Pubblicato il 14/02/2018

N. 00219/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00364/2017 REG.RIC.
N. 00361/2017 REG.RIC.

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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui ricorsi numero di registro generale 361 e 364 del 2017, proposto da:

Societa' Line Servizi per la Mobilita' spa, S.T.N. Societa' Trasporti Novaresi srl, Baranzelli Natur Srl, S.T.A.C. - Societa' Trasporti Automobilistici Casalesi srl, Autoservizi Comazzi srl, S.A.F. Societa' Autoservizi Fontaneto srl, Pirazzi Autoservizi srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Vilma Aliberti, Riccardo Ludogoroff, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Riccardo Ludogoroff in Torino, corso Montevecchio N. 50;

contro

Regione Piemonte, non costituita in giudizio;

Agenzia della Mobilità Piemontese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sabrina Molinar Min, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, largo Migliara 16;

nei confronti di

Gtt - Gruppo Torinese Trasporti Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto ad entrambi i ricorsi:

limitatamente alle parti lesive oggetto di censura,

- dell' "Avviso di preinformazione relativo a un contratto di servizio pubblico" pubblicato sul Supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'11/3/2017 ed avente ad oggetto la concessione dei servizi di trasporto pubblico locale nel Bacino Nord – Est della Regione Piemonte;
- della determinazione 6/3/2017 n. 97 con la quale il Direttore Generale dell'Agenzia della Mobilità Piemontese ha approvato il testo dell'Avviso di preinformazione di cui al punto che precede e ne ha disposto la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea;
- del "Sistema di qualificazione dei concessionari dei servizi di trasporto pubblico locale" e della relativa deliberazione istitutiva del Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia della Mobilità Piemontese

n. 10 del 30/5/2016;

- della deliberazione della Giunta Regionale del Piemonte 23/5/2016 n. 38 – 3346, nella parte in cui, con tale deliberazione, nel dettare gli "indirizzi per l'affidamento dei servizi ferroviari di trasporto pubblico", la Regione Piemonte ha individuato un "Ambito B3 relativo a tutti gli altri treni regionali non compresi nei precedenti raggruppamenti e che possono trovare maggiore efficienza in una gestione integrata nei bacini definiti per i servizi su gomma" ed ha richiesto all'Agenzia della Mobilità piemontese di formulare un "progetto di servizio sulla base dei lotti individuati al punto precedente";

- del "progetto di servizio" presentato alla Regione Piemonte dall'Agenzia della Mobilità piemontese, nella parte in cui detto progetto, "per il lotto relativo ai (rectius: al; n.d.r.) servizio ferroviario regionale - ambito servizi suscettibili di efficientamento attraverso la gestione integrata con i servizi di trasporto pubblico locale su gomma - ha delineato "procedure per l'affidamento mediante gare integrate ferro/gomma che prevedano l'estrapolazione dai contratti in essere dei servizi ferroviari e l'affidamento ai nuovi gestori dei servizi integrati";

- della deliberazione della Giunta Regionale del Piemonte 17/10/2016 n. 8 – 4053, nella parte in cui ha recepito le suddette indicazioni contenute nel citato "progetto di servizio";

- nonché per l'annullamento

di ogni altro atto presupposto, consequenziale, connesso, conseguente o collegato ai provvedimenti impugnati, ivi compresa, se del caso, la deliberazione del Consiglio di Amministrazione dell'Agenzia della Mobilità piemontese n. 28 del 25/11/2016;
nonché per il risarcimento
dei danni derivanti dall'emanazione/esecuzione dei provvedimenti impugnati..

Visti i ricorsi e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in entrambi i giudizi dell'Agenzia della Mobilità Piemontese;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2018 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società ricorrenti sono gestori di servizi di trasporto pubblico locale in varie province piemontesi e lombarde, ovvero soggetti che hanno partecipato a gare per la concessione di tali gestioni.
L'art. 3 bis del d.l. n. 138/2011 ha previsto che i servizi pubblici a rete di rilevanza economica siano organizzati per bacini territoriali ottimali di dimensione non inferiore a quella di una Provincia.

Con deliberazione n. 17-4134 del 12.7.2012 la Giunta della Regione Piemonte ha suddiviso il territorio in quattro bacini ottimali: bacino metropolitano di Torino, provincia di Cuneo, bacino nord est e bacino sud est.

Con successiva deliberazione n. 10 del 30.5.2016 è stato istituito il "sistema di qualificazione dei concessionari dei servizi di trasporto pubblico locale", che prevede una serie di requisiti per iscriversi nelle classi e categorie più elevate ai fini di possibili successivi affidamenti, requisiti che le ricorrenti hanno originariamente valutato eccessivamente onerosi e dunque anticoncorrenziali.

Con "avviso di preinformazione relativo ad un contratto di servizio pubblico" l'Agenzia della Mobilità Piemontese (AMP) ha preannunciato l'indizione di una gara aperta per la gestione del TPL nel bacino Nord- Est della Regione; l'AMP, pur non avvalendosi allo stato del sistema di prequalificazione per una gara ristretta e prefigurando invece l'indizione di una procedura aperta, con l'avviso di preinformazione ha richiamato il sistema di prequalificazione per quanto concerne i requisiti di capacità economico e finanziaria degli aspiranti concorrenti.

Inoltre, con l'avviso di preinformazione, l'AMP ha manifestato l'intenzione di ricomprendere nella stessa procedura il TPL su gomma ed alcune linee ferroviarie marginali del bacino.

