

A516 - GARA AFFIDAMENTO SERVIZI TPL BOLZANO

Provvedimento n. 27635

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

NELLA SUA ADUNANZA del 10 aprile 2019;

SENTITO il Relatore Professor Michele Ainis;

VISTI gli articoli 101 e 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE);

VISTO il Regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE (oggi articoli 101 e 102 TFUE);

VISTA la legge 10 ottobre 1990, n. 287;

VISTO il proprio provvedimento n. 26940 del 17 gennaio 2018, con il quale è stata avviata un'istruttoria, ai sensi dell'articolo 14 della legge n. 287/90, per accertare l'esistenza di una violazione dell'articolo 102 TFUE e/o dell'articolo 3 della legge n. 287/90, nei confronti di SAD – Trasporto Locale S.p.A., con riferimento a comportamenti da questa posti in essere nel mercato dei servizi di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano e consistenti nell'aver ritardato e/o omesso l'invio alla Provincia Autonoma di Bolzano di informazioni indispensabili a completare gli elaborati di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale extraurbano su gomma nel territorio della Provincia di Bolzano;

VISTO il provvedimento n. 27094 del 21 marzo 2018, con il quale è stato deliberato di non adottare le misure cautelari di cui all'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90 nei confronti della Parte;

VISTO il proprio provvedimento n. 27203 del 13 giugno 2018, con il quale è stata disposta la pubblicazione, in data 18 giugno 2018, degli impegni proposti da SAD – Trasporto Locale S.p.A. sul sito dell'Autorità;

VISTO il proprio provvedimento n. 27314 del 13 settembre 2018, con il quale sono stati rigettati gli impegni definitivi proposti da SAD – Trasporto Locale S.p.A.;

VISTO il provvedimento n. 27508 del 23 gennaio 2019 con il quale è stata disposta la proroga del termine di conclusione del procedimento istruttorio al 10 aprile 2019;

VISTA la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, trasmessa alle Parti in data 28 gennaio 2019, ai sensi dell'articolo 14 del D.P.R. 30 aprile 1998, n. 217;

VISTE le memorie finali di SAD – Trasporto Locale S.p.A. e della Provincia Autonoma di Bolzano, pervenute, rispettivamente, in data 6 e 7 marzo 2019;

SENTITI in audizione finale i rappresentanti di SAD – Trasporto Locale S.p.A. e della Provincia Autonoma di Bolzano, in data 11 marzo 2019;

VISTA l'istanza istruttoria di SAD – Trasporto Locale S.p.A., presentata nel corso dell'audizione finale;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. LE PARTI

1.1 L'impresa denunciata

1. SAD – Trasporto Locale S.p.A. (di seguito, "SAD" o la "Parte") è una società con sede a Bolzano la cui attività consiste nell'esercizio di autolinee in concessione per il trasporto di persone con autobus, il trasporto collettivo di persone mediante ferrovie e funivie, e nella gestione di tutti i servizi connessi alla mobilità di persone. Attualmente SAD è il principale concessionario tra quelli che gestiscono, ognuno per le linee ricevute in concessione, il trasporto pubblico di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. Il capitale sociale di SAD è detenuto per il 44,44% da Suedtiroler Verkehrs und Service – S.V.S. – GmbH, per il 33,34% da Habitat S.p.A., per l'11,11% da S.IN.CO. S.r.l., per l'11,02% da Servizi S.T. S.r.l. e per lo 0,09% da una persona fisica.

Il fatturato di SAD nel 2017 è stato pari a circa 82,5 milioni di euro.

1.2 Il denunciante

2. La Provincia Autonoma di Bolzano (di seguito, "PAB" o la "Provincia") è l'Ente territorialmente competente all'organizzazione del servizio di trasporto pubblico locale ai sensi dell'articolo 4 della L.P. novembre 2015 n. 15, il quale individua la PAB come l'Ente che istituisce i servizi di trasporto pubblico di interesse provinciale e svolge le funzioni di pianificazione, gestione, programmazione, indirizzo, coordinamento, monitoraggio e vigilanza dei predetti

servizi, che comprendono l'insieme delle reti e dei servizi di trasporto di linea e non di linea. La PAB è, pertanto, l'Ente di governo dell'unico bacino di mobilità che include tutto il territorio provinciale¹.

II. IL PROCEDIMENTO ISTRUTTORIO

II.1 La denuncia

3. In data 14 novembre 2017 la Provincia inviava all'Autorità, e per conoscenza all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (di seguito, "ART"), una segnalazione con la quale lamentava che SAD, nonostante i ripetuti solleciti, non aveva trasmesso entro i termini previsti tutte le informazioni relative ad alcuni beni strumentali allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale (in specie, agli autobus e ai presidi logistici utilizzati) e al personale impiegato, necessarie per la predisposizione della documentazione di gara per il nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano (di seguito, la "Gara")². La PAB integrava la propria denuncia con comunicazioni successive pervenute nelle date del 29 novembre 2017, dell'11, del 20 e del 21 dicembre 2017, del 9, del 10 e dell'11 gennaio 2018.

4. La Provincia riteneva che il comportamento non collaborativo da parte di SAD fosse impeditivo dell'azione amministrativa propedeutica al nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano e che esso avrebbe avuto un risvolto negativo sulla capacità dei potenziali concorrenti di SAD di presentare un'offerta effettivamente competitiva. Questi ultimi, infatti, si sarebbero trovati in una situazione di asimmetria informativa rispetto a SAD, in relazione ai dati che risultavano essenziali per la definizione della propria offerta economica e, dunque, per la partecipazione alla procedura di affidamento dei servizi. Il comportamento di SAD, dunque, avrebbe minato la concorrenzialità della procedura di aggiudicazione dei servizi che la PAB intendeva organizzare.

II.2 L'attività istruttoria

5. A seguito della denuncia della Provincia, in data 17 gennaio 2018 l'Autorità ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti di SAD, volto ad accertare eventuali violazioni dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea e dell'articolo 3 della legge n. 287/90, consistenti nel rifiuto e nel ritardo a fornire le informazioni necessarie all'Ente affidante all'avvio della procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. Contemporaneamente, ritenendo sussistenti i presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, l'Autorità ha avviato anche un procedimento cautelare ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge n. 287/90³.

6. In data 25 gennaio 2018 sono stati svolti gli accertamenti ispettivi presso la sede di SAD⁴.

7. In data 8 febbraio 2018 SAD ha richiesto l'audizione cautelare dinanzi al Collegio e ha contestualmente fatto istanza di proroga del termine per la presentazione di memorie scritte e documenti⁵. Con delibera del 14 febbraio 2018 l'Autorità ha deciso di concedere la proroga di tale termine al 26 febbraio 2018⁶.

8. Il 21 febbraio 2018 SAD ha presentato una memoria con la quale ha anche inviato all'Autorità tutte le informazioni richieste dalla Provincia, ivi incluse quelle non ancora fornite al momento dell'avvio d'istruttoria (su cui v. meglio § 49 *infra*)⁷.

9. In data 23 febbraio 2018 SAD ha inviato direttamente alla Provincia di Bolzano una parte dei dati già trasmessi all'Autorità il 21 febbraio 2018⁸. Il 26 febbraio 2018 SAD ha trasmesso altri dati alla PAB⁹.

10. Il 9 e il 16 marzo u.s. SAD ha completato l'invio delle informazioni alla Provincia, trasmettendo a quest'ultima tutti i dati che aveva già fornito all'Autorità in data 21 febbraio 2018¹⁰.

11. A seguito dell'invio di tutte le informazioni richieste, e della soddisfazione espressa in merito dalla Provincia¹¹, essendo venuto meno il presupposto del *periculum in mora*, in data 21 marzo 2018 l'Autorità ha chiuso il procedimento cautelare senza applicare la misura¹².

¹ [Già il D.P.R. n. 527/1987, la norma d'attuazione dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige, assegna alla Provincia di Bolzano la competenza primaria in materia di comunicazioni e trasporti di interesse provinciale.]

