



Bolzano, 25.06.2021

Redatto da:  
Martin Vallazza  
Tel. 0471-414690  
martin.vallazza@provincia.bz.it

SAD – Trasporto locale S.p.A.  
Corso Italia 13/N  
39100 BOLZANO

[sad@pec.it](mailto:sad@pec.it)

**AOV/SUA-SF 036/2019 - Servizi di trasporto scolastico nella Provincia di Bolzano per gli anni scolastici 2020/21 – 2021/22 – 2022/23 (CIG LOTTO 4 812476937B)**

**Valutazione dei requisiti del concorrente SAD S.p.A., ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n.50**

Ai fini della valutazione dei requisiti, ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016, n.50, questo Ufficio ritiene di precisare quanto segue.

In via preliminare, si rende opportuno chiarire alcune considerazioni di carattere generale sugli obblighi dichiarativi in relazione al compimento di *“gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50/2016.

Lo scrivente R.U.P. ritiene infatti di condividere e far proprie le coordinate espresse in materia dal giudice amministrativo e dall'ANAC, di seguito espresse in via di sintesi.

Si osserva, in primo luogo, che la giurisprudenza ha precisato il carattere puramente esemplificativo dell'elencazione dei comportamenti illeciti contenuta al comma 5 dell'articolo 80 e ha riconosciuto la facoltà della stazione appaltante di desumere il compimento di *“gravi illeciti”* da *“ogni altra vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà a un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa”* (cfr. Cons. St., Sez. V, 08.10.2020, n. 5967; Cons. St., Sez. V, V, 14.04.2020n. 2389; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giuris., 09.12.2019 n. 1039).

La giurisprudenza è costante nel riconoscere *“la facoltà della stazione appaltante di desumere il compimento di «gravi illeciti» da ogni vicenda pregressa dell'attività professionale dell'operatore economico di cui sia accertata la contrarietà ad un dovere posto in una norma civile, penale o amministrativa; spetta alla stazione appaltante, nell'esercizio di ampia discrezionalità, apprezzare autonomamente le pregresse vicende professionali dell'operatore economico, persino se non abbiano dato luogo ad un provvedimento di condanna in sede penale o civile, perché essa sola può fissare il «punto di rottura dell'affidamento nel progresso o futuro contraente»*.

L'art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come noto, rimette alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un *«grave illecito professionale»*, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, le quali, dunque, hanno carattere meramente esemplificativo” (Cons. St., Sez. V, 27.11.2020, n.7471).



A ciò si aggiunge la novella legislativa secondo cui può essere escluso l'“operatore economico che abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione” (v. art. 80 co. 5 lett. c-bis) del Codice).

La portata generale, non tipizzata e dunque atipica, delle ipotesi qualificabili come “gravi illeciti” professionali, ai fini dell'eventuale esclusione dalla gara, è stata confermata pure dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione, secondo cui “*gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito*” (v. punto 2.1, Linee Guide ANAC n. 6); in sintesi, l'assenza di tipizzazione dei “gravi illeciti” ha come conseguenza l'espansione dello spazio valutativo sulla loro rilevanza, ai fini del complessivo giudizio di affidabilità professionale del concorrente, da parte della stazione appaltante.

La conseguenza è l'inevitabile sussistenza dell'onere per gli operatori economici di portare a conoscenza della stazione appaltante tutte le informazioni relative alle proprie vicende professionali, anche non costituenti cause tipizzate di esclusione, così da consentire all'ente banditore un'adeguata e ponderata valutazione sulla sua affidabilità e integrità, potendo (in ogni caso) prescindere dalla fondatezza, dalla gravità e dalla pertinenza di detti episodi (cfr. Cons. St., Sez. V, 10.10.2020 n. 6615; Cons. St., Sez. V, 07.01.2020 n. 70; Cons. St., Sez. V, 04.02.2019 n. 827; Cons. St., Sez. V, 16.11.2018 n. 6461; Cons. St., Sez. V, 24.09.2018 n. 5500).

Con istanza di parere, prot.50982 del 07.07.2020, l'Agenzia per i procedimenti e la vigilanza in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di Bolzano (di seguito anche solo ACP) ha sottoposto all'Autorità 3 diversi quesiti relativi alla sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 80 del Codice in capo a 2 operatori (tra cui SAD, n.d.r.) partecipanti a una procedura di gara per il trasporto scolastico nutrendo “fondati dubbi” circa la possibilità di ammetterli alla gara.

ANAC, con delibera n. 725 del 09.09.2020, ha chiarito che “*nell'ambito degli illeciti anticoncorrenziali, valutabili dalla stazione appaltante ai fini dell'affidabilità professionale di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, rientrano variegate tipologie di condotte che alterano la situazione di mercato caratterizzata dalla libera competizione tra più operatori, sia quelle cd. di tipo escludente che quelle di sfruttamento, tra cui gli abusi di posizione dominante vietati dall'art. 102 del TFUE, qualora siano suscettibili di influire in modo distorsivo sul mercato. In presenza di un provvedimento esecutivo dell'AGCM di condanna di un concorrente per avere posto in essere un abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma di una Provincia, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire all'Amministrazione le informazioni necessarie ai fini della realizzazione della procedura competitiva per il nuovo affidamento dei servizi, compete in via esclusiva alla stazione appaltante valutare (previo contraddittorio con l'interessato) se la condotta sanzionata incida negativamente sull'integrità ed affidabilità dell'operatore, secondo le coordinate tracciate nelle Linee guida ANAC n. 6, e dunque se essa sia o meno ostativa alla sua ammissione in gara. Anche in assenza di un provvedimento dell'AGCM di accertamento di un'intesa restrittiva della concorrenza di cui all'art. 101 TFUE, la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità e previa instaurazione di un procedimento in contraddittorio con gli operatori concorrenti coinvolti nell'intesa, può valutare gli accordi riservati stipulati tra due concorrenti quali “mezzi di prova adeguati” da cui trarre elementi concreti a sostegno della eventuale inaffidabilità professionale dei due operatori, fornendone adeguata motivazione, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice. La fattispecie del tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante, di cui alla lett. c-bis) del comma 5 dell'art. 80 del Codice, presuppone che un concorrente abbia tentato con atti inequivoci di incidere sulle decisioni della stazione appaltante relative alla procedura di gara (ammissione o*



*esclusione di sé o di altri operatori, attribuzione dei punteggi). Si deve trattare di una influenza “indebita” da parte di un concorrente, cioè di una condotta non dovuta, che si pone in violazione del principio di leale collaborazione con la stazione appaltante e dei canoni di buona fede, avendo come finalità non quella di fornire delle informazioni doverose e anzi utili alla stazione appaltante (anche ai fini della valutazione del possesso dei requisiti in capo ad altri operatori), bensì quella di alterare e condizionare i processi decisionali dell’Amministrazione. Tale fattispecie, analogamente alle altre contemplate nella lett. c-bis) della disposizione in esame, presuppone la valutazione discrezionale della stazione appaltante in ordine alla rilevanza inquinante degli specifici comportamenti sul procedimento di gara.”*

Il potere discrezionale della stazione appaltante è stato ribadito dalla sentenza del TRGA di Bolzano n.43/2021, in modo esplicito, nei termini seguenti.