Lamentano le società ricorrenti:

1) la violazione dei principi di concorrenza, non discriminazione e

trasparenza sanciti dal Trattato UE; la violazione ed errata applicazione degli artt. 30, 51, 83 e 105 del d.lgs. n. 163/2016 e della disciplina del subappalto; la violazione del principio del favor partecipationis; la violazione del regolamento UE 1370/2007 art. 5 par. 3; la violazione dell'art. 18 del d. lgs. n. 422/1997 e degli artt. 41 e 97 Cost; l'eccesso di potere per irrazionalità manifesta, carenza di motivazione e sviamento.

La censura originariamente contestava l'entità del chilometraggio percorso prescritto quale requisito di qualificazione per la gara; sul punto, tuttavia, l'amministrazione ha modificato le proprie determinazioni in corso di giudizio, ridimensionando i requisiti prescritti, e le ricorrenti hanno dato atto della cessazione della materia del contendere.

La censura resta attuale con riferimento ad una ulteriore indicazione contenuta nell'avviso di preinformazione, ossia quella relativa alla scelta di ricomprendere in un'unica gara per TPL il trasporto su gomma ed alcune linee ferroviarie definite in atti "marginali", quali la Arona-Novara e la Novara-Domodossola. Siffatta soluzione imporrebbe agli operatori del trasporto su gomma di "allearsi" con uno dei pochi operatori dei servizi ferroviari, con effetti anticoncorrenziali non superati dalla possibilità di subappaltare tale ultimo servizio;

2) la violazione ed errata applicazione di legge con riferimento alla l. n. 422/1997, agli artt. 4 e 5 della l.r. Piemonte n. 1/2000, la

violazione dei principi di pianificazione e programmazione del settore, l'eccesso di potere per carenza dei presupposti. L'avviso di preinformazione sarebbe stato pubblicato senza la previa approvazione del Programma triennale dei servizi di trasporto pubblico locale, prevista dall'art. 4 della l.r. Piemonte n. 1/2000; in ogni caso le scelte pianificatorie non avrebbero potuto essere contenute in una delibera di Giunta regionale ma avrebbero richiesto una apposita intesa con gli enti locali;

3) la violazione dei principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza, dell'art. 97 Cost e della misura 9 del prospetto 1 dell'allegato A della deliberazione dell'ART n. 49/2015; tale ultima deliberazione individua le informazioni minime che le stazioni appaltanti devono mettere a disposizione dei concorrenti nelle gare di trasporto pubblico, talune delle quali non sarebbero contenute nell'atto impugnato.

Limitatamente al ricorso n. 361/2017 veniva poi dedotto un quarto motivo di ricorso per violazione ed errata applicazione dell'art. 3 bis del d.l. 138/2011, 13 co. 2 del d.l. n. 150/2013, 1 co. 90 della l. n. 56/2014 e 5 co. 1bis, 8 e 11 della l.r. Piemonte n. 1/2000; secondo la tesi delle ricorrenti AMP non sarebbe legittimata ad indire la procedura per cui è causa.

All'udienza dell'11.7.2017 le parti ricorrenti hanno chiesto un rinvio della discussione, in quanto era in corso la modifica, da parte dell'amministrazione, dei criteri di qualificazione, rispetto ai quali la

materia del contendere è poi effettivamente cessata.

Per l'udienza del 5.12.2017 si è costituita (oltre i termini di legge) l'Agenzia della Mobilità Piemontese, rendendo necessario un rinvio della discussione per consentire un pieno esercizio del diritto di difesa a tutte le parti.

L'Agenzia della Mobilità Piemontese, nelle proprie difese, ha contestato in fatto e diritto gli assunti di cui ai ricorsi.

All'udienza del 31.1.2018 le cause sono state discusse e decise nel merito.

DIRITTO

Preliminarmente devono essere riuniti i ricorsi nn. rg. 361 e 364/2017 per connessione oggettiva delle vertenze.

Deve prendersi atto della cessazione della materia del contendere con riferimento al dimensionamento dei requisiti di qualificazione - in termini di chilometraggio percorso –originariamente prospettati con l'avviso di preinformazione; infatti, con deliberazione n. 8/2017 del 9 giugno 2017, l'AMP ha aggiornato la disciplina del sistema di qualificazione dei concessionari dei servizi di TPL, rimodulandolo in senso ampliativo della platea dei possibili concorrenti.

Le parti ricorrenti hanno dato atto che, a fronte dell'intervenuta modifica, non hanno più interesse alla valutazione della censura.

Residua la contestazione (mossa sempre con il primo motivo di ricorso) relativa all'abbinamento in gara di servizi eterogenei, in particolare del trasporto su gomma e di alcune linee ferroviarie,

come previsto dall'avviso di preinformazione pubblicato da AMP in data 11.3.2017, in ottemperanza all'art. 7 par. 2 del regolamento CE n. 1370/2007.

Tale ultima norma impone alle autorità competenti (nel caso di specie AMP), qualora si accingano a disporre affidamenti che interessano una fornitura annuale di più di 50.000 chilometri di servizi di trasporto passeggeri, la pubblicazione di un avviso di preinformazione che individui, tra l'altro, i servizi e i territori potenzialmente interessati.