² [In data 21 settembre 2017, l'impresa aveva già provveduto a segnalare la questione all'ART, la quale ha ritenuto opportuno che l'Autorità ne fosse messa a conoscenza, in quanto la fattispecie segnalata avrebbe potuto integrare un abuso di posizione dominante. V. i docc. 1, all. 7 e 8.]

³ [V. i docc. 17 e 24.]

⁴ [V. i docc. 18-23 e relativi allegati.]

⁵ [V. il doc. 35.]

⁶ [V. i docc. 36-38.]

⁷ [V. il docc. 40 e relativi allegati.]

⁸ [V. i docc. 42 e relativi allegati, 44 e relativi allegati.]

⁹ [V. il doc. 45 e relativo allegato.]

¹⁰ [V. i docc. 50 e relativi allegati, 52 e relativi allegati.]

12. Il 24 aprile 2018 SAD ha presentato impegni ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90¹³. Con essi l'impresa si obbligava, anzitutto, a nominare, previa approvazione dell'Autorità, un *monitoring trustee* indipendente ed esperto di gare nel settore dei trasporti e a delegargli il potere di gestire il flusso di informazioni che si sarebbe sviluppato tra l'impresa e la Provincia nell'ambito della Gara, e specificamente di valutare sotto il profilo regolamentare e *antitrust* le richieste della Provincia medesima.

13. In data 6 giugno u.s. SAD ha integrato la propria proposta con due impegni aggiuntivi: uno consolidava il comportamento collaborativo assunto dall'impresa nell'ambito del sub-procedimento cautelare, consistente nella trasmissione di tutte le informazioni richieste dalla Provincia di Bolzano; l'altro impegnava l'impresa *i)* a ritirare le domande di misure interdittive e sospensive richieste ai giudici amministrativi nell'ambito del ricorso proposto avverso la Delibera di Giunta Provinciale del 17 aprile 2018 n. 358 (di seguito, la "Delibera 358") con la quale era stata autorizzata la pubblicazione del bando di gara (su cui v. il § 69 *infra*) e *ii)* ad astenersi dal domandare in futuro ai giudici analoghe misure in relazione ad altri provvedimenti relativi alla Gara¹⁴.

14. Tali impegni sono stati ritenuti non manifestamente infondati dall'Autorità con delibera del 13 giugno 2018 e pubblicati in data 18 giugno 2018.

15. Quattro soggetti hanno presentato osservazioni sugli impegni di SAD: due istituzioni, la PAB e l'ART, e due associazioni di categoria di imprese operanti nel settore del TPL, ASSTRA e Assoimprenditori Alto Adige.

Pur ritenendoli sbilanciati verso la tutela della concorrenza a discapito della tutela degli interessi commerciali dell'incumbent, ASSTRA ha complessivamente fornito una valutazione positiva degli impegni presentati da SAD, evidenziando come quest'ultima abbia trasmesso tutte le informazioni richieste dalla Provincia, consentendo all'Ente affidante di poter avviare la procedura di gara¹⁵. Assoimprenditori Alto Adige si è limitata ad affermare che le imprese associate, inclusa SAD, condividono i valori della concorrenza e delle politiche liberali, così che l'impresa interessata dal procedimento *de quo* avrebbe messo in atto seriamente gli impegni presentati¹⁶.

Viceversa, sia l'ART sia la PAB, quest'ultima in qualità di segnalante, hanno evidenziato delle criticità significative. In particolare, l'ART ha ritenuto che il contenuto degli obblighi informativi ai quali l'impresa intendeva vincolarsi fosse troppo generico e che il meccanismo di trasmissione delle informazioni fosse troppo incerto, in quanto lasciato alla discrezionalità di un soggetto terzo (il *monitoring trustee*)¹⁷. A tale ultimo riguardo l'Autorità di Regolazione ha, in particolare, osservato che nel presente contesto regolatorio solo gli Enti affidanti godono di discrezionalità nella definizione delle informazioni necessarie per bandire le procedure di affidamento dei servizi. La PAB ha, dal proprio canto, affermato che gli impegni non avessero alcuna utilità, dal momento che i dati forniti dall'impresa a marzo 2018 nel corso del sub-procedimento cautelare erano stati sufficienti per pubblicare il bando di gara a giugno 2018 e che essi lo sarebbero stati anche ai fini dell'eventuale pubblicazione di un nuovo bando (come verrà descritto nei §§ 73 e ss. *infra* il bando pubblicato nel giugno 2018 è stato annullato nel luglio 2018)¹⁸.

16. Alla luce di tali contributi, l'Autorità ha ritenuto che gli impegni presentati da SAD fossero inidonei a rimuovere i profili anticoncorrenziali rilevati in sede di avvio del procedimento e, con provvedimento del 13 settembre 2018, li ha rigettati¹⁹.

17. Nel corso del procedimento, gli Uffici hanno formulato una richiesta di informazioni alla PAB²⁰.

18. Inoltre, allo scopo di ottenere informazioni rilevanti ai fini del procedimento, gli Uffici hanno sentito la Provincia in audizione²¹.

19. Durante l'istruttoria SAD ha più volte effettuato l'accesso agli atti²² ed è stata sentita in audizione dagli Uffici²³. Essa, inoltre, ha versato in atti due memorie²⁴.

20. Il termine di chiusura del procedimento istruttorio è stato prorogato dall'Autorità con provvedimento n. 27508 del 23 gennaio 2019²⁵.

¹¹ [V. il doc. 53.]

¹² [V. i docc. 56-59.]

¹³ [V. il doc. 68.]

¹⁴ [V. il doc. 76 e 77.]

¹⁵ [V. il doc. 89.]

¹⁶ [V. il doc. 98.]

¹⁷ [V. il doc. 87.]

¹⁸ [V. il doc. 88, 91 e 92.]

¹⁹ [V. i docc. n. 106 e 107.]

²⁰ [V. il doc. 69.]

²¹ [V. i doc. 48, 60 e 63.]

²² [In particolare nelle date del 1° febbraio 2018, del 6 marzo 2018, del 13 aprile 2018, del 13 giugno 2018, del 19 luglio 2018 e del 6 febbraio 2019.]

²³ [V. i doc. 61, 93 e 99.]

²⁴ [V. i docc. 40 e 103.]

21. In data 28 gennaio 2019 è stata notificata alle Parti la Comunicazione delle Risultanze Istruttorie²⁶.
22. La Provincia e SAD hanno presentato le proprie memorie conclusive, rispettivamente, il 6 e il 7 marzo 2019²⁷.
23. Le Parti sono state sentite in audizione finale davanti al Collegio in data 11 marzo 2019²⁸.
24. In tale occasione, SAD ha presentato un'istanza, con la quale ha chiesto al Collegio di deliberare un supplemento istruttorio affinché gli Uffici verificassero in punto di fatto alcuni aspetti sollevati nel corso dell'audizione finale²⁹. SAD ha, inoltre, richiesto che venissero ammesse al fascicolo istruttorio due prove testimoniali per verificare due elementi di fatto indicati dalla Parte: in particolare se il Consorzio dei concessionari di linea della Provincia Autonoma di Bolzano Alto Adige (di seguito, il "Consorzio LiBUS") avesse firmato il verbale della procedura di consultazione bandita dalla PAB solo in data 2 maggio 2018 e se lo stesso avesse risposto alla richiesta di informazioni della Provincia solo in data 7 maggio 2018³⁰.

III. IL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE DI PASSEGGERI SU GOMMA nella Provincia di Bolzano

III.1 L'attuale assetto dei servizi

25. I servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano sono attualmente eserciti da 21 diversi concessionari, tra i quali figurano SASA S.p.A. (di seguito, "SASA"), SAD e il Consorzio LiBUS, costituito da 19 imprese di trasporto pubblico locale attive nella Provincia³¹. Tali imprese sono affidatarie dirette di contratti di concessione stipulati nel 1985 - SAD addirittura già dal 1966³² - e rinnovati nel 2009 fino al 18 novembre 2018. Ciascuna concessione include un certo numero di linee di trasporto passeggeri che si snodano nel territorio dell'Alto Adige. SASA è attiva nel trasporto pubblico urbano e suburbano di passeggeri su gomma nell'area di Bolzano, Merano e Laives, mentre SAD e il Consorzio LiBUS svolgono attività di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma.
26. Nell'assetto attuale la produzione annuale dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri su gomma nel 2017 è stata pari a circa 33.603.006 km*anno, di cui 7.673.326 km*anno relativi a servizi urbani e suburbani nelle città di Merano e Bolzano e 25.929.680 km*anno relativi a servizi extraurbani. Nell'ambito del servizio extraurbano SAD ha prodotto 14.592.382 km*anno (di cui 1.854.681 di km*anno c.d. "a vuoto"³³); ad essa seguono le imprese del Consorzio LiBUS con circa 11.337.298 km*anno (di cui circa 1.549.452 km*anno c.d. "a vuoto")³⁴.