*“Ritiene in primo luogo il Collegio che i principi stabiliti dall’art. 80 del D. Lgs. n. 50 del 2016 si applichino anche alle concessioni di servizio di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Regolamento CE n. 1370/2007 (settore escluso ex art. 18 dello stesso decreto).*

*Ad avviso del Collegio l’obbligo di verifica del possesso, in capo ai contraenti, dei requisiti generali e morali di cui all’art. 80 del Codice, rispondendo a evidenti ragioni di trasparenza, deve ritenersi esteso anche agli affidamenti relativi ai settori esclusi, quale quello in esame. In tal senso, peraltro, si è già espressa la giurisprudenza, la quale ha affermato che i principi di carattere generale non possono essere trascurati in qualsivoglia rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione.” È stato ribadito che “la sopra enunciata regola, secondo la quale tutti coloro che prendono parte all’esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali, può essere considerato un principio di tutela della par condicio, dell’imparzialità ed efficacia dell’azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dall’applicazione del codice. Nei contratti c.d. esclusi - ha proseguito la sesta sezione - può non esigersi il medesimo rigore formale di cui all’art. 38 D. Lgs. n. 163 del 2006 citato (n.d.r.: oggi art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016) e gli stessi vincoli procedurali, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio che i soggetti devono avere i requisiti morali, e che il possesso di tali requisiti va verificato” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2012, n. 2825; id. Sez. VI 15 giugno 2010, n. 3759 e parere ANAC n. 14 del 29 luglio 2014).*

*La giurisprudenza, anche di questo Tribunale, ha inoltre chiarito che, in ossequio al principio della continuità del possesso dei requisiti, è necessario che tutti i requisiti generali e speciali di partecipazione “siano posseduti, senza soluzione di continuità, dal momento della presentazione della domanda di partecipazione, fino all’aggiudicazione e per tutta la fase di esecuzione, qualora l’impresa sia aggiudicataria dell’appalto” (cfr., ex multis, TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 16 ottobre 2020, n. 2108; nello stesso senso: Consiglio di Stato, Sez. V, 11 gennaio 2021, n. 386; Sez. V, 21 settembre 2020, n. 5496; Sez. V, 12 maggio 2020, n. 2968; Ad Plen., 20 luglio 2015, n. 8 e TRGA Bolzano, 5 aprile 2018, n. 112).*

*In conclusione, il Collegio è dell’avviso che la sussistenza dei requisiti di ordine generale degli operatori economici affidatari di contratti pubblici debba essere verificata dall’autorità affidante anche nel caso di proroghe o rinnovi contrattuali, trattandosi pur sempre di un affidamento di un servizio pubblico, di natura onerosa, a un operatore economico privato. “*

Ciò premesso, come base logico motivazionale della valutazione condotta da questo R.U.P., con riferimento alla posizione del concorrente SAD, all’esito dell’istruttoria acquistano rilievo i seguenti elementi idonei, allo stato, a sostanziare “gravi illeciti professionali “, ai fini di quanto previsto dall’art. 80, comma 5, lett. c) e c bis), del D. Lgs. 18 aprile 2016, n.50.



## 1. Sanzione AGCM n.27635-A516 / 2019 per abuso di posizione dominante.

SAD risulta condannata con il provvedimento indicato in epigrafe che risulta esecutivo e, peraltro, confermato dal giudice amministrativo.

La PAB, a partire dal 2016, ha avviato il processo per l'affidamento dei servizi pubblici locali, come previsto dalla L.P. 23 novembre 2015 n. 15 che ha suddiviso il territorio altoatesino in bacini territoriali ottimali (BTO) e all'art. 11, ha stabilito che *"i servizi di trasporto pubblico di linea definiti nei bacini sono affidati secondo le procedure previste dall'Unione Europea, tenendo conto in particolare, se possibile, delle esigenze delle piccole e medie imprese locali"*.

Il 27 dicembre 2016 la Giunta provinciale della PAB approvava un promemoria con il quale rigettava la terza proposta di PPP (le precedenti due proposte di PPP erano state altrettanto rigettate) e autorizzava gli Uffici alla pubblicazione dell'avviso di preinformazione al mercato per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano su gomma della Provincia tramite procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'articolo 7, par. 2, del Reg. CE n. 1370/200739.

Quindi, in data 20 gennaio 2017, la PAB pubblicava un avviso, con l'intenzione di pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 e di procedere all'aggiudicazione in tempo affinché il/i nuovo/i gestore/i potesse/ro dare effettivo avvio al servizio nel nuovo assetto organizzativo, in concomitanza con la scadenza delle concessioni (novembre 2018).

Ciò nonostante, SAD presentava una quarta proposta PPP in data 10 aprile 2017 insieme al Consorzio LiBUS.

La PAB, tuttavia, con la Delibera di Giunta n. 502 del 9 maggio 2017, adottava la proposta del Piano Provinciale sulla Mobilità, il quale prevedeva la costituzione di cinque BTO, di cui quattro relativi al servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma (BTO1: Bolzano e dintorni - Oltradige – Bassa Atesina; BTO2: Val Venosta – Burgraviato; BTO3: Valle d'Isarco – Alta Valle d'Isarco; BTO4: Val Pusteria) da affidarsi con gara ad evidenza pubblica e uno relativo al servizio di trasporto pubblico urbano e suburbano delle città di Bolzano e Merano, da affidarsi in house ai sensi dell'art. 5, par. 2, del Reg. (CE) n. 1370/2007.

Di conseguenza la PAB rigettava anche la quarta proposta di PPP, con Delibera di Giunta n. 1147 del 24 ottobre 2017, e confermava le scelte operate nella proposta di Piano Provinciale sulla Mobilità con la Delibera della Giunta Provinciale n. 20 del 9 gennaio 2018, recante il testo definitivo del suddetto Piano.

Dopo il rigetto della terza PPP presentata da SAD e LiBUS, e dopo un incontro informale tenutosi il 13 febbraio 2017, il 20 febbraio 2017 la Ripartizione Mobilità della PAB richiedeva a SAD e a LiBUS di trasmettere i dati aggiornati relativi ad alcuni fattori di produzione utilizzati per lo svolgimento del servizio e al personale impiegato.

In particolare, la Provincia chiedeva: i) l'elenco del personale, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, ii) l'elenco degli autobus, con l'indicazione delle relative caratteristiche tecniche, iii) l'elenco dei presidi logistici, quali officine, depositi e parcheggi, nonché iv) l'elenco degli altri immobili strumentali allo svolgimento del servizio.

La PAB precisava che la richiesta di informazioni rientrava nell'ambito del processo di ricognizione della situazione attuale del servizio ed era funzionale alla corretta attribuzione dei beni e del personale ai diversi lotti di gara, alla conseguente strutturazione e valorizzazione degli stessi, con contestuale impegno dell'Ente affidante a garantire la riservatezza delle informazioni sensibili dal punto di vista organizzativo e commerciale.

Dato il mancato riscontro al primo sollecito, la PAB ne inviava un secondo il 2 maggio 2017. Il 5 maggio



2017 SAD rispondeva trasmettendo parte delle informazioni richieste ossia: a) l'elenco dei propri autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, b) l'elenco del parco rotabile, con le relative caratteristiche tecniche dei mezzi, rifiutando tuttavia di fornire informazioni sui presidi logistici utilizzati, ritenendo che tali informazioni inerissero all'organizzazione aziendale e fossero quindi riservate.

Il 7 luglio 2017 la PAB reiterava la propria richiesta, evidenziando ancora una volta l'essenzialità delle informazioni richieste per la predisposizione degli elaborati di gara; poiché anche tale richiesta rimaneva priva di riscontro l'8 agosto 2017 e il successivo 27 ottobre 2017 la PAB cercava, invano, di ricontattare SAD, ribadendo, in tali occasioni, la propria disponibilità a tutelare la riservatezza dei dati ritenuti commercialmente sensibili dall'impresa.

A tale ultimo sollecito SAD dava riscontro in data 8 novembre 2017 con una comunicazione nella quale, da un lato, riconosceva l'esistenza di un obbligo, ai sensi della Misura 9 della Delibera ART n. 49/2015 e dell'art. 48 D.L. n. 50/2017, di fornire i dati classificati dall'Ente affidante come rilevanti ma, dall'altro lato, ribadiva che i dati richiesti sarebbero dovuti essere già in possesso della stessa. Osservava che senza i suddetti dati la Provincia, a suo dire, non avrebbe potuto determinare negli anni precedenti il costo standard annuale dei servizi svolti dai concessionari e il corrispettivo da corrispondere loro per la compensazione degli oneri di servizio pubblico. Quindi riteneva illegittima la richiesta di tali dati a SAD, ai sensi dell'articolo 42 d.P.R. n. 445/2000 che prevede che una Pubblica Amministrazione "non può richiedere ai privati atti o certificati relativi a stati, qualità personali e fatti attestati in documenti già in possesso della stessa o di altra Amministrazione".