L'obbligo di pubblicazione di un avviso di preinformazione a livello europeo è sintomatico della valutazione dell'Unione Europea circa la delicatezza del settore del trasporto pubblico che, pur rappresentando un servizio di interesse economico generale (il che legittima, tra l'altro, diritti di esclusiva e compensazioni), per anni è stato dominato da operatori pubblici o monopolisti, con effetti di inefficienza (quali il divario tra costi di produzione e traffico) che l'Unione ha inteso superare anche grazie alla graduale apertura alla concorrenza.

Il trasporto ferroviario, in ragione del dirimente uso di infrastrutture rilevanti, presenta profili di monopolio naturale; inoltre, in generale, la concorrenza nei trasporti pubblici è principalmente una concorrenza "per il mercato" che si esplica nel solo momento dell'affidamento, posto che il servizio sarà per lo più poi gestito dall'unico operatore affidatario per lunghi periodi.

Il regolamento CE n. 1370/2007, "invita" le autorità competenti a tenere conto, nella gestione dei servizi, "delle piccole e medie imprese" (cfr. considerando n. 9 del regolamento) e, salvo disciplinare i possibili casi di affidamento diretto e le peculiarità che possono caratterizzare le concessioni, ai fini di eventuali gare rinvia alla disciplina generale dell'evidenza pubblica.

Il d.lgs. n. 50/2016 manifesta un esplicito favore per le piccole e medie imprese, conformemente alle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2015/25/UE di cui è attuazione e prescrive, all'articolo 51, in linea di principio che: le gare siano suddivise in lotti; la mancata suddivisione deve essere motivata nel bando di gara o nella lettera di invito (così imponendo un'eccezionale prescrizione di motivazione in atto generale a garanzia del principio del cosiddetto "apply or explain"); la suddivisione in lotti deve essere tale da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese.

Ancora il medesimo articolo 51 fa divieto di aggiudicare "tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti".

In sostanza: il settore del trasporto pubblico è solo parzialmente aperto alla concorrenza per ragioni storiche e strutturali; trattasi inoltre di settore legittimamente oggetto di sussidi e compensazioni, aspetto che, tuttavia, implica rischi di sussidi tra servizi incrociati diretti (per via tariffaria) o indiretti dal lato del finanziamento, tanto più che molti operatori di questo mercato sono società pubbliche.

La normativa europea ha imposto una tendenziale apertura al mercato, con attenzione alla pluralità dei suoi attori, a fronte delle riscontrate storiche inefficienze generate dai mercati monopolisti o oligopolisti.

A livello di normativa nazionale l'art. 48 del d.l. n. 50/2017, convertito in l. n. 96/2017, intitolato "misure urgenti per la promozione della concorrenza e la lotta all'evasione tariffaria nel trasporto pubblico locale" stabilisce che: "I bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale e i relativi enti di governo, sono determinati dalle regioni, sentite le città metropolitane, gli altri enti di area vasta e i comuni capoluogo di Provincia, nell'ambito della pianificazione del trasporto pubblico regionale e locale, sulla base di analisi della domanda che tengano conto delle caratteristiche socio-economiche, demografiche e comportamentali dell'utenza potenziale, della struttura orografica, del livello di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento.... I bacini di cui al comma 1 comprendono un'utenza minima di 350.000 abitanti ovvero inferiore solo se coincidenti con il territorio di enti di area vasta o di città metropolitane...Ai fini dello svolgimento delle procedure di scelta del contraente per i servizi di trasporto locale e regionale, gli enti affidanti, con l'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione alle medesime, articolano i bacini di mobilità in più lotti, oggetto di procedure di gara e di contratti di servizio, tenuto conto delle caratteristiche della domanda

e salvo eccezioni motivate da economie di scala proprie di ciascuna modalità e da altre ragioni di efficienza economica, nonché relative alla specificità territoriale dell'area soggetta alle disposizioni di cui alla legge 16 aprile 1973, n. 171 e successive modificazioni." La legge demanda quindi all'Autorità di Regolazione dei Trasporti la disciplina generale delle possibili ipotesi costituenti "economie di scala" che giustificano particolari composizioni dei lotti.

La normativa citata, ancorchè non applicabile agli atti in contestazione in quanto successiva, certamente si pone in continuità tanto con le previgenti disposizioni del regolamento comunitario che con quelle del codice degli appalti che, in termini generali, manifestano esplicito favore per la divisione in lotti e per le piccole e medie imprese.

D'altro canto, se pure ragioni di efficienza suggeriscono forme di aggregazione e specializzazione della domanda da parte degli attori pubblici del mercato, tale tipo di coordinamento viene, in termini generali, ottenuto tramite una migliore organizzazione e specializzazione delle stazioni appaltanti; tanto si è realizzato, nel caso di specie, con la creazione di un'unitaria Agenzia per la Mobilità Piemontese. L'ulteriore esigenza di evitare la pur deleteria polverizzazione dell'offerta è garantita poi dalla creazione degli ambiti territoriali ottimali e di lotti che, benchè omogenei, impongono l'aggregazione di soggetti troppo piccoli.

L'efficientamento del mercato non implica che vengano bandite gare

di dimensioni unitarie particolarmente elevate, soluzione vista invece con esplicito disfavore dalla normativa. La creazione di unitari macro-lotti è infatti in contraddizione con le esigenze del pluralismo del mercato e della tutela delle piccole e medie imprese, tutte esplicitamente tutelate tanto dalla normativa in tema di evidenza pubblica che da quella specificatamente riferita al trasporto pubblico locale.

In siffatto contesto ritiene il collegio che la censura mossa all'avviso di preinformazione con il primo motivo di ricorso sia fondata.