III.2 L'evoluzione: la suddivisione dei servizi in lotti da affidare tramite gara

27. Già dalla fine del 2015, in vista della summenzionata scadenza del novembre 2018, la PAB ha avviato un *inter* normativo che aveva lo scopo di modificare l'assetto dei servizi in esame nelle sue caratteristiche tecnico-economiche e territoriali.
In particolare, al fine di aumentare la qualità e l'efficienza della scala con la quale essi sono stati finora resi, la L.P. 23 novembre 2015 n. 15 ha suddiviso il territorio altoatesino in bacini territoriali ottimali (di seguito, "BTO" o "bacini") (v. in particolare, l'articolo 7, comma 1, della L.P. che demanda al Piano Provinciale sulla Mobilità la definizione specifica dei bacini), così escludendo, con norma programmatica, che i servizi fossero organizzati sulla base di un unico bacino comprendente l'intero territorio provinciale³⁵.

²⁵ [V. i docc. 117-120.]

²⁶ [V. i docc. 121 e 122 e relativi allegati.]

²⁷ [V. i docc. 127 e 129.]

²⁸ [V. i docc. 132 e relativi allegati.]

²⁹ [V. il doc. 132.]

³⁰ [V. il doc. 132, all. 6. Nello specifico SAD ha richiesto che vengano fornite risposte alle seguenti domande, a suo dire non affrontate nel corso dell'istruttoria: "Vero che il Consorzio LiBUS rispose alla uguale richiesta di invio dei dati una prima volta in data 7 maggio 2018 dopo la quale PAB richiese a LiBUS ulteriori successive integrazioni dei dati che LiBUS evase nei mesi successivi[i] e complet[ò] con l'invio degli ultimi dati richiesti e mancanti [di] solo con la propria nota del 7 maggio 2018"; "Vero che anche LiBUS venne convocata per la uguale consultazione prevista dalla Misura 2 della delibera ART 49/2015 nella medesima data dell'11 dicembre 2017 e che essa anche a seguito di precise sue contestazioni [a] riguardo la veridicità della verbalizzazione proposta da PAB, sottoscrisse il relativ[o] verbale solo in data 2 maggio 2018".]

³¹ [V. il doc. 109, all. 5.]

³² [V. il doc. 132.]

³³ [In gergo tecnico con l'espressione km*anno "a vuoto" si intendono i km percorsi all'anno per riportare i mezzi di trasporto dal capolinea al deposito, quando essi viaggiano vuoti, senza passeggeri.]

³⁴ [V. il doc. 109.]

³⁵ [La scelta di suddividere del territorio in vari bacini è stata ribadita dalla PAB nelle Delibere di Giunta Provinciale n. 140 del 7 febbraio 2017 e n. 1147 del 24 ottobre 2017, con le quali la Provincia ha rigettato, rispettivamente, la terza e la quarta proposta di affidamento dell'intero servizio provinciale extraurbano in project financing presentate da SAD. Nella prima Delibera, a sostegno della propria scelta, la Provincia richiama la Delibera dell'ART n. 83/2016 nella quale si afferma che ai fini del dimensionamento dei bacini le economie di scala sono solo uno degli elementi da tenere in considerazione, tra i quali rilevano in particolare quelli che incidono sulla contendibilità della gara e sul buon esito della stessa, in termini di efficienza ed efficacia, e il parere del 25 giugno 2015 n. AS1214 dell'Autorità, dove si afferma che lotti molto ampi possono presentare delle criticità concorrenziali. Nella seconda Delibera la PAB motiva la propria decisione richiamando anche la Delibera dell'ART n. 48/2017 con la quale l'Autorità di regolazione ha, in maniera analoga,

I commi 1 e 2 dell'articolo 8, della medesima L.P., inoltre, definiscono i bacini come aree territoriali omogenee tra loro, che si differenziano dal punto di vista territoriale e socio-economico, nonché in base alla domanda di mobilità.

Infine, l'articolo 11 di tale L.P. stabilisce 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"*.

28. Con detto atto normativo i competenti organi provinciali hanno, pertanto, avviato il processo che, alla scadenza delle concessioni, avrebbe dovuto condurre all'affidamento dei BTO come lotti distinti tramite uno degli strumenti previsti dall'ordinamento eurounitario per l'affidamento dei servizi pubblici locali.

IV. LE RISULTANZE ISTRUTTORIE

IV.1 La scelta della PAB di affidare i servizi di TPL con gara e la preferenza di SAD per un affidamento tramite project financing

29. L'attività istruttoria condotta ha evidenziato che la scelta intrapresa dalla PAB circa l'organizzazione territoriale dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma (su più bacini) e lo strumento giuridico da utilizzare per il loro nuovo affidamento (con la Gara) non ha incontrato il favore di SAD, la quale per oltre un anno ha fatto ricorso a tutti i mezzi dei quali disponeva per far mutare l'opinione della Provincia.

30. Manifestazioni della volontà di perseguire tale obiettivo si rinvennero in ispecie nelle quattro diverse proposte di *project financing* di servizi (di seguito anche, "PPP") presentate alla PAB, tra l'inizio del 2016 e la prima metà del 2017, ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del Decreto Legislativo. n. 50/2016, e aventi ad oggetto, *inter alia*, l'affidamento della concessione per l'esercizio del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma e su sede fissa per la durata di 15 anni da svolgersi in un unico bacino omogeneo corrispondente all'intero territorio della Provincia di Bolzano.

31. Il 16 febbraio 2016 SAD presentava una prima proposta di PPP. Tuttavia, l'impresa ritirava tale proposta e la sostituiva con una seconda il 15 aprile 2016³⁶. Il 2 agosto 2016, la seconda proposta veniva considerata dalla PAB non valutabile, in quanto prematura rispetto alle scelte che l'Ente stava compiendo in ordine al proprio Piano Provinciale sulla Mobilità, all'epoca in corso di approvazione³⁷. SAD, dunque, ritirava anche la seconda proposta di PPP. Ma ne presentava una terza il 19 ottobre 2016³⁸.

32. Il 27 dicembre 2016 la Giunta Provinciale della PAB approvava un promemoria con il quale rigettava anche il terzo PPP e autorizzava gli Uffici alla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano tramite una procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'articolo 7, par. 2, del Reg. CE n. 1370/2007³⁹.

33. In data 20 gennaio 2017 la PAB pubblicava il richiamato avviso⁴⁰. La documentazione acquisita agli atti mostra che era intenzione della Provincia pubblicare il bando di gara a partire dal 20 gennaio 2018 e procedere all'aggiudicazione in tempo affinché il/i nuovo/i gestore/i potesse dare effettivo avvio al servizio nel nuovo assetto organizzativo in concomitanza con la scadenza delle concessioni (novembre 2018)⁴¹.

34. Ciò nonostante, SAD continuava a ritenere che la propria proposta potesse ancora suscitare l'interesse dell'Ente affidante, specie dopo che, nelle more della determinazione ufficiale della PAB sulla terza proposta di PPP, anche il Consorzio LiBUS era stato coinvolto nel progetto presentato in qualità di soggetto promotore insieme a SAD. Secondo SAD, infatti, *"l'integrazione al PPP con la quale si comunica che il Proponente non è più SAD ma la futura ATI SAD-LiBUS"* sarebbe stato *"un atto importante che [avrebbe potuto] ancora creare un po' di scompiglio"*⁴².

precisato che i c.d. maxi-lotti ostano al principio della concorrenzialità e alle possibilità per le piccole e medie imprese di partecipare alle procedure di aggiudicazione del servizio. Parimenti, la PAB cita l'art. 48 del D.L. n. 50/2017, il quale prevede l'obbligo per gli Enti affidanti di articolare i bacini di mobilità in più lotti, con l'obiettivo di promuovere la più ampia partecipazione alla procedura di scelta del contraente, nonché la delibera n. 566 del 31 maggio 2017 dell'ANAC, dove l'Autorità Anticorruzione ha affermato che l'istituto del project financing non è applicabile qualora l'affidamento di servizi pubblici di trasporto avvenga attraverso lo strumento della concessione di servizi.]