Nonostante l'assenza di riscontro da parte di SAD, il 25 settembre 2017 la Provincia pubblicava l'avviso relativo alla procedura di consultazione pubblica prevista dalla Delibera ART n. 49/2015 e il 4 dicembre 2017 invitava SAD ad un incontro previsto per l'11 dicembre 2017, in occasione del quale si sarebbe tenuta la consultazione degli *stakeholder* interessati.

A seguito di tale incontro, la PAB provvedeva a stilare un verbale, inviato a SAD il 27 dicembre 2017, nel quale si reiterava di fatto la richiesta di informazioni a suo tempo inviata (dando come termine per la risposta il 20 gennaio 2018).

In data 31 gennaio 2018, SAD restituiva il testo del verbale firmato ma modificato con la precisazione che essa avrebbe fornito le informazioni relative al personale e agli immobili utilizzati solo laddove avesse deciso di rinunciare agli stessi e su esplicita richiesta della PAB; non essendo stato raggiunto l'accordo tra le parti sul testo modificato, non si addiveniva ad una firma definitiva nei tempi indicati dalla PAB.

In particolare, le informazioni mancanti erano relative:

- a) al personale diverso dagli autisti;
- b) ai presidi logistici utilizzati da SAD e ai relativi mezzi ivi ricoverati;
- c) alle residenze degli autisti corrispondentemente assegnati.

L'indispensabilità delle informazioni mancanti derivava, in particolare, da due elementi:

- i) la suddivisione, operata dal nuovo Piano sulla Mobilità provinciale, del territorio dell'Alto Adige in bacini (BTO) il cui perimetro non coincide con le attuali concessioni riferibili alle imprese consorziate in LiBUS e a SAD;
- ii) la circostanza che SAD, a differenza delle imprese consorziate in LiBUS, opera su porzioni di territorio riconducibili a più di un BTO.

La necessità della PAB di avere una conoscenza dettagliata dei presidi logistici utilizzati, del personale e dei mezzi attribuiti a questi ultimi dall'impresa *incumbent* nello svolgimento dei servizi avrebbe consentito di attribuire in modo corretto i fattori di produzione a ciascuno dei quattro nuovi bacini/lotti extra-urbani definiti



dal Piano Provinciale della Mobilità, di giungere ad un adeguato dimensionamento tecnico-trasportistico ed economico-gestionale degli stessi e di formulare ipotesi accurate sul fabbisogno di esercizio e sul costo del servizio per ciascuno di essi: il tutto segnatamente al fine di predisporre correttamente il Piano Economico Finanziario (PEF) simulato, recante la base d'asta calcolata a partire dal prefigurato costo del servizio, da allegare al bando per ciascun lotto.

La condotta ostruzionistica di SAD nei confronti della gara e delle informazioni dovute ha indotto la Provincia a segnalare questo comportamento all'AGCM che, con provvedimento n. 27635- A516/2019, in esito ad una complessa e documentata istruttoria, sanzionava SAD con la condanna al pagamento di Euro 1.147.275,00 per avere la PAB, solo il 16 marzo 2018, ottenuto tutte le informazioni richieste a SAD fin dal febbraio 2017, il che ha causato un ritardo alla procedura di gara (posto che l'intenzione della stazione appaltante era quella di pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 al più tardi e che tale pubblicazione è poi avvenuta soltanto a giugno 2018) e rendendo verosimile la necessità di dover prorogare le concessioni in atto, in favore della stessa SAD, ex art. 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007, essendo la scadenza fissata alla data del 18 novembre 2018 (si rinvia al provvedimento dell'AGCM, All. 1, anche per le ulteriori motivazioni da ritenersi parte integrante del presente atto).

Sotto il profilo della condotta, l'AGCM ha ritenuto che SAD ha posto in essere comportamenti anticoncorrenziali, in qualità di concessionario in posizione dominante nel mercato del servizio di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia Autonoma di Bolzano, avendo scientemente tentato di impedire che la PAB potesse tempestivamente dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della gara per l'affidamento di tali servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. L'Autorità sottolinea che la *“valutazione della natura anticoncorrenziale di tale comportamento deve essere effettuata alla luce della circostanza che il mercato rilevante in esame, caratterizzato da condizioni di monopolio legale sulla base di concessioni in esclusiva, era in procinto di essere reso per la prima volta – dopo oltre cinquanta anni - contendibile grazie all'espletamento di una gara in lotti per l'aggiudicazione del servizio”*.

Aggiunge che l'unica forma di concorrenza possibile in questi contesti è rappresentata da quella “per” il mercato in sede di gara; che il comportamento di SAD interessa quasi l'intera Provincia Autonoma di Bolzano (quattro bacini su cinque); che la gara riveste un'importanza significativa in termini economici sia per gli attuali concessionari sia per gli operatori concorrenti (la previsione dei costi del contratto di servizio era di circa 960 milioni di euro) e ipotizza che a tale affidamento siano interessate grandi imprese italiane e straniere.

Secondo l'Autorità, poiché l'effettiva contendibilità del mercato in sede di gara è strettamente legata alle modalità di predisposizione del relativo bando, quest'ultimo dovrebbe poter essere formulato in modo tale da evitare ogni indebito vantaggio concorrenziale a favore dell'*incumbent* tale da scoraggiare e pregiudicare i potenziali concorrenti; detto vantaggio può consistere anche nel possesso di informazioni necessarie alla corretta formulazione dell'offerta, ma non nella disponibilità dell'Ente affidante e degli altri partecipanti.

Pertanto, secondo l'AGCM, la condotta di SAD, ostacolando l'effettuazione della gara, ovvero la concorrenza “per” il mercato del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano, costituisce una fattispecie di abuso di posizione dominante, posta in essere in violazione dell'articolo 102 TFUE; aggiunge che tale condotta ha concretamente prodotto effetti anticoncorrenziali, nella misura in cui ha ritardato di oltre quattro mesi la pubblicazione del bando di gara, “a seguito del quale la PAB sarebbe stata costretta a prorogare gli affidamenti vigenti”.

SAD ha impugnato il provvedimento sanzionatorio avanti il TAR del Lazio che, con sentenza n.5801/2021, ha rigettato il ricorso SAD, ritenendo *“sostanzialmente inammissibili le censure volte a contestare nel merito apprezzamenti e valutazioni di carattere tecnico-discrezionale rimessi all'Autorità, che trovano un limite nel*



solo rispetto dei generali principi di logicità, ragionevolezza e proporzionalità, oltre che del vincolo di coerenza comunitario". (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 10 febbraio 2016, n. 1934; Cons. Stato, Sez. VI, 8 agosto 2014, n. 4228). Il provvedimento chiarisce che quello della futura gara è un contesto competitivo irrilevante ai fini della valutazione del comportamento di SAD, il quale invece inerisce a una fase precedente alla gara (parr. 120 ss. del provvedimento) ed è funzionale a ritardarne lo svolgimento. Invero è pacifico che, in qualità di concessionaria monopolista, SAD è l'unica (oltre a LiBUS) parte di "quel mercato", identificabile nel mercato provinciale in cui essa espleta il servizio di trasporto pubblico extraurbano, dal quale, frapponendo ostacoli all'indizione della gara, ha cercato di escludere i propri concorrenti potenziali.

