramente dalla disciplina testé richiamata, che il regime della proprietà dei beni, quanto a titolarità della stessa da parte di SAD S.p.A. e quanto alla possibilità di disporre, sarebbe del tutto integro, almeno per quel che concerne i beni “*non essenziali*” (che poi sarebbero pressoché la totalità dei beni che STA vorrebbe accaparrarsi). E sarebbe integro, a ben vedere, anche per i c.d. “*beni essenziali*”, dato che la citata disciplina dovrebbe essere integrata dall’art. 32, comma 2 della stessa l.p. n. 15/2015, il quale stabilisce che “*l’alienazione o l’utilizzo in modo difforme dalla normale destinazione, senza autorizzazione, comporta la revoca del contributo in proporzione al periodo di tempo mancante alla scadenza dei termini previsti al comma 1*”.

Dunque, a parte l’ovvio obbligo di restituire il contributo per il periodo non ammortizzato (che del resto sarebbe enormemente inferiore al prezzo di mercato), nessuna pretesa di cessione coattiva potrebbe essere coltivata dalla PAB.

Tanto meno, poi, quella della cessione coattiva e gratuita dei beni “*non essenziali*”, che sarebbero pressoché la totalità dei beni elencati negli allegati alla delibera n. 243/2021, posto che la nozione di “*beni essenziali*” non sarebbe opinabile ed estensibile a proprio piacimento. Essa, viceversa, sarebbe puntualmente fissata nella Relazione alla Delibera ART n. 49/2015, ove si legge che “*un bene si dice essenziale ..., quando le seguenti quattro condizioni sono presenti cumulativamente: 1) divisibilità; 2) non sostituibilità; 3) non duplicabilità; 4) posizione dominante da parte del titolare del bene*”.

Sulla base di tale definizione nessuno (o pressoché nessuno dei beni indicati negli allegati A04/A05) presentano cumulativamente tali caratteristiche, con la conseguenza che essi non rientrerebbero tra quelli da cedere obbligatoriamente. Tanto più se si considera che detti beni - per i quali STA non ha offerto il ben che minimo prezzo - avrebbero dovuto essere individuati sulla base di apposita consultazione che avrebbe dovuto essere avviata ben prima dell’affidamento del servizio (cfr. misura 2.6 della delibera ART 49/2015, doc. 15). Il che non sarebbe avvenuto nella fattispecie.

Di tutto ciò sarebbe stata ben consapevole la PAB, dato che SAD S.p.A., cautelativamente e di fronte alle continue turbative e molestie ai propri beni, aveva instaurato un giudizio dinnanzi al Tribunale civile di Bolzano (pendente R.G. 1204/2020), avente ad oggetto l’“*Accertamento del diritto di proprietà e delle facoltà inerenti-Azione negatoria*”.

3.3.2. Per correre ai ripari, la PAB in tutta fretta avrebbe introdotto con la l.p. del 17.3.2021, n. 3, entrata in vigore in data 19.3.2021 e quindi successivamente all’assunzione delle impugnate delibere del 16.3.2021, un’altra norma di legge (art. 17bis, inserita nella l.p. 15/2015), secondo la quale “*Il concessionario uscente è tenuto a mettere a disposizione dell’affidatario subentrante, individuato tramite gara o affidamento in house, i beni strumentali alla prestazione dei servizi di trasporto su strada, ferroviari, tranviari, funiviari che siano stati acquistati interamente tramite finanziamento pubblico, configurandosi tale condizione quale vincolo di destinazione per tutto il periodo di vita utile del bene ovvero per il termine espressamente indicato con vincolo di destinazione d’uso. Poiché i servizi di trasporto pubblico sono servizi pubblici essenziali che non possono essere interrotti, l’operatore cedente deve continuare, durante il periodo di trasferimento di 60 giorni di cui al comma 2, a fornire il servizio alle condizioni della concessione in scadenza o scaduta in regime di proroga e a garantire una transizione senza soluzione di continuità.*

Il mancato trasferimento, entro il termine di 60 giorni dal ricevimento tramite posta elettronica certificata (PEC) della richiesta da parte della Provincia, può dar luogo alla requisizione in uso ai sensi dell’articolo 835 del Codice civile”.