³⁶ [V. i docc. 20, all. 2_13 e 54.]

³⁷ [V. il doc. 54, all. 1.]

³⁸ [V. i docc. 20, all. 2_28, all. 2_29, all. 2_30, all. 2_37, all. 2_47, all. 2_48 e all. 2_49. Un sunto della cronologia delle varie proposte di PPP è contenuto nel doc. 54.]

³⁹ [V. il doc. 20, all. 2_125.]

⁴⁰ [V. GUCE 2017/S 014-022205 del 20 gennaio 2017.]

⁴¹ [V. il doc. 2.]

⁴² [V. doc. 20, all. 2_116. Pertanto, come emerge dalla Delibera di Giunta Provinciale n. 1147 del 24 ottobre 2017, di rigetto della quarta proposta di PPP, in data 3 febbraio 2017 SAD ed il Consorzio LiBUS comunicavano formalmente alla PAB che il soggetto promotore iniziale della proposta di PPP del 19 ottobre 2016 (SAD) veniva sostituito da un RTI tra SAD e il Consorzio LiBUS.]

35. Tuttavia, con Delibera della Giunta Provinciale n. 140 del 7 febbraio 2017 la PAB rigettava anche la terza proposta di PPP, considerandola inammissibile dato che essa si poneva in contrasto con le summenzionate scelte organizzative e di programmazione del servizio nel frattempo operate dall'Ente affidante (cfr. il § 27 *supra*)⁴³.

36. Nonostante il diniego, SAD continuava a ritenere che l'ipotesi del *project financing* non fosse da accantonare. Per tale motivo, ancorché gli orientamenti della PAB sembrassero chiaramente definiti, in occasione dell'assemblea del 20 febbraio 2017 i soci dell'impresa deliberavano di presentare una quarta proposta di PPP. Le ragioni di tale ostinazione emergono dal verbale di tale assemblea, acquisito agli atti nel corso degli accertamenti ispettivi, ove si legge che per SAD *"la presentazione del PPP [fosse] un obbligo per SAD, perché la società [aveva] bisogno di continuità"*⁴⁴.

37. In attuazione di tale decisione assembleare SAD, insieme al Consorzio LiBUS, presentava una quarta proposta di PPP in data 10 aprile 2017⁴⁵.

38. Successivamente, con la Delibera di Giunta n. 502 del 9 maggio 2017, la Provincia adottava la summenzionata 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) e uno relativo al servizio di trasporto pubblico urbano e suburbano delle città di Bolzano e Merano: quest'ultimo da affidarsi *in house* ai sensi dell'articolo 5, par. 2, del Reg. (CE) n. 1370/2007, mentre i primi quattro tramite procedura ad evidenza pubblica⁴⁶.

39. Tale Piano riceveva le critiche di SAD, la quale con lettera del 14 settembre 2017 indirizzata alla Provincia, contestava, *inter alia*, la suddivisione del territorio provinciale in quattro bacini extraurbani da affidare con gara e in un bacino urbano da affidare *in house*, scelta ritenuta da SAD come peggiorativa rispetto all'organizzazione dei servizi di trasporto pubblico locale in un unico bacino⁴⁷.

40. Tuttavia, in coerenza con l'indirizzo programmatico già adottato, oltre che per la ritenuta incompatibilità del *project financing* con la disciplina del servizio di trasporto pubblico locale, la PAB rigettava anche la quarta proposta di PPP con Delibera di Giunta n. 1147 del 24 ottobre 2017⁴⁸ 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.

IV.2 Il rifiuto di fornire tutte le informazioni indispensabili richieste dalla PAB ai fini della gara

41. Dopo il rigetto della terza proposta di PPP presentata da SAD, e dopo un incontro informale tenutosi il 13 febbraio 2017⁴⁹, il 20 febbraio 2017 l'ufficio Ripartizione Mobilità della PAB richiedeva a SAD, così come al Consorzio 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 l'invio de: *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 servizio⁵⁰. La comunicazione poneva un termine di trenta giorni per l'invio delle informazioni (20 marzo 2017).

42. Nella propria comunicazione 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 stessi⁵¹. Tale richiesta di informazioni veniva, peraltro, accompagnata dall'impegno dell'Ente affidante a garantire la riservatezza delle informazioni sensibili dal punto di vista organizzativo e commerciale.

43. In data 14 marzo 2017 SAD rispondeva chiedendo alla Provincia di *"conoscere i propri eventuali esatti obblighi [...] per evitare di rendere alla P.A. notizie e dati che potrebbero rivelare le proprie specificità organizzative"*, e

⁴³ [V. la Delibera di Giunta Provinciale n. 1147 del 24 ottobre 2017. Tale provvedimento è stato impugnato da SAD, insieme al Consorzio LiBUS. Il ricorso è stato, tuttavia, considerato improcedibile dai giudici amministrativi con la sentenza del TAR Bolzano n. 314/2018.]

⁴⁴ [V. il doc. 20, all. 2_13.]

⁴⁵ [V. il doc. 20, all. 2_56, all. 2_64, all. 2_72 e all. 2_73.]

⁴⁶ [Cfr. il Piano Provinciale sulla Mobilità allegato alla Delibera di Giunta Provinciale n. 502/2017, pp. 664-666. Per quanto riguarda il BTO urbano e suburbano, in particolare, v. la Delibera n. 1256 del 21 novembre 2017 con la quale la PAB ha deciso di aumentare la propria partecipazione al capitale sociale di SASA per un ammontare pari al 17,79% (pari a euro 499.972,00) e di approvare il nuovo statuto della società che le conferisce lo status di società *in house* sottoposta al controllo congiunto della stessa PAB e dei Comuni di Bolzano, Merano e Laives. L'impresa era, dunque, il soggetto prescelto come affidatario di tale BTO.]

⁴⁷ [Cfr. il doc. 20, all. 2_14.]

⁴⁸ [Anche questo provvedimento di rigetto, insieme alla proposta del Piano Provinciale sulla Mobilità (e poi al Piano definitivo, citato *infra* nel testo), era oggetto del ricorso dell'impresa (v. i docc. 4, 2, e 109, all. 1), da ultimo respinto dai giudici con la sentenza del TAR di Bolzano n. 23 del 5 febbraio 2019.]

⁴⁹ [V. i docc. 1, all. 1 e 132, all. 3.]

⁵⁰ [V. il doc. 1, all. 1.]

⁵¹ [V. il doc. 132.]

osservando come, a suo modo di vedere, l'Amministrazione fosse già in possesso delle informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara⁵².

44. In data 27 marzo 2017 la PAB ribadiva che la richiesta di informazioni era finalizzata ad attribuire in maniera corretta i beni e il personale a ciascun lotto di gara e a strutturare adeguatamente il servizio per ciascuno di essi. Pertanto, tali informazioni risultavano indispensabili ai fini della redazione degli elaborati di gara.

La Provincia, peraltro, affermava che i dati già in suo possesso richiedevano un aggiornamento. Essa, pertanto, sollecitava l'impresa a fornire le informazioni richieste, accompagnando nuovamente la comunicazione con l'impegno a non diffondere eventuali informazioni riservate⁵³.

45. Dato il mancato riscontro al primo sollecito, la PAB ne inviava un secondo il 2 maggio 2017⁵⁴. Il 5 maggio 2017 SAD rispondeva trasmettendo parte delle informazioni richieste: a) l'elenco dei propri autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, e b) l'elenco del parco rotabile, con le relative caratteristiche tecniche dei mezzi⁵⁵. Per contro, l'impresa si rifiutava esplicitamente di fornire informazioni sui presidi logistici utilizzati, ritenendo che tali informazioni inerissero all'organizzazione aziendale e fossero quindi riservate⁵⁶.