L'istruttoria condotta dall'Autorità sul punto, contrariamente a quanto opina la ricorrente, è stata accurata sia con riferimento al mercato rilevante, sia con riferimento alla posizione dominante in esso ricoperta da SAD. Nel caso di specie l'incumbent SAD, esercitando una situazione di quasi-monopolio nella gestione del trasporto extraurbano nel mercato del Provincia autonoma di Bolzano già da lunghissimo tempo, per definizione occupa una posizione dominante nel rispettivo mercato rilevante (Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 2021, n. 1101).

Non rileva, dunque, la circostanza che l'abuso della posizione dominante, teso ad escludere i potenziali concorrenti dal mercato, si sia concretato nella condotta oggettivamente ostruzionistica tenuta nei confronti della stazione appaltante, titolare del potere amministrativo di indire la futura gara, e consistita nel perdurante rifiuto di fornire informazioni essenziali alla predisposizione degli atti di gara, la cui doverosità la ricorrente ha infine dovuto ammettere.

Invero è stato condivisibilmente affermato che costituisce abuso di posizione dominante il comportamento dell'operatore *incumbent* teso ad ostacolare o ritardare l'ingresso del concorrente nel mercato, anche quando la condotta illecita s'inserisca in un più complesso iter amministrativo dall'esito incerto (cfr. Cons. Stato, n. 1101/2021 cit.).

Quindi correttamente è stato accertato l'abuso di posizione dominante in ragione dei comportamenti illeciti posti in essere da SAD nel mercato dell'accesso al trasporto extraurbano in ambito provinciale altoatesino, sostanziatisi in ingiustificate condotte dilatorie per ritardare l'accesso dei concorrenti che sarebbe seguito alla gara".

Il giudice amministrativo ha sentenziato che " *non è illegale che un'impresa sia in posizione dominante ma è necessario che il suo diritto/dovere di competere con i concorrenti poggia sui propri meriti e non su una rendita di posizione; dunque se non è censurabile il tentativo, tutto imprenditoriale, di SAD di perpetuare la sua situazione di monopolio proponendo alla PAB ben quattro diversi progetti di project financing nell'arco di pochissimo tempo, allo stesso modo è del tutto corretto il divisamento della PAB di respingere tali proposte e di osservare la legge che imponeva di indire la gara per quattro BTO perimetrati sulla base del nuovo Piano Provinciale sulla Mobilità.*

*È necessario, quindi, individuare una linea di demarcazione tra "uso" e "abuso" della posizione di dominante, che deve avvenire indagando, in concreto, il potere economico dell'impresa e comparando lo stesso alle distorsioni della concorrenza che la condotta di quell'impresa in quello specifico ambito è in grado di generare (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 31 maggio 2018, n. 6080; Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 1673)."*

Secondo il TAR Lazio " *nel caso di specie l'Autorità ha documentato con dovizia di evidenze che SAD, con la sua condotta ostruzionistica e dilatoria, ha di fatto ritardato l'accesso di potenziali concorrenti al mercato del trasporto extraurbano nell'ambito provinciale altoatesino.*

*Parimenti inconferente è la tesi secondo cui non sarebbe sanzionabile come abuso di posizione dominante la mera intenzione.*



*Ciò in quanto la nozione di “abuso di posizione dominante” presuppone la sussistenza (in capo al soggetto dominante) di un “intento escludente dal mercato” oppure la interposizione di “una barriera all’ingresso nel mercato” (Cons. Stato, Sez. III, 10 novembre 2016, n. 4665). Secondo un costante orientamento del giudice eurounitario (cfr., tra le molte, Corte giustizia UE, Sez. III, 19 aprile 2012, n. 549), per accertare un abuso di posizione dominante, ai sensi dell’art. 102 TFUE, è sufficiente dimostrare che il comportamento abusivo dell’impresa in posizione dominante mira a restringere la concorrenza o che è tale da avere o da poter avere un simile effetto (Cons. Stato, Sez. VI, 1 aprile 2021, n. 2727). L’AGCM invero ha puntualmente argomentato la gravità della condotta consistente in un abuso escludente, con il quale SAD, titolare di un monopolio legale che durava da oltre 50 anni, ha agito al fine di procrastinare illegittimamente la durata di tale monopolio, frapponendo ripetuti ostacoli all’attività svolta dalla PAB.*

*Correttamente l’Autorità ha ritenuto che la condotta, oltre ad essere idonea ad alterare la concorrenza, ha in concerto esplicito i propri effetti ritardando la pubblicazione del bando di circa quattro mesi rispetto alla deadline che la PAB si era prefissa, proprio per evitare di dover ancora prorogare le concessioni in essere.*

*La valutazione di gravità dell’infrazione risulta, peraltro, coerente anche con l’importanza economica dell’affidamento impedito con la accertata condotta ostruzionistica e dilatoria di SAD, che avrebbe suscitato l’interesse di molti operatori concorrenti.”*

L’ampia ricostruzione dei provvedimenti dell’AGCM e del Giudice amministrativo, e le motivazioni convergenti ivi espresse, sono condivise e ritenute fondate da questo R.U.P.

Nella sentenza del giudice amministrativo è sottolineato che *“d’altra parte emerge dal provvedimento che la ricorrente non ha neanche negato l’intenzionalità di tale condotta, che è risultata provata anche nel fine, che era proprio quello di ostacolare l’indizione della gara.”*

Il comportamento di SAD che ha illegittimamente omesso l’esibizione dei documenti e delle informazioni richiesti da PAB, ritardando così la pubblicazione della gara del 2018 e ottenendo diverse proroghe dei servizi ad essa affidati, viene considerato dallo scrivente R.U.P. come grave illecito professionale tale da escludere la sua integrità o affidabilità, ai sensi dell’art. 80, quinto comma, lett. c), per le motivazioni innanzi esposte, e in coerenza con le valutazioni espresse da ANAC, AGCM e dal Giudice amministrativo, anche alla luce di una costante e reiterata azione ostruzionistica e intrusiva dell’operatore economico, come si avrà modo di chiarire nei successivi rilievi.

## **2. Rifiuto di collaborazione in vista della scadenza della Concessione per la Funivia Bolzano-Soprabolzano e Tramvia del Renon. Tentativo di sottrazione di beni del servizio pubblico.**

Con decreto dell’Assessore Provinciale alla Mobilità n. 585/38 del 25.11.2009 era stata affidata a SAD S.p.A. la concessione di linee di trasporto pubblico locale di competenza della Provincia, tra le altre sui seguenti impianti fissi: Funivia e Tramvia del Renon e Funicolare della Mendola, per un periodo di nove anni, con scadenza il 24.11.2018, prorogando la concessione con deliberazione della Giunta Provinciale n. 1154 del 13.11.2018, adeguata con deliberazione n. 94 del 19.02.2019, fino al 31.12.2019, poi prorogata ulteriormente per il periodo 01.01.2020 - 24.11.2020 con la deliberazione n. 969 del 19.11.2019.

L’art. 11 della legge provinciale 23 novembre 2015, n. 15 (Mobilità pubblica), stabilisce che i servizi tranviari, funiviari e altri servizi su impianti fissi possono essere affidati separatamente, mentre l’art. 20 prevede la possibilità dell’affidamento diretto dei servizi di trasporto a un soggetto su cui la Provincia esercita un controllo analogo a quello esercitato sulle proprie strutture, nel rispetto della normativa dell’Unione europea. Inoltre, l’art. 7, comma 9, della legge provinciale 17 dicembre 2015, n. 16 (Disposizioni sugli appalti pubblici), prevede che il servizio di trasporto pubblico è principalmente garantito anche attraverso il ricorso a modelli





di gestione pubblica *in house* o ad aziende speciali.

Nella seduta del 7 aprile 2020, la Giunta Provinciale si è espressa in linea generale a favore dell'affidamento diretto a una società *in house* dei servizi sugli impianti fissi.

Al fine di garantire la continuità dei servizi di trasporto pubblico la Giunta Provinciale, con deliberazione n. 897 del 17.11.2020, ha prorogato, la concessione per l'esercizio dei servizi di trasporto su impianti fissi a SAD S.p.A. per il periodo 25.11.2020 – 19.03.2021.