Secondo la ricorrente SAD S.p.A. il richiamo dell'art. 17bis della l.p. n. 15/2015 (che – a suo dire – rappresenta una classica legge-provvedimento *ad personam*, perché diretta essenzialmente nei confronti della SAD S.p.A.) nelle delibere impugnate comporterebbe la loro illegittimità per errata applicazione di una disposizione di legge non ancora in vigore.

3.3.3. Infine la ricorrente deduce vari profili di illegittimità costituzionale di detto art. 17bis della l.p. n. 15/2015, precisando però che detta deduzione avviene solo prudenzialmente, in quanto la declaratoria di incostituzionalità non sarebbe affatto necessaria ai fini della illegittimità delle delibere impugnate.

L'illegittimità costituzionale sarebbe dovuta al fatto che l'art. 17bis della l.p. n. 15/2015 interverrebbe con chiaro effetto retroattivo sul regime della proprietà dei beni c.d. strumentali e, inoltre, interferirebbe con il già citato giudizio dinnanzi al Tribunale civile di Bolzano. Al riguardo la ricorrente SAD S.p.A. richiama, tra l'altro, le sentenze della Corte Costituzionale secondo cui le norme innovative con efficacia retroattiva sono costituzionalmente legittime purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, quali il principio di eguaglianza; la tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla sicurezza giuridica e cioè sulla certezza dell'ordinamento giuridico, specialmente in materia processuale, quale essenziale elemento dello Stato di diritto; il rispetto della funzione giudiziaria (con il conseguente divieto di intervenire sugli effetti del giudicato e sulle fattispecie *sub judice*) (Corte Cost. nn. 170/2008, 416/1999, 111/1998, 211/1997, 311/1995, 397/1994) e della Corte di Strasburgo (21 giugno 2007, *Scanner de L'Ouest Lyonnais*; 28 ottobre 1999, *Zielinski* e 9 dicembre 1994, *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis*) secondo cui, pur non essendo in linea di principio precluso al legislatore di intervenire in materia civile con nuove disposizioni retroattive, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'art. 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale, e che la garanzia della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari (Cass., Sez. Un., ord. 20.7.2011, n. 1117, Corte cost., n. 303/2011, Corte EDU, sentenza 31.5.2011, causa *Maggio c. Italia*).

La norma contestata – sempre secondo la ricorrente – non potrebbe essere giustificata neanche dal fatto che un'analogia disciplina sulla cessione di beni acquistati interamente con finanziamento pubblico sarebbe stata concepita e imposta dalla “*misura 6, par. 5*” della delibera ART n. 154/2019 e quindi da “*imperative ragioni di interesse generale*”. Al riguardo la ricorrente SAD S.p.A. richiama, infatti, la recente sentenza del T.A.R. Piemonte del 29.1.2021, n. 98, secondo cui “*le misure di che trattasi sono irretroattive e si applicheranno, attraverso i relativi provvedimenti attuativi adottati dall'ente affidante, soltanto all'affidatario del servizio che sarà individuato all'esito della procedura*”.