46. Il 7 luglio la PAB reiterava la propria richiesta nel tentativo di ottenere le informazioni mancanti – i dati relativi al personale diverso dagli autisti, quelli sui presidi logistici (residenze dei bus, depositi e officine) - facendo presente ancora una volta che esse erano indispensabili per la predisposizione degli elaborati di Gara⁵⁷. In assenza di riscontro, l'8 agosto e, da ultimo, il 27 ottobre 2017 l'Ente affidante cercava, invano, di ricontattare SAD, ribadendo, in tali occasioni, la propria disponibilità a tutelare la riservatezza dei dati ritenuti commercialmente sensibili dall'impresa⁵⁸.

47. A tale ultimo sollecito SAD dava riscontro in data 8 novembre 2017 con una comunicazione nella quale, da un lato, essa riconosceva l'esistenza di un obbligo, ai sensi della Misura 9 della Delibera ART n. 49/2015 e dell'articolo 48 del D.L. n. 50/2017, di fornire i dati classificati dall'Ente affidante come rilevanti, ma dall'altro lato, ribadiva ancora una volta che i dati richiesti dalla PAB avrebbero già dovuto essere in possesso della stessa. Senza questi, infatti, la Provincia non avrebbe potuto determinare negli anni precedenti il costo standard annuale dei servizi svolti dai concessionari e il derivante corrispettivo da corrispondere loro per la compensazione degli oneri di servizio pubblico. Il presunto possesso di tali dati da parte della Provincia rendeva, secondo l'impresa, illegittima la richiesta degli stessi a SAD, ai sensi dell'articolo 42 del 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*"⁵⁹.

48. Nonostante l'assenza di riscontro da parte di SAD, nel frattempo, il 25 settembre 2017 la Provincia pubblicava l'avviso relativo alla procedura di consultazione pubblica prevista dalla Delibera dell'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 summenzionata consultazione degli *stakeholder* interessati⁶⁰. 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)⁶¹. L'Ente affidante provvedeva ad inviare un verbale analogo al Consorzio LIBUS, contenente anch'esso una richiesta di informazioni la quale consisteva, per contro, in una richiesta di integrazione delle informazioni già fornite dal Consorzio (da trasmettere entro il medesimo termine suindicato)⁶². In data 31 gennaio 2018 SAD restituiva il testo del verbale firmato⁶³. L'impresa aveva, tuttavia, apportato delle modifiche per dare conto del fatto 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. Poiché non vi era accordo tra le parti sul testo modificato, non si addiveniva ad una firma definitiva nei tempi richiesti dall'Ente affidante⁶⁴.

⁵² [V. il doc. 1, all. 2.]

⁵³ [V. il doc. 1, all. 3.]

⁵⁴ [V. il doc. 1, all. 4.]

⁵⁵ [V. i docc. 10, all. 2 e 27, all. 1 e i docc. 10, all. 5 e 27, all. 3.]

⁵⁶ [V. il doc. 10, all. 1 e 27, all. 4.]

⁵⁷ [V. i docc. 1, all. 5 e 20, all. 2_17.]

⁵⁸ [V. i docc. 1, all. 6 e 26, all. 2.]

⁵⁹ [V. i docc. 6, all.1 e 2, e 26, all.4.]

⁶⁰ [V. il doc. 129.]

⁶¹ [V. i docc. 10, all. 4 e 27, all.5.]

⁶² [V. i docc. 10, all.3, 27, all.2. In particolare, la PAB chiedeva che venisse specificato quali di queste informazioni erano da considerarsi riservate, che venisse verificata la coerenza tra numero e caratteristiche dei presidi sul territorio e la consistenza del parco rotabile e che venissero forniti alcuni dati di dettaglio indicati e i dati sui beni immobili di due imprese consorziate, del tutto mancanti.]

⁶³ [V. il doc. 31 e i relativi allegati.]

⁶⁴ [V. i docc. 88 e 132, all. 5.]

49. La documentazione acquisita agli atti mostra che nella prima metà del 2017 il Consorzio LiBUS aveva fornito le informazioni richieste dalla Provincia ritenute indispensabili ai fini della predisposizione dei documenti di gara e che quanto era stato trasmesso dal Consorzio era stato ritenuto allora sufficiente⁶⁵. Viceversa, all'atto dell'avvio del presente procedimento istruttorio – gennaio 2018 - l'Ente affidante non disponeva di tutte le informazioni, relative a SAD, ritenute indispensabili al medesimo fine. 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, nonché c) alle residenze degli autisti corrispondentemente assegnati⁶⁶.

50. Già nel corso dell'attività preistruttoria svolta dagli Uffici era emerso che l'indispensabilità delle informazioni mancanti di SAD derivava, in particolare, da due elementi che caratterizzano il caso di specie: 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) conseguentemente, il fatto che SAD, a differenza delle imprese consorziate in LiBUS, operi su porzioni di territorio che afferiscono a più di un BTO⁶⁷.

51. Da qui la necessità, espressa sin da subito dall'Ente affidante a SAD, 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. Ciò avrebbe, infatti, consentito di attribuire in modo corretto i fattori di produzione a ciascuno dei quattro nuovi bacini/lotti extra-urbani definiti dal Piano Provinciale sulla 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 essi⁶⁸.

52. Di conseguenza, le informazioni mancanti di SAD erano indispensabili per procedere alla corretta redazione da parte della PAB di alcuni documenti di Gara, e in particolare del Piano Economico Finanziario (PEF) simulato, recante la base d'asta calcolata a partire dal prefigurato costo del servizio, da allegare al bando per ciascun lotto⁶⁹.

53. La documentazione acquisita al fascicolo mostra che a tal fine la PAB possedeva informazioni di SAD di scarsa utilità.

Essa, infatti, possedeva le informazioni fornite dall'impresa *incumbent* il 5 maggio 2017, le quali non includevano parte del personale e, soprattutto, non indicavano affatto i presidi logistici e le relative dislocazione e caratteristiche; peraltro, in assenza di quest'ultima informazione, e in particolare di dati sulla dislocazione di tali presidi e sui fattori di produzione ad essi assegnati (personale e mezzi), la PAB non aveva alcuna indicazione sulla loro attribuzione territoriale ai quattro BTO.

Inoltre, l'Ente affidante era a conoscenza del costo standard del servizio, da sempre calcolato ai fini delle corresponsioni degli oneri di servizio pubblico sulla base del costo effettivo unitario del servizio (ovvero un costo storico aggregato)⁷⁰; tuttavia, tale dato non poteva essere utilizzato come parametro di riferimento a fini della Gara poiché la modifica radicale dell'organizzazione territoriale dei servizi stabilito dal Piano Provinciale sulla Mobilità avrebbe determinato anche una nuova struttura dei costi degli stessi bacino per bacino⁷¹. In particolare, il costo del servizio veniva determinato sulla base di informazioni che SAD aveva sempre fornito in forma aggregata e a consuntivo, dato che in passato si era opposta a un invio di dati in forma disaggregata o comunque con un grado di dettaglio analogo a quello successivamente richiesto dall'Ente affidante ai fini della Gara⁷².

IV.3 La non tempestiva trasmissione da parte di SAD delle informazioni mancanti dopo l'avvio del procedimento istruttorio

54. Dopo l'avvio del procedimento istruttorio, con due *e-mail* inviate il 27 e il 30 gennaio 2018 al Presidente della Provincia, a diversi funzionari dell'Ente e alla stampa locale, SAD ribadiva le argomentazioni già opposte in passato per giustificare il proprio rifiuto, circa l'asserito possesso da parte della PAB dei dati necessari alla determinazione del costo dei servizi (pena la scorretta applicazione della disciplina sugli oneri di servizio pubblico), che avrebbero potuto essere utilizzati anche ai fini della pubblicazione del bando per il nuovo affidamento di detti servizi⁷³.

⁶⁵ [V. i docc. 2, 9.]