Infine, con deliberazione della Giunta Provinciale n. 243 del 16.03.2021, è stato disposto l'affidamento *in house* dell'esercizio del servizio di trasporto pubblico su impianti fissi di competenza della Provincia (Funivia e Tramvia del Renon e Funicolare della Mendola) alla società *in house* STA S.p.A. tramite contratto di servizio per il periodo 19.05.2021 – 30.04.2030.

Con la stessa delibera SAD S.p.A. è stata obbligata a realizzare, entro il termine massimo di 60 giorni dalla formale richiesta da parte della Ripartizione Provinciale Mobilità, il trasferimento dei beni funzionali a favore della STA S.p.A. Nelle more del trasferimento dei beni, come disposto con la predetta delibera n. 243/2021, con deliberazione della Giunta Provinciale n. 244 del 16.03.2021 è stato disposto di imporre a SAD S.p.A. la prosecuzione del servizio fino al subentro del nuovo gestore per il periodo dal 20.03.2021 fino al termine massimo del 18.05.2021.

Nel caso della Funivia e Tramvia del Renon, STA S.p.A. è peraltro proprietaria delle infrastrutture e degli impianti.

Quanto alla Funivia del Renon, nel 2009 è stata messa in esercizio la nuova funivia con capacità di trasporto superiore e il nuovo impianto, costituito dal complesso di beni mobili e immobili, impianti ed attrezzi, è stato messo a disposizione di SAD S.p.A. con il contratto Rep. 1398 di data 25.03.2015 per la durata corrispondente all'affidamento del servizio da parte della Provincia. Anche nel caso della Funicolare della Mendola la proprietà delle infrastrutture, dell'impianto e delle attrezzature mobili ed immobili, adibiti alla gestione dell'impianto, è in capo a STA S.p.A. e detti beni sono stati messi a disposizione di SAD S.p.A. con contratto di comodato Rep. 1324 di data 01.01.1992 – sempre con durata corrispondente alla concessione del servizio da parte della Provincia. Quanto ai beni funzionali allo svolgimento del servizio, di cui alla deliberazione giuntale n. 243/2021, l'art. 7, comma 8, della legge provinciale 2 dicembre 1985, n. 16, ancora in vigore con riferimento alle concessioni in essere, e quindi anche alla concessione di servizi in questione, 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.*"

Con l'art. 9, comma 2, della legge provinciale 17 marzo 2021, n. 3 (Variazioni al bilancio di previsione della Provincia autonoma di Bolzano 2021-2023 e altre disposizioni), nella legge provinciale sulla mobilità (l.p. 15/20215) è stato inserito l'art. 17/bis, il quale al comma 1 dispone che: "1. *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 e in regime di proroga e a garantire una transizione senza soluzione di continuità.*" Quanto alla Funivia e Tramvia del Renon e alla Funicolare della Mendola, i beni funzionali soggetti ad obbligo di trasferimento al nuovo gestore



ai sensi dell'art 7, comma 8, della legge provinciale n. 16/1985 risultano da appositi elenchi. 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 legge provinciale n. 16/1985 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 i quali, trattandosi di beni funzionali finanziati al 100% dalla Provincia, sono soggetti ad obbligo di trasferimento ai sensi dell'art.7, comma 8, della legge provinciale n. 16/1985 e dell'art. 17/bis, comma 1, della legge provinciale n. 15/2015. Anche le attrezzature minute ed il magazzino interamente finanziati con fondi pubblici e funzionali alla gestione del servizio sono soggetti ad obbligo di trasferimento. Tutto ciò non solo sulla base delle richiamate norme di legge provinciale ma anche della Delibera dell'Autorità per la Regolazione dei Trasporti n.154 del 2019, fermo restando l'eventuale riconoscimento di indennizzi, ove dovuti.

La proprietà dell'impianto e delle attrezzature della funivia e tramvia del Renon, compresi anche i treni storici, risulta in capo a STA S.p.A. Per il potenziamento della tramvia e per far fronte all'aumentato carico di passeggeri, sono stati acquistati da SAD S.p.A., su incarico e con un finanziamento del 100% della Provincia: 2 treni usati (treni n. 23 e 24) dalla "Trogener Bahn" (decreto dell'Assessore Provinciale alla Mobilità n. 626 del 14.12.2009) su cui è stata poi effettuata la manutenzione straordinaria (sempre decreto dell'Assessore Provinciale alla Mobilità n. 626 del 14.12.2009); nell'anno 2005 è stato acquistato il treno n. 21 (decreto dell'Assessore Provinciale alla Mobilità n. 464 del 15.11.2005); nel 2017 è stato acquistato l'ultimo treno n. 22 (decreto dell'Assessore Provinciale alla Mobilità n. 18108 del 29.07.2017). La revisione generale del treno n. 23 è stata finanziata al 100% dalla Provincia (decreto dell'Assessore Provinciale alla mobilità n. 19388 del 23.10.2017). Per la funicolare della Mendola nel 2009 sono state acquistate due nuove cabine sostituendo le vecchie vetture che avevano circa 20 anni, e anche queste nuove cabine più capaci, moderne e luminose sono state finanziate al 100% con finanziamento pubblico (decreto dell'Assessore Provinciale alla Mobilità n. 626 del 14.12.2009), per cui a SAD S.p.A. è stato consegnato un intero impianto funzionante che dopo 20 anni aveva bisogno di sostituzioni e manutenzioni straordinarie (a carico di SAD S.p.A., come da contratto di comodato). I beni mobili ed immobili acquistati con contributi provinciali sono individuati dall'ente affidante come funzionali ed essenziali per l'effettuazione del servizio, per cui devono essere trasferiti al concessionario subentrante per effetto del citato art. 7, comma 8, della legge provinciale n. 16/1985, ancora in vigore. L'obbligo di cessione in capo al gestore uscente si configura quindi in presenza di due presupposti:

- 1) il bene deve essere finanziato con contributi pubblici: in merito si è rappresentato che, considerato che i beni in questione sono stati acquistati con un contributo del 100% da parte della Provincia, il finanziamento effettuato dal concessionario è pari a zero;
- 2) il bene deve essere funzionale alla gestione del servizio: in merito è stato rilevato che il contributo pubblico per l'acquisto dei beni in questione (100%) è stato concesso ai sensi dell'art. 15, comma 1, della legge Provinciale n. 16/1985 al fine di promuovere il potenziamento e il rinnovo dei beni strumentali necessari all'esercizio dei servizi di trasporto di competenza Provinciale e di migliorare i livelli di sicurezza e l'efficienza delle gestioni aziendali e l'utilizzo dei servizi da parte degli utenti.

La Provincia, con lettera prot. n. 218160 del 20.03.2021, ha richiesto a SAD S.p.A., con riferimento alla predetta delibera giunta n. 243/2021, la messa a disposizione di STA S.p.A., entro e non oltre il termine di 60 gg., i beni funzionali elencati nella tabella allegata, facendo comunque presente che fino alla conclusione del contenzioso in atto, il trasferimento ha per oggetto l'uso di beni funzionali allo svolgimento del servizio e invitando SAD S.p.A. a mettersi in contatto con la Ripartizione Mobilità e con STA S.p.A. per concordare, entro e non oltre 15 gg. dalla comunicazione, le modalità concrete del trasferimento dei beni;



Considerato che da fonti di stampa l'Amministrazione aveva appreso che SAD S.p.A. avrebbe già alienato a terzi alcuni mezzi di trasporto interamente finanziati dalla Provincia, senza alcuna preventiva comunicazione o autorizzazione (Quotidiano *Dolomiten* 17.03.2021), SAD S.p.A. è stata invitata a fornire precisazioni a riguardo, producendo i relativi atti.