La gara è stata oggetto di attenzione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la quale, con specifico riferimento al prospettato abbinamento del trasporto su gomma e su ferro, ha evidenziato che "una scelta di questo tipo rischia di discriminare soggetti che non dispongono dei titoli necessari per operare nel settore ferroviario e che, tuttavia, sarebbero interessati a partecipare ad eventuali gare per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico su gomma, laddove questi fossero messi a gara separatamente da quelli su ferro".

L'Autorità ha successivamente ritenuto sufficienti a soddisfare il rilievo mosso le giustificazioni della Regione Piemonte, che ha chiarito di "non considerare la licenza ferroviaria come requisito determinante per la partecipazione" e che, "data la marginalità dei servizi ferroviari da affidare", ha previsto "di ammettere alla partecipazione i soggetti dotati di qualificazione allo svolgimento dei

servizi di TPL gomma, i quali potranno sub-affidare gli eventuali servizi ferro" (cfr. doc. 8 di parte resistente).

La possibilità del subappalto del servizio ferroviario viene, anche nel presente giudizio, individuata da parte resistente come l'elemento legittimante l'abbinamento.

Ritiene il collegio che la difesa dell'amministrazione, alla luce della peculiarità dei servizi in questione e della complessiva disciplina dell'evidenza pubblica, non sia convincente.

Deve innanzitutto ribadirsi come, se è pur vero che la possibilità di un subappalto non rende la licenza per l'esercizio del trasporto ferroviario dirimente per la partecipazione, la disciplina dell'evidenza pubblica impone di costruire lotti "aggredibili" dalle piccole e medie imprese e di evitare l'aggregazione artificiosa degli appalti, tanto da prescrivere una giustificazione esplicita a priori di scelte diverse; l'impianto normativo non può essere eluso sul mero assunto che la peculiare attività aggregata è subappaltabile.

Infatti, ancorchè in fase di chiusura della procedura aperta dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in relazione alla gara in questione si sia fatto riferimento al sub-affidamento di "eventuali" servizi ferro, la struttura della gara configurata nell'avviso di preinformazione non rende i "servizi ferro" affatto eventuali, bensì necessari.

Si legge nell'avviso impugnato "in sede di offerta tecnica-economica l'impresa *dovrà* formulare proposta per l'esercizio dei seguenti servizi

ferroviari...". Il servizio su ferro, dunque, benchè dichiarato marginale dalla stazione appaltante è necessario; se pure lo stesso non incide sui requisiti di qualificazione, è ovvio che, dal punto di vista economico e dunque concorrenziale, qualsiasi aspirante concorrente o raggruppamento di concorrenti sarà obbligato a raggiungere un accordo con un operatore del mercato ferroviario. Quest'ultimo (che già opera in un mercato particolare e molto ristretto), in forza di questa struttura di gara, potrebbe estendere il proprio singolare potere di mercato anche al parallelo mercato del trasporto su gomma.

La soluzione di abbinamento necessario ferro-gomma appare ampiamente discutibile alla luce delle stesse valutazioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato espresse nell' "Indagine conoscitiva IC47, condizioni concorrenziali nel mercato del trasporto pubblico locale, del 1° giugno 2016"; in tale documento è stato posto in evidenza come sia controversa la possibilità di raggiungere economie di scopo "in relazione all'integrazione tra tipologie diverse di servizio (es. ferro-gomma). In quest'ultimo caso, l'impatto negativo sulla concorrenza prodotto da affidamenti aventi ad oggetto servizi integrati ferro-gomma potrebbe essere particolarmente forte, poiché sono pochissimi gli operatori in grado di fornire entrambi i servizi ed in genere si tratta degli incumbent nel trasporto ferroviario."

L'abbinamento del trasporto su gomma ad una porzione di quello

ferroviario (peraltro dichiaratamente marginale) presenta un elevato rischio anticoncorrenziale alla luce delle caratteristiche di questi mercati, come descritte nella medesima indagine conoscitiva dall'AGCM; in particolare, dall'indagine, si evince che, in Italia, il 70% del TPL è garantito dal trasporto su gomma, il cui mercato è costituito su scala nazionale da circa 1000 aziende mentre, in ambito ferroviario, "sono attive poco più di 20 aziende, in un contesto di struttura dell'offerta di tipo monopolistico ove, accanto alla società Trenitalia s.p.a. controllata da Ferrovie dello Stato Italiane s.p.a., vi sono piccoli operatori locali 'ex concessi' (di solito pubblici) ed integrati verticalmente".

Ancora i due mercati hanno strutturalmente esigenze molto diverse in quanto, nel trasporto su gomma, sempre secondo le analisi condotte dall'AGCM, le economie di scala sono contenute, ottenendosi addirittura delle diseconomie oltre una certa dimensione produttiva; le dimensioni produttive limite ideali vengono individuate, in seguito a studi empirici, in un valore di 4 milioni di km/annui; per contro il livello ottimale di produzione su ferro si attesta sui 40 milioni di treni km/anno, con una dimensione ottimale del bacino di servizio tendenzialmente persino più ampia di quella regionale. La struttura delle economie di scala suggerisce dunque che il mercato del trasporto su gomma è potenzialmente aperto alle piccole e medie imprese, mentre molto meno lo è quello su ferro. Rispetto a quest'ultimo si aggiunga che, come evidenziato dalla difesa

delle ricorrenti, secondo la D.G.R 17/10/2016 n. 8-4053 la regione Piemonte si sta orientando per l'affidamento diretto di gran parte dei servizi ferroviari puri.