⁶⁶ [V. i docc. 2, 9.]

⁶⁷ [V. i docc. 2, 9 e 11, all. 4.]

⁶⁸ [V. i docc. 2, 9, 11, all. 4 e 132.]

⁶⁹ [V. i docc. 2, 9 e 11, all. 4.]

⁷⁰ [V. il doc. 8, dove la PAB ha descritto il sistema con il quale è stato da sempre definito il costo standard dei servizi di TPL nella Provincia Autonoma di Bolzano e le relative compensazioni per oneri di servizio pubblico: il costo standard si basa sul costo effettivo unitario del servizio (ovvero un costo storico aggregato), aumentato del tasso di inflazione, moltiplicato per le vetture-chilometro; la compensazione per gli oneri di servizio pubblico è stata da sempre definita attraverso il metodo del *subsidy cap*, ovvero comparando il costo standard a quello effettivo e riconoscendo la differenza tra i due costi nell'importo non superiore all'1% qualora il primo fosse superiore al secondo.]

⁷¹ [V. il doc. 11, all. 4.]

⁷² [V. i docc. 26 e 26, all. 1]

⁷³ [V. i docc. 26 e 33, all. 1 e 2, dai quali peraltro emergono toni aggressivi.]

55. In tali occasioni l'impresa reiterava anche l'altra giustificazione precedentemente adottata, ovvero che la richiesta della Provincia relativa ai beni asseritamente "non essenziali"⁷⁴ – quali, a parere di SAD, i presidi logistici, il personale e gli autobus – era illegittima perché avente ad oggetto beni che non erano oggetto di trasferimento obbligatorio e informazioni riservate relative alla specifica organizzazione aziendale di uno dei soggetti partecipanti alla procedura di affidamento. Nella documentazione di gara non avrebbe, infatti, dovuto confluire alcun dato di tal sorta, poiché ciò avrebbe potuto falsare la procedura di affidamento sotto il profilo del rispetto del principio della trasparenza e della non discriminazione e avrebbe comportato un'alterazione dei meccanismi di gara a favore degli *incumbent*⁷⁵.

56. Successivamente, il 18 e il 19 febbraio SAD inviava al Presidente della Provincia e ad alcuni funzionari dell'Ente affidante altre due *e-mail* con le quali l'impresa riteneva di non essere soggetta ad alcun obbligo informativo nei confronti dell'Ente affidante poiché né la legge né il contratto di servizio, nel caso di specie, lo imponevano. Inoltre, SAD confermava nuovamente che né le rimesse né i posteggi utilizzati dall'impresa sarebbero stati trasferiti al gestore subentrante e che, pertanto, la richiesta di disponibilità di tali beni da parte della Provincia – eventualmente ipotizzabile solo ai sensi della normativa *antitrust* ove si fosse trattato di *essential facilities* – era inammissibile⁷⁶.

57. Le affermazioni circa la non obbligatorietà per SAD di fornire tutti i dati richiesti dalla Provincia venivano ribadite in una memoria presentata in data 21 febbraio 2018, con la quale essa forniva all'Autorità tutte le informazioni richieste dalla PAB, e in particolare: *i)* l'elenco relativo al personale diverso dagli autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, *ii)* l'elenco aggiornato al 31 dicembre 2017 relativo ai presidi logistici e al numero di bus ivi ricoverati, e *iii)* l'elenco relativo alle residenze degli autisti di SAD e di terzi sub affidatari corrispondentemente assegnati⁷⁷.

58. SAD si dichiarava disponibile a trasmettere immediatamente alla Provincia tutte le informazioni ritenute dall'Autorità utili a rispondere alle preoccupazioni concorrenziali sollevate in avvio. Allo stesso tempo, tuttavia, essa chiedeva all'Autorità che i dati relativi alla esatta ubicazione, utilizzo e gestione degli autobus, alle aree di sosta, ai depositi e al personale impiegato fossero tenuti riservati e non divulgati ai terzi e alla Provincia, poiché essi non erano pertinenti né indispensabili né essenziali né necessari per i fini istituzionali dell'Ente affidante⁷⁸.

59. In seguito, in data 23 febbraio 2018, SAD mutava parzialmente il proprio orientamento e inviava alla Provincia un *set* di informazioni maggiormente completo, che includeva: *i)* l'elenco del personale diverso dagli autisti, aggiornato al 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, *ii)* l'elenco dei presidi logistici utilizzati aggiornato al 31 dicembre 2017 e (nuovamente) *iii)* l'elenco degli autobus adoperati, anch'esso aggiornato al 31 dicembre 2017. Tuttavia, essa forniva i dati relativi alle residenze degli autisti meramente in *range* di valori e non trasmetteva i dati relativi al numero di mezzi ricoverati in ciascun presidio logistico⁷⁹.

60. Inoltre, in data 26 febbraio 2018 SAD inviava all'Autorità e alla Provincia di Bolzano un elenco più dettagliato dei beni immobili utilizzati per lo svolgimento del servizio, aggiornato al 31 dicembre 2017⁸⁰.

61. La Provincia di Bolzano esprimeva la propria opinione in relazione ai dati ricevuti da SAD in due occasioni: attraverso una comunicazione scritta via *email*, il 27 febbraio 2018, e nell'ambito di un'audizione con gli Uffici, il 5 marzo 2018⁸¹.

In entrambe le occasioni la Provincia sottolineava come i dati forniti da SAD fossero ancora incompleti e mancassero delle informazioni indispensabili ai fini della predisposizione del PEF simulato per ciascun lotto. Nello specifico, la Provincia riteneva che i *range* di valori forniti da SAD in relazione alle residenze degli autisti fossero troppo ampi. L'Ente affidante, pertanto, chiedeva nuovamente che fossero forniti: un elenco degli autisti messi a disposizione del subentrante, aggiornato al 31 dicembre 2017, i dati puntuali relativi alle residenze degli autisti e il numero di mezzi assegnato a ciascun presidio logistico.

62. Nell'ambito dell'audizione del 5 marzo 2018, in particolare, la Provincia ribadiva quanto già affermato in passato, ovvero che i dati già forniti da SAD e quelli ancora mancanti sarebbero stati tenuti riservati nei confronti di terzi. Essi sarebbero stati utilizzati esclusivamente al fine di predisporre il PEF simulato e non sarebbero stati messi a disposizione degli altri partecipanti nella successiva fase di presentazione delle offerte. I dati afferenti alla concreta modalità con cui SAD svolgeva i servizi, infatti, avrebbero rappresentato soltanto un supporto per la quantificazione del costo effettivo del servizio per singolo lotto di gara; tale dato non sarebbe necessariamente coinciso con quello che la

⁷⁴ [Ai sensi della Misura 2 della Delibera ART n. 49/2015 sono "beni essenziali" i beni strumentali allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale, caratterizzati da condivisibilità, non sostituibilità, non duplicabilità a costi socialmente sostenibili e dominanza; e sono "beni indispensabili" i beni i beni strumentali allo svolgimento del servizio di trasporto pubblico locale, caratterizzati da condivisibilità, non sostituibilità e non duplicabilità a costi socialmente sostenibili.]

⁷⁵ [V. i docc. 26 e 33, all. 1 e 2.]

⁷⁶ [V. il doc. 41 e i relativi allegati.]

⁷⁷ [V. il doc. 40 e i relativi allegati.]

⁷⁸ [V. il doc. 40.]

⁷⁹ [V. il doc. 42 e i relativi allegati. Per un errore tecnico la prima comunicazione non è stata ricevuta dalla Provincia. SAD ha perciò provveduto ad un nuovo invio in data 26 febbraio 2018 (v. il doc. 44 e i relativi allegati).]

⁸⁰ [V. il doc. 45 e il relativo allegato.]

⁸¹ [V. i docc. 46 e 48.]

Provincia avrebbe poi ritenuto il costo efficiente, che a sua volta avrebbe costituito la base d'asta da mettere a gara. La Provincia, pertanto, garantiva che le esigenze di riservatezza dei segreti commerciali attinenti all'organizzazione aziendale di SAD avrebbero trovato adeguata e piena tutela nell'azione amministrativa⁸².