In merito al trasferimento dei cespiti SAD S.p.a. riteneva che *"l'art.7 comma 8, in altre parole non prevede in alcun modo il trasferimento dell'uso ma solo delle proprietà e dietro pagamento del prezzo per cui la Sua indicazione (di trasferire solo l'uso) non ha fondamento giuridico e SAD può legittimamente ritardare il trasferimento dei beni fino a quando non riceve (da PAB ovvero da STA) il detto prezzo, in base all'art. 1460 cod.civ."*

In relazione alle gravi notizie apparse sulla stampa in merito alla vendita dei treni all'estero SAD S.p.a. sosteneva la mancanza di interesse, da parte della stessa società, a divulgare atti o documenti che attengono ai propri diritti di proprietà; è chiaro però che SAD intende vendere i propri cespiti aziendali alle migliori condizioni e questo in virtù proprio dell'art. 17, comma 4 della L.P. 15/2015 che per i beni non essenziali prevede che possano (ma non devono) essere ceduti all'impresa subentrante." Riteneva inoltre, l'insussistenza di un obbligo di autorizzazione dell'Assessore alla vendita dei cespiti, non rappresentando nemmeno condizione di validità della cessione in quanto, in base all'art. 32 comma 2 della l.p. 15/2015, al concessionario era sempre possibile vendere i cespiti aziendali finanziati anche senza autorizzazione e dietro pagamento della sola parte non ancora ammortizzata del finanziamento.

Preso atto della posizione e delle affermazioni di SAD S.p.A. la Ripartizione Provinciale Mobilità, con lettera prot. n. 234091 del 26.03.2021, ha diffidato formalmente detta società, precisando di astenersi da qualsiasi condotta relativa all'alienazione a terzi (o trattative con terzi) dei beni essenziali e strumentali al servizio di trasporto pubblico, oggetto di concessione e interamente finanziati dalla Provincia, riservandosi la facoltà di azioni in sede amministrativa e giurisdizionale necessarie alla tutela dei beni del servizio pubblico. SAD S.p.A. veniva inoltre diffidata a fornire entro e non oltre il termine di 5 giorni dal ricevimento della comunicazione i chiarimenti e i documenti atti a smentire quanto dichiarato da SAD S.p.A. in sede pubblica (Quotidiano *Dolomiten* 17.03.2021) circa la vendita dei beni all'estero.

In data 26.03.2021 SAD S.p.A. ha esposto alla Provincia che, una volta terminato il servizio, sarebbero stati asportati tutti i cespiti aziendali (compresi i 4 treni). A tale scopo SAD avrebbe già assunto precisi impegni con la ditta specializzata per avviare il trasporto dei 4 treni dal 22 aprile terminandolo entro il 15 maggio prossimo. Questo secondo SAD non avrebbe pregiudicato in alcun modo la regolarità del servizio in quanto l'art.6 delle "Specifiche tecniche" (Allegato B parte integrante della delibera giuntale n. 244 del 16.03.2021) prevederebbe espressamente che *"... in caso di interruzione del servizio per cause dipendenti dal Concessionario ... (questi) è tenuto ad assicurare il servizio sostitutivo (nella versione tedesca Ersatzdienst)"*, affermando inoltre di apprestarsi a chiedere l'immissione in strada degli autobus sostitutivi

Su incarico di SAD S.p.a., la ditta di trasporti Emil Egger AG, in data 2.4.2021, ha chiesto l'autorizzazione per il trasporto speciale di locomotiva e vagoni ferroviario della Tramvia del Renon concessa dal Servizio strade provinciale.

In sostanza, SAD S.p.A., avendo altresì chiesto, per il tramite di una ditta specializzata, autorizzazione per il trasporto speciale di locomotiva e vagoni ferroviario della Tramvia del Renon stava veramente procedendo, come dichiarato, alla sottrazione di un bene essenziale e strumentale del servizio pubblico, interamente finanziato con denaro pubblico, per profitti propri, fatto in sé gravissimo che doveva essere impedito per garantire la continuità del servizio tramviario.

Considerate le gravi dichiarazioni di SAD S.p.A. e le riferite condotte, il pericolo per la salvaguardia di beni essenziali e strumentali per il servizio pubblico nonché la stessa prosecuzione di esso, la Provincia si è vista



costretta di chiedere al Tribunale di Bolzano la concessione di una misura cautelare consistente nel sequestro giudiziario dei beni mobili e immobili necessari per la gestione degli impianti.

Con lettera del 15.4.2021 SAD S.p.A., ha altresì ritenuto che i rapporti di locazione per la stazione a valle e a monte della Funivia Bolzano-Soprabolzano nonché per le 2 rimesse della tramvia del Renon in quanto regolati dalla legge civile 392/78, dovrebbero proseguire fino alla loro naturale scadenza (2026 e risp. 2027).

Con lettera del 21.4.2021 SAD S.p.A. ha inoltre avvisato-diffidato STA dall'accedere agli immobili sopra descritti e ai relativi locali nonché agli spazi pertinenziali per i prossimi sei anni. Precisava che ogni violazione del possesso legittimo della conduttrice STA sui detti immobili sarebbe stato denunciato alla A.G. profilandosi in tale caso il reato p. e p. dall'art.614 C.P.

SAD ha inoltre ostacolato l'applicazione della clausola sociale per il trasferimento del personale scrivendo al Concedente di voler mantenere il servizio fino a tutto il 18 maggio 2021, compreso il rapporto con il proprio personale, e facendo presente di voler insistere sul preavviso da 1 a 3 mesi per il personale che volesse eventualmente dare dimissioni,

Queste incredibili e gravi condotte e minacce hanno trovato puntuale risposta nei provvedimenti del Tribunale di Bolzano.

Con decreto di data 15 aprile 2021, comunicato in data 16 aprile 2021, reso nell'ambito del giudizio sub R.G. n. 1312/2021, il Tribunale Ordinario di Bolzano, Procedimenti Speciali Sommarî, ha autorizzato, in favore dei ricorrenti PAB e STA il sequestro giudiziario ex art 670 c.p.c. sui beni funzionali ed essenziali al servizio del trasporto pubblico locale su impianti fissi (Funivia e Tramvia del Renon e Funicolare della Mendola con accessori e pertinenze). Ha nominato provvisoriamente quale custode dei beni la STA S.p.A., ordinando a SAD la consegna dei beni al custode e l'immissione nel possesso dello stesso a sua semplice richiesta, ed ha fissato l'udienza per la comparizione delle parti per il 29.04.2021 ore 12.00.

Con memoria depositata in data 28.04.2021, SAD S.p.A. chiedeva in via principale, la revoca del sequestro e, in via subordinata, limitare lo stesso ai soli tram del Renon e alle due carrozze della funicolare della Mendola, chiarendo inoltre che SAD sui beni sequestrati avrebbe comunque il possesso per esercitarvi il servizio medesimo, e, in ogni caso, sottoporre la cautela a prestazione di previa cauzione nella misura di euro 2.000.000,00.