In siffatto contesto l'abbinamento di due servizi eterogenei, senza alcuna giustificazione che supporti l'evidente effetto restrittivo della concorrenza che la scelta induce, non sembra al collegio compatibile con la normativa vigente; anche infatti a voler ritenere che l'avviso di preinformazione – il cui contenuto trova disciplina nel regolamento CE n. 1370/2007 - non rientri tra gli atti elencati dall'art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (bando, lettera di invito e relazioni), nei quali deve essere esplicitata la motivazione della mancata suddivisione in lotti (nel caso specifico, tra due servizi tra loro eterogenei), l'obbligo di suddividere in lotti e di evitare "artificiose aggregazioni degli appalti" incide, al di là degli oneri motivazionali espliciti, sulla struttura della gara; l'avviso di preinformazione disegna a priori questa struttura secondo modalità non conformi ai principi dettati dall'art. 51 del codice dei contratti, ed è per tale aspetto sindacabile ed illegittimo.

Quanto agli ulteriori atti impugnati, che hanno fatto parte della sequenza procedimentale:

la determinazione n. 97/2017 si limita ad approvare l'avviso di preinformazione, dando atto dell'iter procedimentale che lo ha caratterizzato;

la deliberazione della Giunta regionale del Piemonte n. 38-3346 del 23.5.2016 ha ad oggetto gli "indirizzi" per l'affidamento dei servizi

ferroviari ed "immagina", per l'ambito B3, una possibile gestione integrata di trasporto su gomma e su ferro; l'atto non contiene alcuna giustificazione della scelta, ha valenza endoprocedimentale e demanda *pro futuro* all'AMP "approfondimenti in merito a molteplici aspetti fondamentali che spaziano da quelli progettuali a quelli economici e a quelli sociali"; in sostanza l'atto non offre giustificazioni della scelta, se mai sollecita attività istruttoria;

la deliberazione della Giunta regionale del Piemonte n. 8-4053 del 17.10.2016, "approvazione dello schema del protocollo di intesa per la prosecuzione del servizio ferroviario regionale nelle more delle procedure di affidamento" si incentra sulla previsione dalla prosecuzione transitoria degli affidamenti (diretti) in essere per quanto in generale riguarda il trasporto ferroviario; a tal fine approva un protocollo di intesa; si legge poi nell'atto che l'AMP ritiene che sia possibile procedere ad un affidamento integrato ferro-gomma, con effetti di efficientamento, senza peraltro che, dal documento, siano evincibili le ragioni di tale efficientamento.

In sostanza, dall'insieme degli atti impugnati, non è evincibile alcuna concreta giustificazione dei vantaggi dell'opzione scelta con l'avviso di preinformazione, che ne legittimi gli effetti anticoncorrenziali indotti.

L'amministrazione resistente, inoltre, non ha fornito nelle proprie difese qualsivoglia prova di attività istruttoria plausibile relativa alla soluzione adottata; né sul punto pare al collegio rilevante che, come

"comunicato" dalla difesa di AMP all'udienza di discussione del 31.1.2018, nel mese di gennaio 2018 sarebbe stato pubblicato il Programma triennale dei servizi di traporto pubblico. Da tale documento, a detta della difesa dell'amministrazione, sarebbe evincibile la giustificazione della scelta adottata.

Premesso che appare discutibile la condotta dell'amministrazione che, in un giudizio caratterizzato da rito accelerato, ha svolto difese sempre oltre i termini di legge, rendendo già necessario un primo rinvio per garantire l'esercizio del diritto di difesa e che, anche per l'ultima udienza di discussione, non ha prodotto il citato programma triennale (di cui resta in questa sede non valutabile il contenuto), limitandosi ad una comunicazione evidentemente inadeguata all'instaurazione di ogni contraddittorio, ritiene il collegio che la motivazione e l'istruttoria che giustificano la scelta cristallizzata nell'avviso di preinformazione non possano essere postume.

E' ovvio infatti che l'amministrazione avrebbe dovuto essere in grado di dimostrare di avere effettuato valutazioni attendibili relative all'aggregazione della domanda ed alla corretta strutturazione del servizio, a prescindere della pubblicazione del programma triennale dei servizi di trasporto pubblico (su cui infra), e soprattutto prima di pubblicare l'avviso di preinformazione; anche a prescindere da oneri di motivazione esplicita (comunque rilevanti per un corretto sindacato degli atti) l'amministrazione ben avrebbe potuto nel presente giudizio comprovare l'attività istruttoria svolta per sposare

la soluzione contestata.

Sul punto l'amministrazione nulla ha dedotto nel merito, limitandosi a sostenere che la possibilità di subappaltare (necessariamente) il servizio su ferro sia sufficiente a giustificare la composizione dei lotti, tesi che, come già ampiamente esplicitato, non si condivide.

In definitiva il primo motivo di ricorso risulta fondato nella parte in cui censura l'abbinamento in un unico lotto del trasporto su gomma e di quello su ferro.

Con il secondo motivo di ricorso si contesta l'avviso impugnato in quanto non è stato preceduto dal Programma triennale dei servizi di trasporto pubblico previsto dall'art. 4 co. 5 della l.r. Piemonte n. 1/2000.