63. Il 9 marzo 2018, SAD inviava alla Provincia le informazioni relative al personale diverso dagli autisti aggiornato al 2016, ai presidi logistici utilizzati, al numero di autobus per presidio logistico e alle residenze degli autisti corrispondentemente assegnati (indicando il numero di autisti per ciascun Comune interessato)⁸³.

64. Il 15 marzo 2018 la Provincia dichiarava, tuttavia, che i dati forniti non erano ancora completi, in quanto l'impresa aveva omesso di indicare la tipologia di autobus, limitandosi a fornire il dato numerico; in ogni caso la PAB riteneva di essere in grado di colmare in via autonoma questa lacuna e di attribuire i singoli autobus a ciascun lotto per elaborare il PEF. Per ciò che concerneva l'assegnazione del personale alle singole residenze, invece, la Provincia segnalava che SAD si era parimenti limitata a fornire il dato numerico senza indicare il numero di matricola e l'assegnazione a ciascuna residenza; l'Ente affidante riteneva di non essere in grado di sopperire a questa carenza informativa e per questo motivo chiedeva che SAD indicasse almeno il Comune di residenza di ciascun autista⁸⁴.

65. In data 16 marzo 2018 SAD inviava alla Provincia *i)* un elenco più completo delle informazioni relative agli autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, *ii)* l'elenco del personale diverso dagli autisti, aggiornato al 31 dicembre 2016, assegnato per tipologia, inquadramento e costi, *iii)* l'elenco, l'ubicazione e la tipologia dei presidi logistici utilizzati, aggiornato al 31 dicembre 2017, con indicazione del numero e della tipologia di autobus ivi ricoverati, e *iv)* l'elenco degli autobus utilizzati, aggiornato al 31 dicembre 2017, con le relative caratteristiche tecniche⁸⁵.

66. Il 19 marzo 2018 la Provincia dichiarava agli Uffici che i dati da ultimo ricevuti risultavano sufficienti ai fini della corretta strutturazione dei lotti di gara⁸⁶. Tale valutazione, ribadita anche successivamente⁸⁷, ha condotto alla chiusura del sub-procedimento cautelare il 21 marzo 2018 senza applicazione di alcuna misura da parte dell'Autorità⁸⁸.

67. L'analisi istruttoria ha condotto ad appurare che l'ottenimento da parte della PAB, solo il 16 marzo 2018, di tutte le informazioni richieste a SAD nel febbraio 2017 ha causato un ritardo alla procedura di gara. Posto che l'intenzione della stazione appaltante era, infatti, quella di pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 al più tardi, e che tale pubblicazione è poi avvenuta soltanto a giugno 2018, la Provincia ha quantificato tale ritardo come pari a quattro mesi circa. Tale slittamento in avanti del cronoprogramma inizialmente stabilito aveva anche fatto prefigurare, già nell'aprile 2018, la necessità del ricorso a una proroga delle concessioni (che erano in scadenza a novembre 2018) ex articolo 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007⁸⁹.

IV.4 I rapporti tra la PAB e SAD dopo la trasmissione delle informazioni indispensabili da parte dell'impresa, l'avvio della gara e il suo successivo annullamento

68. Dopo la trasmissione delle informazioni richieste dalla Provincia, SAD ribadiva con diverse comunicazioni del 19, 20 e 21 marzo 2018, anche pubbliche, la propria interpretazione della regolazione settoriale applicabile, secondo la quale i mezzi e i presidi logistici utilizzati per lo svolgimento del servizio non sarebbero "beni essenziali" da trasferire obbligatoriamente e gratuitamente al nuovo gestore in caso di subentro a esito di una gara⁹⁰.

69. Successivamente, con la Delibera 358 la PAB indiceva la Gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano nei quattro lotti nei quali era stato articolato il territorio della Provincia per una durata di dieci anni ai sensi dell'articolo 61, comma 1, Decreto Legislativo 50/2016, e autorizzava la pubblicazione del bando di gara⁹¹.

70. Contestualmente all'indizione della Gara la Provincia, inoltre, concludeva la procedura di consultazione, dopo aver ottenuto la firma del verbale da parte di SAD in data 17 aprile 2018⁹² e da parte del Consorzio LiBUS il 2 maggio 2018⁹³.

71. In aggiunta alle informazioni già richieste e fornite un anno prima all'Ente affidante, il consorzio LiBUS, il 7 maggio 2018, trasmetteva un documento contenente alcune specifiche circa il materiale rotabile e gli immobili strumentali⁹⁴.

⁸² [V. il doc. 48.]

⁸³ [V. il doc. 50 e i relativi allegati.]

⁸⁴ [V. il doc. 51]

⁸⁵ [V. il doc. 52 e i relativi allegati.]

⁸⁶ [V. il doc. 53.]

⁸⁷ [V. il doc. 63, 91 e 92.]

⁸⁸ [V. i docc. 56-59.]

⁸⁹ [V. il doc. 48.]

⁹⁰ [V. i docc. 55 e 55, all. 4, 5, 7 e 9.]

⁹¹ [Detta Delibera veniva impugnata da SAD. V. il doc. 72.]

⁹² [V. il doc. 88.]

⁹³ [V. il doc. 132, all. 5.]

72. Poco prima dell'indizione della Gara, il 4 giugno 2018, SAD continuava a muovere alla PAB la medesima contestazione circa la non aderenza dell'operato della Provincia alla Delibera ART n. 49/2015 e ai principi concorrenziali laddove l'Ente affidante pretendeva che i concessionari, tra i quali SAD, dovessero gratuitamente mettere a disposizione del soggetto subentrante i mezzi, le rimesse e gli altri immobili utilizzati⁹⁵.

73. La Provincia bandiva la Gara il 6 giugno 2018⁹⁶. Tuttavia, il 5 luglio 2018 soggetti terzi rendevano pubblica della corrispondenza interna alla Provincia⁹⁷, avente ad oggetto, in particolare, la correttezza giuridica di un chiarimento al disciplinare di gara che imponeva come requisito di partecipazione alla Gara l'obbligo per i consorzi, oltre che per le imprese consorziate, di possedere l'autorizzazione per esercitare l'attività di trasportatore su strada di cui al Reg. CE n. 1071/2009 e l'iscrizione al Registro Elettronico Nazionale delle imprese che esercitano la professione di trasportatore su strada (REN) o equivalente registro in altro Stato membro dell'Unione Europea⁹⁸.

74. La Provincia riteneva che tale divulgazione fosse suscettibile di turbare gravemente il sereno andamento della Gara, in quanto rendeva noto il fatto che alcuni operatori avrebbero potuto non essere in possesso dei requisiti richiesti, così influenzando le scelte degli altri partecipanti alla Gara. Pertanto, reputando necessario tutelare la *par condicio* dei concorrenti nonché la legittimità, l'integrità e la legalità della Gara, con Delibera di Giunta Provinciale n. 660 del 6 luglio 2018 la Provincia decideva di annullare in autotutela il bando di gara ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/90⁹⁹.

75. Successivamente, con le Delibere della Giunta Provinciale del 23 ottobre 2018, n. 1097 e del 13 novembre 2018, n. 1153, la PAB disponeva, inoltre, la proroga al 31 dicembre 2019, ai sensi dell'articolo 5, par. 5, del Reg. CE n. 1370/2007, delle concessioni per l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico extraurbano e urbano e suburbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano¹⁰⁰.

76. Infine, allo scopo di avviare una nuova procedura di gara, con comunicazione del 4 dicembre 2018 la Provincia richiedeva a SAD e al Consorzio LiBUS un aggiornamento dei dati relativi al personale al 31 dicembre 2017, ponendo il termine per l'invio dei dati al 3 gennaio 2019¹⁰¹. A seguito di una richiesta del Consorzio LiBUS del 5 dicembre 2018, tale termine veniva posticipato al 14 gennaio 2019¹⁰². Dopo una richiesta di chiarimenti di SAD del 7 dicembre 2018, alla quale la PAB rispondeva in data 11 dicembre 2018¹⁰³, SAD (così come il Consorzio LiBUS) forniva le informazioni richieste entro il termine indicato¹⁰⁴.