3.3.4. Le censure, anche se fatte valere in modo suggestivo, non colgono nel segno.

3.3.4.1. Appare innanzitutto utile riportare testualmente quanto detto nelle delibere n. 243/2021 e n. 244/2021 in ordine alla disciplina sulla cessione dei beni funzionali dalla SAD S.p.A. Alla STA. S.p.A.:

- La delibera n. 243/2021 sul punto dispone quanto segue: “*Quanto ai beni funzionali allo svolgimento del servizio, l'art. 7 comma 8 della LP 16/85, ancora in vigore prevede un obbligo di cessione a carico del gestore uscente: (8) Il concessionario che cessa in tutto o in parte dal servizio deve trasferire al concessionario subentrante i beni mobili e immobili acquistati con contributi provinciali,*

individuati dall'ente concedente come funzionali all'effettuazione del servizio, al prezzo costituito dall'eventuale importo non ancora ammortizzato del finanziamento effettuato dal concessionario cessante. La recente modifica di legge, consistente nell'inserimento di un nuovo comma 17/bis nella LP 15/2015, ha confermato la sussistenza in capo al concessionario uscente dell'obbligo di trasferimento dei beni funzionali.

Ai sensi del comma 2 del nuovo art. 17/bis della LP Nr. 15/15 è previsto che in caso di mancato trasferimento dei beni entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della richiesta da parte della Provincia, si potrà procedere con la requisizione in uso dei beni medesimi ai sensi dell'art. 835 del Codice civile.

Trattasi di un procedimento complesso che prevede, tra l'altro, dei sopralluoghi per valutare lo stato di manutenzione dei beni, finalizzato ad assicurare al nuovo gestore la disponibilità dei beni funzionali all'esercizio del servizio pubblico.

La lista dei beni funzionali soggetti ad obbligo di trasferimento al nuovo gestore ai sensi dell'art 6 comma 7 della legge provinciale n. 16/85 è allegata alla presente delibera.

Tali beni funzionali, essendo stati interamente finanziati con fondi pubblici vanno messi a disposizione del nuovo gestore a prescindere dalla procedura di affidamento prescelto dalla Provincia, e quindi anche in caso di scelta del modello di in house providing.

Tra i beni funzionali soggetti ad obbligo di trasferimento ai sensi dell'art. 7 comma 8 della LP 16/85 figurano, tra gli altri, i 4 treni composti da due carrozze presenti sul tracciato tramviario Collalbo Soprabolzano e le due carrozze per trasporto passeggeri presenti sul tracciato dell'impianto della Mendola.

Trattasi di beni funzionali finanziati al 100% dalla Provincia - anche se, per modalità connesse all'espletamento del servizio, formalmente di proprietà della SAD - e pertanto, sono soggetti ad obbligo di trasferimento ai sensi dell'art 7 comma 8 della LP 16/85 e dell'art. 17/bis della LP 15/2015.

Il complesso dei beni soggetti a tale obbligo di trasferimento è elencato negli allegati A04/A05. Anche le attrezzature minute ed il magazzino finanziati con fondi pubblici e funzionali alla gestione del servizio sono soggetti ad obbligo di trasferimento.

Sulla base degli elementi sopra rappresentati si ritiene quindi che sussistono i presupposti per procedere all'affidamento in house a STA dei servizi di trasporto sugli impianti fissi della Funivia e Tramvia del Renon e della Funicolare della Mendola per il periodo decorrente dal 19.05.2021 al 30.04.2030.

Si ritiene inoltre che tale scelta costituisca concreto perseguimento dell'interesse pubblico e applicazione dei principi di efficienza, economicità e qualità dei servizi erogati.

Considerata la natura essenziale del servizio pubblico in questione, il quale deve essere garantito regolarmente e senza soluzione di continuità, con separato provvedimento saranno adottate le misure necessarie ad assicurare il trasferimento al nuovo gestore dei beni funzionali all'esercizio del servizio e ad assicurare nelle more di tale trasferimento la prosecuzione del servizio medesimo. (...) Ciò premesso La Giunta Provinciale delibera (...) 7. di imporre ai sensi dell'art. 7 comma 8 della LP n 16/1985 e art. 17bis della LP 15/15 al concessionario uscente il trasferimento, a favore della STA S.p.A., dei beni funzionali alla gestione del servizio affidato, compresa l'attrezzatura minuta e il

magazzino che sono stati acquistati con risorse pubbliche, da realizzarsi entro il termine massimo di 60 giorni dalla relativa comunicazione via PEC da parte della Ripartizione Mobilità.”.