La circostanza è pacifica; il piano è stato approvato in pendenza del presente giudizio all'inizio dell'anno 2018; l'AMP ha, nelle proprie difese, evidenziato come altri atti di programmazione fossero già stati nel frattempo adottati in coordinamento con gli enti locali (quali, ad esempio, il DUP o documento unico di programmazione, approvato dall'assemblea degli enti aderenti).

Rileva il collegio che, da un lato, la pluralità di esigenze programmatorie ed organizzative imposte da varie normative si interseca con cadenze non necessariamente coordinate; la tempistica della pubblicazione dell'avviso di pre-informazione è dettata dal regolamento CE n.1370/2007 (che la fissa in "almeno un anno prima dell'inizio della nuova procedura di gara o riaggiudicazione del

contratto", art. 7 par. 2) ed è funzionale ai tempi di scadenza degli affidamenti in essere; essa pertanto, fisiologicamente, può avere una scansione non coordinata con il Piano triennale dei servizi, ferma l'esigenza che la configurazione della gara sia frutto di una scelta organizzativa coerente con la disciplina dell'evidenza pubblica e, ove distonica rispetto all'impianto generale di tale disciplina, sia giustificata e giustificabile.

In sostanza non è tanto il rapporto cronologico tra l'avviso di preinformazione e il Programma triennale ad avere rilievo nel presente giudizio, quanto la indimostrata sussistenza di indagini e valutazioni di carattere programmatorio e organizzativo idonee a supportare il tipo di gara configurato.

Le ricorrenti rilevano poi come, qualsivoglia scelta organizzativa, anche al di fuori del Programma triennale dei servizi di trasporto pubblico locale, non avrebbe potuto essere adottata né dalla Giunta regionale né dalla stessa AMP, necessitando, per contro, di apposito e specifico coinvolgimento degli enti locali interessati.

In termini generali, per quanto concerne il livello di governance del TPL, la già citata relazione dell'AGCM, sin dal 2016, ha stigmatizzato "l'indispensabile riordino dell'assetto istituzionale in materia di TPL, con la previsione di incentivi al maggior accentramento possibile dei livelli decisionali, al fine di favorire una più elevata specializzazione e una migliore progettualità nella pianificazione dei servizi"; ha osservato che l'ottica fisiologicamente locale degli enti e i confini

"amministrativi" più che "ingegneristici" che storicamente sono stati apposti a questi servizi rappresentano una delle possibili ragioni della loro scarsa efficienza storica.

Proprio per garantire una impostazione più moderna alla gestione del servizio di TPL, ai sensi dell'art. 8 della l.r. Piemonte n. 1/2000, come modificato dalla l.r. Piemonte n. 1/2015, è stata istituita l'Agenzia della mobilità piemontese, ente pubblico di interesse regionale costituito per "(1) coordinare le politiche di mobilità nell'ambito regionale... (1-bis). L'ente pubblico di cui al comma 1... assume forma di consorzio e la denominazione di "Agenzia della mobilità piemontese". Obiettivo primario dell'Agenzia è stabilire e mantenere il coordinamento dei servizi di trasporto su gomma in relazione a quelli su ferro (1-ter). Il consorzio è costituito per l'esercizio in forma obbligatoriamente associata delle funzioni degli enti territoriali in materia di trasporto pubblico locale. Al fine di ampliare la partecipazione degli enti locali alla definizione della programmazione dei servizi di trasporto pubblico, l'Agenzia della mobilità piemontese favorisce l'adesione dei comuni o unioni di comuni aventi popolazione superiore ai 15.000 abitanti non già soggetti di delega ai sensi della presente legge (2). Il consorzio, fatto salvo quanto stabilito all'articolo 8-bis (*ndr* che menziona prerogative rimaste intestate alla Giunta regionale), gestisce tutte le funzioni trasferite o delegate in materia di trasporto pubblico degli enti aderenti ed in particolare quelle di programmazione unitaria ed

integrata del sistema della mobilità e dei trasporti, di attuazione della programmazione e di amministrazione dei servizi di trasporto pubblico locale di competenza degli enti aderenti. Il consorzio è la sede deputata per l'acquisizione da parte della Regione dell'intesa di cui all'articolo 4, comma 5".

In sostanza, contrariamente a quanto assunto dalle ricorrenti, l'AMP è un consorzio obbligatorio proprio finalizzato ad una più razionale governance del sistema di TPL nel cui ambito obbligatoriamente si riassumono, anche a fini programmatori, le istanze degli enti locali.

Per tale aspetto la censura è quindi infondata.

Con il terzo motivo di ricorso si contesta l'avviso impugnato in quanto lo stesso non conterrebbe talune delle informazioni prescritte dalla misura 9 dell'allegato A della deliberazione dell'Autorità di Regolazione dei Trasporti n. 49 del 17/5/2015; premesso che l'invocata misura non è prodotta in atti ma che il suo contenuto non è contestato dall'AMP, la difesa dell'AMP ha chiarito che le informazioni sono disponibili mediante rinvio al sito internet dell'Agenzia, nel quale sono dinamicamente reperibili; si tratta, tra l'altro, di dati che sono suscettibili di aggiornamento ed evoluzione secondo tempistiche, come visto, non necessariamente coincidenti con quelle dall'avviso di preinformazione.

A fronte di tale difesa la ricorrenti si limitano a ritenere insufficiente il rinvio dinamico (senza più chiarire quali delle specifiche informazioni in questione non sarebbe reperibile neppure tramite

rinvio al sito internet dell'AMP), ribadendo che tali informazioni dovrebbero essere autonomamente contenute nell'avviso di preinformaizone.