Pochi giorni prima, sempre SAD S.p.A. aveva depositato ricorso ex art. 447 bis c.p.c. al Tribunale di Bolzano per l'accertamento di rapporto di locazione urbana, della sua validità, efficacia e durata e degli obblighi di garanzia del locatore ex artt. 1575 e 1585 c.c., pur essendo detta domanda già oggetto del giudizio (sospeso) pendente innanzi al Tribunale di Bolzano, Prima Sezione Civile, sub R.G. n. 1204/2020, promosso sempre da SAD S.p.A., nel quale, come già esposto, la Provincia e STA S.p.A. hanno spiegato domanda riconvenzionale, volta all'accertamento della piena proprietà in capo alle convenute dei beni, mobili e immobili, destinati al servizio di trasporto pubblico locale della Funivia e della Tramvia del Renon nonché della Funicolare della Mendola, e, in ogni caso, del diritto delle stesse al trasferimento a proprio favore dei cespiti e beni concernenti gli impianti fissi, acquistati con totale finanziamento pubblico, e, per l'effetto la condanna di SAD S.p.A., a far data dalla scadenza delle concessioni del servizio di trasporto pubblico, alla restituzione degli impianti fissi e dei relativi beni immobili, mobili e cespiti a favore delle rispettive proprietarie Provincia e STA S.p.A. nonché la condanna di SAD S.p.A., a far data dalla cessazione del rispettivo servizio, al trasferimento a favore delle convenute di tutti i beni e cespiti acquistati con finanziamento pubblico concernenti gli impianti fissi

Quindi, con ordinanza di data 30 aprile 2021, il Tribunale di Bolzano confermava il proprio provvedimento assunto in data 15 aprile 2021, includendo nella lista dei beni sequestrati anche gli immobili funzionali alla gestione del servizio (immobili funzionali alla gestione della funivia del Renon, della funicolare della



Mendola, della tramvia del Renon), affidando anch'essi in custodia a STA S.p.A., sostenendo che *“per quanto riguarda i beni immobili il pericolo è, ovviamente, quello di “sottrazione giuridica”, ossia la materiale e legittima disponibilità degli stessi. Si tratta, nella specie, degli edifici adibiti a stazione della funivia, nonché delle rimesse ferroviarie. Pare che gli stessi formino al contempo oggetto sia di un rapporto di concessione, sia di un rapporto locatizio. Nei contratti di locazione si fa, infatti, espresso riferimento al rapporto concessorio. Ora, la SAD ha anticipato di essere titolare di un rapporto locatizio in merito a tali immobili e quindi di non intendere cedere la disponibilità degli stessi alla STA. Pende quindi una lite avente ad oggetto la disponibilità dei beni immobili. Pure nella specie sussiste quindi il presupposto normativo, dato che vi è pericolo di “sottrazione giuridica”, ossia che una consegna non regolare dovuta alla lite in corso pregiudichi l'espletamento del servizio pubblico. L'interesse di SAD è di tipo prettamente commerciale, essa cerca di massimizzare introiti. E', invece, interesse collettivo dalla PA (realizzato da STA) di mantenere in vita un servizio pubblico essenziale. Mentre SAD non corre alcun rischio che con il decorso del tempo le sue pretese vengano vanificate, in quanto ogni sua pretesa eventualmente accertata potrà essere monetizzata e Provincia e STA possono essere considerati debitori solvibili; la collettività, all'opposto, non può permettersi di veder interrotto un servizio pubblico essenziale. Va, pertanto, non solo garantito che i beni non vengano meno, ma pure che essi perseguano il loro scopo istituzionale”*.

Il sequestro giudiziario, confermato dal Tribunale, è stato completamente eseguito: in data 11 maggio 2021, quello sui beni mobili, e in data 18 maggio 2021 quello sui beni immobili.

Infine, ma non da ultimo, con ordinanza n. 2760/2021, pubblicata il 21.05.2021, il Consiglio di Stato, Sezione Sesta, ha rigettato l'appello proposto da SAD S.p.A. per la riforma dell'ordinanza cautelare del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa – Sezione autonoma di Bolzano n. 52/2021, di reiezione della domanda di sospensione dell'efficacia della deliberazione della Giunta provinciale n. 243 del 16.03.2021, con la quale è stato disposto l'affidamento *in house* dell'esercizio del servizio di trasporto pubblico su impianti fissi di competenza della Provincia (Funivia e Tramvia del Renon e Funicolare della Mendola) alla società *in house* STA S.p.A. tramite contratto di servizio per il periodo 19.05.2021 – 30.04.2030, obbligando contestualmente SAD S.p.A. a realizzare, entro il termine massimo di 60 giorni dalla formale richiesta da parte della Ripartizione Provinciale Mobilità, il trasferimento dei beni funzionali a favore della STA S.p.A., e della deliberazione della Giunta provinciale n. 244 del 16.03.2021, con la quale è stato disposto di imporre a SAD S.p.A. la prosecuzione del servizio fino al subentro del nuovo gestore per il periodo dal 20.03.2021 fino al termine massimo del 18.05.2021. La decisione si fonda sulle seguenti considerazioni:

*“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.”*

Con atto in data 14 maggio 2021, la società SAD – Trasporto locale S.p.A. proponeva reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale di Bolzano in data 30 aprile 2021 di conferma dell'autorizzazione delle richiedenti Provincia autonoma di Bolzano e STA.

Senonché, all'udienza cautelare del 26 maggio 2021, il procuratore di SAD, nel dare atto della mancata conferma della sospensiva da parte del Consiglio di Stato, intervenuta all'udienza del 20.05.2021, ha dato atto dell'avvenuta cessazione della materia del contendere per la parte relativa a tale subprocedimento cautelare, per cui il Giudice ha dichiarato cessata la materia del contendere in relazione all'oggetto del ricorso cautelare che ha dato origine al subfascicolo R.G. n. 1407-2/2021.



Il sopra descritto comportamento di SAD costituisce un grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. c), c.c.p. perché l'operatore economico, in qualità di concessionario di un servizio di trasporto affidato dalla Provincia:

- ha tentato di asportare e di vendere all'estero, per sua stessa esplicita ammissione, i mezzi tranviari del Renon prima della scadenza dell'affidamento, in data 18.05.2021, benché l'ente affidante PAB avesse diffidato ad astenersi e avesse ordinato il trasferimento dei mezzi alla STA avendo fatto presente che la mancata cessione o messa a disposizione da parte della SAD S.p.A. dei mezzi, trattandosi nella specie di mezzi con caratteristiche del tutto particolari non reperibili sul mercato, avrebbe costretto l'Amministrazione pubblica innanzitutto ad interrompere il servizio pubblico di trasporto con gravi danni connessi, anche di immagine, ed inoltre avrebbe comportato per la stessa l'obbligo di approvvigionarsi di mezzi analoghi che, per le peculiarità sopra illustrate, avrebbero dovuto essere costruiti su misura, indicando le seguenti particolarità/caratteristiche a conferma di quanto affermato: scartamento ridotto dei binari, lunghezza, capienza, necessità di apertura porte su entrambi i lati, altezza degli accessi commisurati alle stazioni esistenti, lunghezza commisurata al locale deposito, tensione della corrente di alimentazione e altezza fra piano e binario e filo di alimentazione elettrica. Risultava chiaro che sul mercato dell'usato è pressoché impossibile trovare dei mezzi simili, compatibili con tali caratteristiche, oltre la quasi impossibilità di collaudare il mezzo per il trasporto pubblico; che un eventuale acquisto di un mezzo nuovo avrebbe comportato comunque tempi lunghissimi e costi socialmente non sostenibili; che nel caso della Funicolare della Mendola si sarebbe trattato di vetture prototipi adatte per peso, capienza ed inclinazione al tracciato storico realizzato nel 1903: pertanto la condotta di STA, impedita dal Tribunale di Bolzano, avrebbe determinato un danno grave e illegittimo oltre che l'interruzione del servizio pubblico e un'illecita sottrazione di beni caratteristici del patrimonio pubblico fortemente espressivi delle peculiarità dei luoghi;

ha ostacolato in tutti i modi possibili il regolare subentro di STA nella gestione del servizio della Funivia Bolzano – Soprabolzano e della Tramvia del Renon, previsto per il 19.05.2021, rifiutando non solo ogni collaborazione ma cercando di ottenere una continuazione illegittima del servizio, già più volte prorogato, instaurando cause civili ed amministrative con richiesta di misure cautelari, intimando al proprio personale di rispettare il periodo di preavviso da 1 a 3 mesi prima di poter passare a STA ;

con palese abuso del processo e del diritto ha insistito, anche dopo l'assunzione del servizio di trasporto pubblico da parte di STA, in data 19.05.2021, confermata dal TRGA Bolzano, per la revoca dell'ordinanza di sequestro, limitatamente alla stazione a valle e per la stazione a monte della funivia del Renon nonché per le 2 rimesse per i tram, con l'evidente fine di mettere in atto un "ricatto" nei confronti di STA e PAB, proprietari dei predetti beni, e ottenere così un'ulteriore proroga, senza titolo alcuno ed in contrasto con la legge.