- La delibera n. 244/2021, invece, sul punto si limita a specificare che “*Con la stessa delibera (n.d.r.: la n. 234/2012) la SAD S.p.A. è stata obbligata a realizzare, entro il termine massimo di 60 gg dalla formale richiesta da parte della Ripartizione Mobilità, il trasferimento dei beni funzionali a favore della STA S.p.A.*” e che “*In data 12.03.2021 è stato approvato in Consiglio provinciale un emendamento che prevede l’inserimento, nella legge provinciale sulla mobilità, di un nuovo articolo 17/bis, prevedendo che: ‘Il concessionario uscente è tenuto a mettere a disposizione dell’affidatario subentrante, individuato tramite gara o affidamento in house, i beni strumentali alla prestazione dei servizi di trasporto su strada, ferroviari, tranviari, funiviari che siano stati acquistati interamente tramite finanziamento pubblico, configurandosi tale condizione quale vincolo di destinazione per tutto il periodo di vita utile del bene ovvero per il termine espressamente indicato con vincolo di destinazione d’uso. Poiché i servizi di trasporto pubblico sono servizi pubblici essenziali che non possono essere interrotti, l’operatore cedente deve continuare, durante il periodo di trasferimento di 60 gg di cui al comma 2, a fornire il servizio alle condizioni della concessione in scadenza o scaduta e in regime di proroga e a garantire una transizione senza soluzione di continuità.’ Ai sensi del comma 2 del nuovo art. 17/bis della LP Nr. 15/15 è previsto che in caso di mancato trasferimento dei beni entro il termine di 60 giorni dal ricevimento della richiesta da parte della Provincia, si potrà procedere con la requisizione in uso dei beni medesimi ai sensi dell’art. 835 del Codice civile.”*

La parte decisiva di detta delibera n. 244/2021 riguarda, invece, la prosecuzione del servizio fino al subentro del nuovo gestore: “*1. nelle more del trasferimento dei beni funzionali allo svolgimento del servizio come disposto con delibera n. 243 del 16.03.2021, di imporre alla SAD S.p.A., ai sensi dell’art. 6 della LP 16/1985 e ai sensi dell’art. 17-bis della LP 15/2015 approvata dal consiglio provinciale il 12.03.2021, la prosecuzione del servizio fino al subentro del nuovo gestore alle condizioni economiche contrattuali previste dalla concessione in essere (Allegato B) per il periodo dal 20.03.2021 fino al termine massimo del 18.05.2021”.*

3.3.4.2. Dalla piana lettura delle impugnate delibere risulta che

- la delibera n. 244/2021 nulla dispone in ordine al trasferimento dei beni funzionali, essendo stato l’unico scopo della stessa quello di garantire la prosecuzione del servizio de quo fino al subentro del nuovo gestore STA S.p.A.;

- la delibera n. 243/2021, invece, contiene sì l’imposizione al concessionario uscente del trasferimento, a favore della STA S.p.A., dei beni funzionali alla gestione del servizio affidato, compresa l’attrezzatura minuta e il magazzino che sono stati acquistati con risorse pubbliche, ma con la chiara precisazione che detto trasferimento dovrà essere realizzato “*entro il termine massimo di 60 giorni dalla relativa comunicazione via PEC da parte della Ripartizione Mobilità.”.*

Quindi – contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente soprattutto in sede cautelare – detta imposizione al concessionario uscente, ossia alla SAD S.p.A. del trasferimento, a favore della STA S.p.A., dei beni funzionali non produce effetti immediati, ma costituisce un mero invito a cedere in futuro, e precisamente dopo aver ricevuto la relativa formale richiesta da parte della PAB, detti beni funzionali. Ne consegue in particolare che, non producendo la delibera n. 243/2021 alcun effetto immediato con riguardo ai beni funzionali, risulta del tutto irrilevante la data di entrata in vigore dell’art. 17bis della l.p. n. 15/2015.