La modalità dinamica (e quindi fisiologicamente più aggiornata rispetto ad atti - quali il già citato programma triennale dei servizi di trasporto pubblico o il piano urbano di mobilità - che ben possono evolvere nel lasso di tempo tra la pubblicazione e le gare) non pare al collegio violare la prescrizione informativa. Le ricorrenti hanno, in sostanza, censurato le modalità di messa a disposizione delle informazioni senza, nella memoria conclusiva, chiarire quali di tali informazioni non sarebbero reperibili neppure con il rinvio al sito internet dell'AMP. La censura in questi termini non può essere accolta.

Con il quarto motivo di ricorso (nel solo ricorso n. 361/2017) si contesta la competenza dell'AMP a pubblicare l'avviso di preinformazione impugnato.

La normativa in materia è stata interessata da una evoluzione convulsa e disorganica, in cui nuovi assetti organizzativi si sono sovrapposti ad altri ancor prima che gli stessi avessero trovato effettiva attuazione.

A livello di legge statale il d.l. n. 138/2011, all'art. 3 bis, ha previsto che, a tutela della concorrenza, i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica vengano organizzati in ambito regionale sulla base di bacini territoriali ottimali e omogenei, aventi dimensione non

inferiore ad una provincia ed attribuiti alla gestione di enti di governo appositamente istituiti o designati.

Con deliberazione di Giunta regionale n. 17-4134 del 12.7.2012 la Regione Piemonte ha provveduto, in attuazione della citata norma, ad individuare quattro bacini territoriali ottimali per la gestione delle competenze in materia di trasporto pubblico locale; quanto all'ente cui intestare la gestione di tali bacini territoriali, nella citata delibera, la Regione, richiamando la l.r. Piemonte n. 1/2000 (antecedente alle disposizioni statali che hanno imposto l'aggregazione organizzativa) si è limitata a prevedere che le competenze (che la legge regionale del 2000 intestava a comuni, province e conurbazioni con più di 30.000 abitanti) fossero demandate ad un "consorzio obbligatorio tra gli enti già individuati dalla legge regionale".

La previsione di costituzione di tale consorzio obbligatorio è rimasta lettera morta.

L'art. 13 comma 2 del d.l. n. 150/2013, verosimilmente a fronte dell'inerzia delle Regioni nell'individuazione degli enti preposti agli ambiti territoriali ottimali, ha previsto: "La mancata istituzione o designazione dell'ente di governo dell'ambito territoriale ottimale ai sensi del comma 1 dell'articolo 3-bis del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, ovvero la mancata deliberazione dell'affidamento entro il termine del 30 giugno 2014, comportano l'esercizio dei poteri sostitutivi da parte del Prefetto competente per territorio, le cui spese

sono a carico dell'ente inadempiente, che provvede agli adempimenti necessari al completamento della procedura di affidamento entro il 31 dicembre 2014."

Non risulta che tale potere sostitutivo sia mai stato attivato; d'altro canto una (mai attuata) previsione di potere sostitutivo, intestata in questo caso al Consiglio dei ministri, per l'ipotesi di mancata attuazione dei bacini di ambito territoriale ottimale entro l'originario termine del 31.5.2012, era già stata prevista dalla prima versione dell'art. 3 bis co. 1 del d.l. n. 138/2011.

Con la l.r. n. 1/2015 la Regione Piemonte, modificando la l.r. Piemonte n. 1/2000, ha istituito, quale ente preposto ad una organica gestione dei servizi di traporto pubblico locale, l'Agenzia della Mobilità Piemontese.

La Regione Piemonte ha dunque infine ottemperato alla prescrizioni statali di costituire un ente di gestione dei servizi di trasporto pubblico, stabilendo che l'Agenzia della mobilità piemontese è "ente pubblico di interesse regionale con la finalità di coordinare le politiche di mobilità in ambito regionale" avente natura di consorzio "costituito per l'esercizio in forma obbligatoriamente associata delle funzioni degli enti territoriali in materia di trasporto pubblico locale" (art. 8 della l.r. Piemonte 1/2000, come modificato nel 2015).

Le Regione ha scelto, fermi i quattro ambiti territoriali ottimali già individuati, di preporvi un unico ente obbligatoriamente aggregatore di tutti i soggetti pubblici che, in detti ambiti, esercitano funzioni

inerenti il trasporto pubblico.

In questi termini la soluzione, che volge verso una aggregazione organizzativa più ampia di quella "minima" imposta dalla legge statale (collegata al territorio di una provincia), non è di per sé in conflitto con tale normativa, come paventato dai ricorrenti, realizzandone se mai le finalità su scala più ampia.

Non può quindi condividersi il ragionamento di parte ricorrente là dove afferma che l'AMP non sarebbe il previsto e necessario ente di gestione aggregata del servizio di trasporto pubblico piemontese.

Per quanto poi in specifico riguarda la gestione delle gare, l'art. 5 comma 1 bis della l.r. Piemonte n. 1/2000 – come modificato dalla l.r. n. 1/2015 - recita: "Ad eccezione del bacino metropolitano di Torino, le province gestiscono le procedure di aggiudicazione dei servizi di trasporto pubblico locale, sia urbano che extraurbano, a livello di bacino, previa convenzione tra gli enti soggetti di delega ad esso afferenti e parere vincolante della Regione".