Tale condotta costituisce un grave illecito professionale, ai sensi dell'art. 80, comma quinto lett. c), c.c.p., ed una grave lesione dell'integrità e dell'affidabilità dell'operatore economico.

### **3. Le condotte turbative e la violazione del Patto d'integrità in materia di contratti pubblici (allegato al decreto ACP n.16/2018).**

Il "Patto di integrità in materia di contratti pubblici", previsto dall'allegato al decreto ACP n.16/2018, stabilisce "la formale e reciproca obbligazione tra l'Agenzia e gli operatori economici di improntare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza, nonché l'esplicito impegno anticorruzione di non offrire, accettare o richiedere somme di denaro o qualsivoglia ricompensa, vantaggio o beneficio". In particolare l'art. 2, punto 6, prevede che l'operatore economico debba dichiarare "*di non aver in corso né di avere praticato intese e/o pratiche restrittive della concorrenza e del mercato vietate ai sensi della normativa*



vigente, ivi inclusi gli artt. 101 e seguenti del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea" mentre l'art. 2, punto 5, prevede che l'operatore economico debba dichiarare di "non aver influenzato il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice": entrambe queste disposizioni, che ai sensi dell'art. 1, punto 3, costituiscono "condizione di ammissione alle procedure di gara", risultano violate da SAD, per quanto già esposto sub. 1) e per quanto si dirà nel prosieguo, con ogni effetto conseguente.

### **3.a) Le "intese collusive" per la spartizione dei mercati del trasporto locale, come risultanti dall'atto istruttorio dell'AGCM (v. Delibera pubblicata sul Bollettino n. 28 del 23.07.2018, con provvedimento n. 27258)**

Dalla dettagliata istruttoria svolta da AGCM, con Delibera n.27258, si evince il ruolo attivo di SAD nel disegno di spartizione geografica delle linee del trasporto pubblico attraverso Accordi Riservati con altre imprese locali.

I fatti rappresentati, documentati da "intese e accordi sottoscritti" in modo olografo, sono tali da costituire un elemento di inaffidabilità del concorrente SAD ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) c.c.p, alla luce del contesto degli ulteriori elementi gravanti sulla condotta dello specifico operatore economico, rappresentata nel presente atto.

### **3.b) Intimidazione dei funzionari della PAB.**

In data 24.03.2020, l'AD si è presentato, assieme al DG Mariano Vettori, a un incontro con l'allora Direttrice della Ripartizione Mobilità insultando funzionari, affermando volgarità e frasi minacciose nei confronti di dirigenti e funzionari, con espressioni gravi e irripetibili, documentate in un esposto.

In un'altra occasione dirigenti di SAD sono entrati nell'Ufficio della Direttrice della Mobilità mostrando le carte delle intercettazioni e rapporti investigativi della Questura, allora ignoti e prontamente ritrasmessi con esposto alla Questura, sostenendo in modo intimidatorio che avrebbero fatto fare una brutta fine al precedente dirigente dell'Ufficio.

A ciò occorre aggiungere la intollerabile prassi di violare la privacy per insultare e diffamare dirigenti o funzionari degli uffici, e lo stesso Assessore, tramite messaggi sui dispositivi telefonici privati ("*... siete un branco di cretini, ... mi domando se a volte non vi vergognate, ... non riesco a capire come si possano scrivere così tante fesserie, ... prima o poi mi prendo i responsabili di tutte queste fesserie ...*"). Una prassi documentata, che impedisce, nella sua gravità, qualsiasi fiducia nella correttezza e nell'integrità dell'operatore economico.

### **3.c). Stalking giudiziario (Predatory Litigation) e campagne stampa preordinate**

I motivi sin qui delineati devono essere considerati nel contesto di un complesso di azioni di SAD di straordinaria conflittualità e ostilità nei confronti della Provincia, una conflittualità del tutto sproporzionata ed incompatibile con i rapporti di leale collaborazione che devono intercorrere tra ente concedente e concessionario e, viepiù, tra stazione appaltante e concorrente.

Non sono certo in discussione i sacrosanti diritti di critica e di tutela in sede giurisdizionale di diritti e interessi, sanciti dalla Costituzione.

Ma non può ritenersi normale, e neppure ammissibile, la condotta dell'operatore economico che, nei confronti del proprio ente concedente e della stazione appaltante di una gara a cui partecipa, promuove in due anni oltre 30 ricorsi e azioni giudiziarie, nelle diverse sedi giudiziarie, quasi tutte respinte dai giudici, o pendenti nei diversi gradi, allo scopo dichiarato di condizionare in tutti i modi le scelte amministrative e financo legislative delle autorità pubbliche. L'accanimento persecutorio di SAD nei confronti della Provincia risulta confermato in atti dal comprovato fatto della frequente dichiarazione di "improcedibilità o



inammissibilità” dei ricorsi poiché relativi a “scenari futuri o inattuali”, a ipotesi di decisioni paventate come lesive ma non ancora assunte in concreto, secondo una tecnica di “anticipazione” dell’azione volta a scoraggiare o influenzare le decisioni future. Il dispiegamento di mezzi ingenti contro la propria stazione appaltante o ente concedente ha lo scopo neppure celato di delegittimare l’Autorità pubblica e, in specie, l’Autorità di gara da parte di un concorrente. Per l’ampiezza e la straordinaria reiterazione di queste azioni deve ritenersi che la condotta di SAD si pone in contrasto con i principi del “Patto di integrità” e mina alla radice i presupposti di affidabilità e integrità che devono essere alla base del rapporto di fiducia collaborativa nell’affidamento e nell’esecuzione del servizio pubblico di trasporto. Se anziché cooperare per la migliore efficienza del servizio pubblico si viene citati in giudizio con cadenza più che mensile, dal proprio concessionario, occorre prendere atto dell’oggettiva difficoltà della prosecuzione del rapporto o di instaurarne di nuovi.

A ciò si deve aggiungere una violenta campagna di stampa, quasi quotidiana, ampiamente documentata e pubblicamente nota, contro la Provincia e i suoi organi.

Questa campagna, che sarebbe legittima se svolta in sede dichiaratamente politica ma che viola i canoni di correttezza, di leale collaborazione e di integrità se unicamente rivolta ad ottenere vantaggi per un operatore economico concorrente in una gara pubblica, rende palese la crisi di affidabilità ed integrità di SAD nei rapporti con la Provincia autonoma di Bolzano e costituisce in sé un’anomalia e un ostacolo ai fini di un’ordinaria e leale prosecuzione del rapporto di servizio pubblico.

Tutto ciò premesso, risulta allo stato accertato che per i motivi tutti sopra indicati è dimostrato con mezzi adeguati che il concorrente SAD S.p.A., attraverso i propri organi di vertice societario e gestionale, si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la propria integrità o affidabilità, ai sensi dell’art.80, quinto comma, lett. c), c.c.p., e che risultano, con riferimento alla gara descritta in tema di trasporto pubblico extraurbano, tentativi di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante e di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio omettendo le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, ai sensi dell’art. 80, quinto comma, lett. c bis), attraverso elementi gravi ed oggettivamente acclarati.

Ai fini della determinazione finale si trasmette il presente atto alla società SAD S.p.A., per garanzia del contraddittorio procedimentale in coerenza con la Linea guida n.6, dell’ANAC, invitando la predetta Società a fornire tempestivamente via pec le proprie controdeduzioni, comunque entro e non oltre il termine di quindici giorni, dal ricevimento della presente.

Distinti saluti

Il R.U.P. di Gara

Martin Vallazza

(sottoscritto con firma digitale)