Trattandosi, dunque, di un invito ad adempiere e quindi di una richiesta diretta verso il futuro, la ricorrente SAD S.p.A. non ha alcun interesse ad impugnare la suddetta delibera n. 243/2021, nella parte riguardante detto invito.

Di conseguenza tutte le censure dirette avverso detta parte della delibera n. 243/2021 (per errata applicazione dell'art. 7, comma 8 della l.p. n. 16/1985 e dell'art. 17bis della l.p. n. 15/2015 (entrato in vigore il 19.3.2021) e mancata applicazione dell'art. 17, commi 3 e 4 della l.p. n. 15/2015) sono inammissibili per carenza di interesse, posto che alla SAD S.p.A. non deriverebbe alcun vantaggio da un eventuale annullamento in parte qua di detta delibera n. 243/2021.

Va aggiunto che la giurisdizione in materia di corrispettivi dovuti per la cessione dei beni, comunque non spetterebbe al giudice amministrativo, bensì al giudice ordinario ai sensi dell'art. 133, comma 1, lettera c) c.p.a.: *“c) le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità, rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.”*.

Di tutto ciò è ben consapevole la SAD S.p.A., posto che la stessa ha instaurato nei confronti della PAB e della STA S.p.A. un'azione negatoria ex art. 949 c.c. dinanzi al Tribunale civile di Bolzano (R.G. n. 1204/2020), nel quale ha assunto le seguenti conclusioni: *“nel merito: accertare e dichiarare, nei confronti delle convenute, che SAD Spa è esclusiva proprietaria (con ogni diritto e facoltà conseguenti) dei cespiti oggetto del presente contenzioso e contenuti nell'elenco di cui ai docc. n. 3 e 3 ter, e per l'effetto,*

1) accertare e dichiarare che le convenute non possono legittimamente richiedere all'attrice di rendere detti cespiti, tantomeno senza corrispettivo alcuno, trattandosi di pretesa contra jus;

2) ordinare alla Provincia autonoma di Bolzano e alla sua partecipata STA Spa di astenersi per il futuro da qualunque comportamento che possa costituire una molestia e/o turbativa ai sensi e agli effetti dell'art. 949 c.c.;

3) condannare le convenute al pagamento del risarcimento del danno, causato dall'illecita pretesa avanzata dalle controparti nel corso degli anni, nella misura di Euro 200.000,00 (=duecentomila=), ovvero nella misura maggiore o minore di giustizia, eventualmente in via equitativa ex art. 1226 c.c., ed anche ai sensi dell'art. 614 bis c.p.c.”.

3.3.4.3. Da quanto esposto risulta l'inammissibilità del terzo motivo per carenza di interesse.

3.4. Con il quarto motivo SAD S.p.A. lamenta la violazione del principio dell'autovincolo, contraddittorietà, violazione del principio del *contrarius actus* nonché, in subordine, violazione dell'art. 7, par. 2 e 4, del Regolamento CE n. 1370/2007.

3.4.1. Questo motivo riguarda il *modus operandi* della PAB che, in un primo tempo, ha pubblicato (nella GUUE del gennaio 2017) apposito avviso di preinformazione con riferimento proprio alla gestione dei servizi di trasporto pubblico della funivia e tranvia del Renon, della funivia di S. Genesio e della funicolare della Mendola, prevedendo per l'affidamento del servizio de quo una procedura *“aperta”* e per criterio di aggiudicazione l'*“offerta economicamente più vantaggiosa”*, e in un secondo momento ha effettuato un affidamento diretto a società *in house*.

Secondo la ricorrente SAD S.p.A., la PAB con la suddetta pubblicazione dell'avviso di preinformazione relativo ad un affidamento con gara si sarebbe autovincolata, con la conseguenza che la decisione di procedere all'affidamento diretto *in house* avrebbe presupposto anch'essa una previa delibera.