La previsione, che non può dirsi - a rigore - contrastare con le disposizioni statali che imponevano una aggregazione di organizzazione e competenze "almeno provinciale", è, nel contesto della riforma regionale del 2015, oggettivamente distonica.

L'art. 11 comma 1 della l.r. Piemonte n. 1/2000, come modificato dall'art. 21 della l.r. Piemonte n. 1/2015, stabilisce: "L' Agenzia della mobilità piemontese stipula i contratti di servizio con i soggetti aggiudicatari o affidatari, a seguito dell'espletamento, ai sensi

dell'articolo 5, comma 1 bis, di gare con procedura ad evidenza pubblica o di altra forma di affidamento prevista dalla normativa comunitaria e nazionale vigente."

Sembrerebbe quindi che, mentre la programmazione del servizio e la gestione dei contratti e dei finanziamenti si intestano alla AMP, la sola gestione delle gare resta in capo alle province; tanto non preclude tuttavia forme di delega e di diversa organizzazione, purchè coerenti con la ratio normativa.

I soggetti aderenti alla AMP sono la Regione Piemonte (25%), gli Enti del bacino della città metropolitana (36%), gli Enti del bacino di Cuneo (13%), gli Enti del bacino del nord-est (15%), gli Enti del bacino sud-est (11%).

Ai sensi dell'art. 8 comma 2 della l.r. Piemonte n. 1/2000, l'AMP "gestisce tutte le funzioni trasferite o delegate in materia di trasporto pubblico degli enti aderenti ed in particolare quelle di programmazione unitaria ed integrata del sistema della mobilità e dei trasporti, di attuazione della programmazione e di amministrazione dei servizi di trasporto pubblico locale di competenza degli enti aderenti" mentre, ai sensi del comma 4 dello stesso articolo, "gli Enti aderenti possono esercitare attraverso il consorzio ulteriori funzioni di propria competenza in materia di mobilità." Con l'approvazione dello Statuto dell'AMP, all'art. 3, gli enti aderenti hanno previsto che "L'Agenzia assume tutte le funzioni trasferite o delegate in materia di trasporto pubblico locale conformemente alla programmazione

regionale e con le risorse..con particolare riguardo a…c) le predisposizione dei bandi e la gestione delle procedure concorsuali per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale di competenza, in proprio o su delega delle province, ….”

Si evince dalla deliberazione n. 98/2017, che ha approvato l'avviso di preinformazione impugnato, che l'AMP è stata esplicitamente sollecitata dalla Regione Piemonte a procedere alla pubblicazione degli avvisi di preinformazione ed alle valutazioni necessarie per la formazione di lotti di servizi ferroviari e per l'eventuale integrazione del servizio ferro-gomma; d'altro canto la proprietà e gestione delle reti ferroviarie si colloca a livello regionale (art. 8bis della l.r. Piemonte n. 1/2000).

Ancora ai sensi dell'art. 8 comma 1-ter della l.r. Piemonte n. 1/2000: “Obiettivo primario dell'Agenzia è stabilire e mantenere il coordinamento dei servizi di trasporto su gomma in relazione a quelli su ferro”.

In definitiva: l'AMP è l'ente pubblico appositamente costituito per una gestione aggregata del TPL sull'intero territorio piemontese, cui obbligatoriamente aderiscono tutti i soggetti che esercitano competenze in materia; gli enti competenti si coordinano in modo strutturale nel suo ambito nella forma del consorzio obbligatorio; l'Agenzia opera al fine di garantire un coordinamento ed una programmazione “unitaria ed integrata” del servizio, anche su delega dei singoli enti competenti.

La predisposizione di una gara che include servizi ferroviari, su esplicito incarico della Regione competente in materia, senza che nell'ambito del consorzio siano emerse contestazioni da parte dei soggetti aderenti, pare al collegio coerente con la complessiva ratio normativa.

Deve quindi escludersi il paventato vizio di incompetenza.

Resta il dato di una legislazione pletorica, quanto talvolta ineffettiva, frutto di stratificazioni nel tempo prive di un coerente e complessivo coordinamento delle competenze che, all'art. 5 co. 1 bis, finisce per disaggregare la funzione di stazione appaltante rispetto a una attività gestita al superiore livello regionale, il tutto moltiplicando competenze tra loro in astratto sovrapponibili.

Si aggiunga l'effetto paradossale che le province, in altre sedi individuate quali centrali di committenza per favorire una aggregazione della domanda da parte di enti pubblici minori, diventano, nel caso specifico, una forma di disaggregazione della domanda di servizi pubblici, con evidente effetto di contraddizione rispetto al generale impianto normativo.

Anche il quarto motivo di ricorso deve quindi essere respinto.

In definitiva il primo motivo di ricorso è improcedibile per quanto concerne la contestazione dei requisiti di qualificazione tecnica originariamente prescritti mentre è fondato per quanto concerne l'abbinamento in unica gara di TPL su gomma e su ferro, con effetti di annullamento in parte qua degli atti impugnati; le restanti censure

devono essere respinte.

La novità e complessità delle questioni giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti e previa loro riunione,

dichiara il primo motivo di ricorso in parte improcedibile e in parte fondato e per l'effetto annulla gli atti impugnati nella parte in cui hanno previsto l'affidamento in abbinamento del servizio TPL su gomma e ferro;

respinge i restanti motivi di ricorso;

compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Paola Malanetto

IL PRESIDENTE
Carlo Testori

IL SEGRETARIO