Ne deriverebbe la violazione dei principi in tema di adozione di un *contrarius actus* (che non potrebbe essere implicito, ma dovrebbe seguire tutte le garanzie dell'autotutela) e comunque la violazione dell'autovincolo per l'aperta contraddittorietà con lo stesso.

Inoltre, secondo la SAD S.p.A., la PAB avrebbe comunque violato l'art. 7, §§ 2 e 4 del Regolamento CE n. 1370/2007, secondo il quale *“ciascuna autorità competente prende i provvedimenti necessari affinché, almeno un anno prima dell'inizio della procedura di gara o un anno prima dell'aggiudicazione diretta, siano pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, come minimo, le seguenti informazioni:*

- a) nome e indirizzo dell'autorità competente;*
- b) tipo di aggiudicazione previsto;*
- c) servizi e territori potenzialmente interessati dall'aggiudicazione;*
- d) data e durata previste del contratto di servizio pubblico”.*

La delibera n. 243/2021 avrebbe saltato a piè pari tale necessario adempimento. Il quale, è bene sottolinearlo, è funzionale a consentire all'operatore interessato ogni opportuna difesa, con tempi congrui per poterla esercitare.

3.4.2. Pur queste censure non sono fondate.

Contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente nella fattispecie non esiste alcun obbligo di preinformazione ai sensi dell'art. 7, §§ 2 e 4, del Regolamento CE n. 1370/2007.

Al riguardo basta richiamare la giurisprudenza già citata sopra al punto 3.1., che per il settore speciale del trasporto pubblico locale esclude espressamente detto obbligo: *“...14. In questo senso si pone del resto la giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo cui il regolamento n. 1370 del 2007 più volte richiamato deve essere interpretato nel senso che le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto pubblico locale non sono tenute a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, a svolgere una valutazione comparativa tra tali offerte (sentenza 24 ottobre 2019, C-515/18; Autorità garante della concorrenza e del mercato; cfr. in particolare i §§ 27 - 30). Benché la pronuncia ora richiamata sia stata resa con riguardo al trasporto ferroviario le considerazioni in essa svolte sono pacificamente estensibili al trasporto su strada, anch'esso contraddistinto da una limitata apertura al mercato e pertanto accomunato al primo dal regolamento n. 1370 del 2007.”* (Cons. Stato, sezione V, n. 4310/2020).

4. Dalla palese infondatezza dei motivi di ricorso, consegue che non sussistono i presupposti né per la rimessione alla Corte di Giustizia UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, delle questioni pregiudiziali sollevate dalla ricorrente, genericamente nel ricorso e più specificatamente nella memoria conclusiva, né per la rimessione alla Corte Costituzionale, questioni che – contrariamente a quanto eccepisce la

difesa della PAB – potrebbero in ogni caso essere sollevate d’ufficio dal giudice in ogni stato e grado del giudizio.

5. Per tutto quanto sopra esposto, quindi, il ricorso è infondato e va respinto.

Restano assorbite tutte le ulteriori deduzioni ed eccezioni non espressamente esaminate, che il Collegio ha ritenuto irrilevanti ai fini della decisione o comunque inidonee a supportare una conclusione di tipo diverso da quella assunta.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione autonoma di Bolzano definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta e con esso tutte le domande proposte.

Condanna la ricorrente alla rifusione delle spese processuali a favore della Provincia Autonoma di Bolzano e della Strutture Trasporto Alto Adige S.p.A., liquidate a favore di ciascuna in Euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Menestrina, Presidente

Terenzio Del Gaudio, Consigliere

Margit Falk Ebner, Consigliere, Estensore

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere

L'ESTENSORE
Margit Falk Ebner

IL PRESIDENTE
Michele Menestrina

IL SEGRETARIO