V. LE ARGOMENTAZIONI DELLE PARTI

77. Le Parti hanno avuto modo di esporre le proprie posizioni sia nel corso delle audizioni sia presentando memorie scritte, nell'ambito dell'istruttoria, e in occasione dell'audizione finale. Nel prosieguo si dà conto dei principali temi oggetto del contraddittorio avuto con esse, raggruppati per tematiche.

V.1 Le eccezioni procedurali

V.1.1 Il rigetto illegittimo degli impegni

78. Innanzitutto, si osserva che SAD ha sollevato principalmente questioni di carattere procedurale muovendo le seguenti eccezioni.

La Parte ritiene che il rigetto da parte dell'Autorità degli impegni presentati dopo la loro pubblicazione sia illegittimo per un duplice motivo: *in primis*, come già espresso nelle proprie osservazioni inviate il 17 agosto 2018¹⁰⁵, essa reputa che non vi sia stato un vero e proprio *market test* dato che gli operatori terzi non sono stati sollecitati e

⁹⁴ [V. il doc. 132, all. 5.]

⁹⁵ [V. il doc. 73, all. 1 e 2, 96, all. 7 e 8, 9 e 10.]

⁹⁶ [Tale bando, unitamente al medesimo disciplinare di gara e ad alcuni chiarimenti allo stesso, è stato impugnato da SAD tramite la proposizione di motivi aggiunti nell'ambito del ricorso già instaurato dinanzi al TAR Bolzano per l'annullamento della Delibera 358. V. il doc. 109.]

⁹⁷ [V. il doc. 96, all. 1 e 2.]

⁹⁸ [V. il doc. 96, all. 1. Dal chiarimento derivava che due imprese operanti in Alto Adige, il Consorzio LiBUS e il C.A.A. (un consorzio di autonoleggiatori), sprovvisti di tale requisito di idoneità tecnica (posseduto invece dalle imprese consorziate), perché non esercitanti direttamente l'attività di trasporto, non avrebbero potuto partecipare alla Gara. Per questo motivo, il C.A.A. e il Consorzio LiBUS inviavano delle diffide con le quali contestavano la legittimità del chiarimento, mentre, dall'altro lato, SAD, con altrettante diffide, ne sosteneva la correttezza. V. i docc. 96, all. 3, 4, 5 e 6.]

⁹⁹ [V. il doc. 96, all. 1. Tale provvedimento amministrativo veniva impugnato da SAD il 20 luglio 2018 con motivi aggiunti proposti nell'ambito del richiamato giudizio instaurato per l'annullamento della Delibera 358. V. il doc. 109.]

¹⁰⁰ [Tali delibere erano oggetto di ricorso con motivi aggiunti presentati da parte di SAD anch'essi nell'ambito del contenzioso giudiziale instaurato per l'annullamento della Delibera 358. V. il doc. 109.]

¹⁰¹ [V. il doc. 109, all. 4.]

¹⁰² [V. il doc. 109.]

¹⁰³ [V. il doc. 109, all. 2 e 3.]

¹⁰⁴ [V. il doc. 111.]

¹⁰⁵ [V. il doc. 103.]

comunque non sono intervenuti; in secondo luogo, le uniche critiche giunte agli impegni, quelle della PAB e dell'ART risulterebbero astratte, se non addirittura prive di senso logico e caratterizzate da pregiudizio, mentre si registra il commento positivo dell'Associazione di categoria ASSTRA.

Secondo SAD, dunque, gli impegni sarebbero stati rigettati senza alcuna valida motivazione, ma sulla base di un *“un supposto esito “negativo” del market test, assolutamente non vero”* e di un interesse a procedere all'accertamento dell'infrazione, la cui eventuale novità non potrebbe derivare da attività istruttorie svolte dopo la chiusura del sub-procedimento cautelare, poiché non ve ne sono state¹⁰⁶.

V.1.2 La carenza istruttoria

79. Secondo SAD, inoltre, l'istruttoria condotta dagli Uffici sarebbe carente perché inficiata da alcune lacune importanti. In particolare, l'impresa ritiene che gli Uffici abbiano acriticamente aderito alle tesi della PAB, senza valutarne la legittimità e senza considerare il contesto nel quale la condotta oggetto di esame ha avuto luogo. Tale contesto è caratterizzato dalla presenza di altre 20 imprese (SASA più le 19 aderenti al Consorzio LiBUS), alle quali gli Uffici non hanno mai inviato una richiesta di informazioni né un invito ad essere sentite in audizione.

80. Perciò gli Uffici non avrebbero verificato le ragioni per le quali anche gli altri concessionari hanno notificato i medesimi ricorsi di SAD, avverso le medesime determinazioni della PAB, né avrebbero verificato se gli altri concessionari avessero risposto alle richieste di informazioni dell'Ente affidante. Al riguardo, nel corso dell'audizione finale dell'11 marzo 2019, SAD ha sostenuto che il Consorzio LiBUS avrebbe risposto alla richiesta di informazioni inviata dalla PAB molto tempo dopo SAD, ovvero solo in data 7 maggio 2018, come dimostrerebbe un documento di cui essa ha chiesto l'acquisizione al fascicolo istruttorio¹⁰⁷.

81. Di conseguenza, l'istruttoria non avrebbe provato adeguatamente se il ritardo nell'avvio della Gara sia stato effettivamente causato da SAD ovvero se questo sia dovuto alla condotta degli altri operatori¹⁰⁸.

V.2 La definizione del mercato rilevante

82. Nella propria memoria finale SAD ha criticato la definizione di mercato rilevante fornita dagli Uffici nel caso di specie. In particolare, secondo l'impresa, nel definire il mercato sotto il profilo merceologico gli Uffici svilupperebbero un ragionamento fallace sotto il profilo logico, in quanto essi distinguono il mercato del servizio di trasporto pubblico urbano di passeggeri su gomma da quello extra-urbano facendo leva sul fatto che solo quest'ultimo è oggetto di gara ma poi non arrivano a individuare il mercato rilevante del prodotto come quello della Gara¹⁰⁹.

83. Inoltre, a detta di SAD, gli Uffici non chiarirebbero se dal punto di vista geografico il mercato rilevante è definito sulla base dell'attuale assetto dei servizi ovvero sulla base dei quattro lotti inclusi nella Gara futura, e, nel primo caso, se sulla base delle singole concessioni per tratta attualmente in esercizio ovvero sulla base dell'insieme dei km percorsi¹¹⁰.

84. L'impresa ha affermato, peraltro, che se il mercato rilevante fosse quello corrispondente alla concessione detenuta da SAD, si arriverebbe al paradosso che nel mercato vi sono 20 imprese dominanti tutte in posizione di monopolio legale sulle rispettive linee assegnate in concessione e tutte detentrici di informazioni indispensabili sulle loro tratte che potrebbero essere messe a gara. Peraltro, alla Parte risulta assurdo che chiunque possieda delle informazioni rilevanti ai fini di una gara sia dominante e che un ritardo nel rilascio di tali informazioni costituisca un abuso di tale posizione ai sensi dell'articolo 102 TFUE. Al massimo, in caso di rifiuto di informazioni indispensabili, esse potrebbero essere considerate responsabili di un illecito amministrativo ma non di uno *antitrust*. Se tuttavia si dovesse giungere a questa conclusione, sarebbe stato in ogni caso necessario dimostrare quale tra i vari operatori dominanti ha commesso la condotta abusiva causando un ritardo alla Gara¹¹¹.

85. L'impresa ha suggerito, infine, che il mercato rilevante dovrebbe essere definito in uno dei due seguenti modi: come corrispondente alla singola tratta origine-destinazione che consente al passeggero di andare da un punto A ad un punto B in tempi e modi sostituibili ovvero come coincidente con i lotti messi a gara. Nel mercato da ultimo proposto, gli Uffici non avrebbero verificato, secondo l'impresa, se SAD è ivi dominante o comunque se essa è in una posizione di preminenza rispetto agli altri concorrenti¹¹².

¹⁰⁶ [V. il doc. 129.]

¹⁰⁷ [V. il doc. 132, all. 5]

¹⁰⁸ [V. il doc. 129.]

¹⁰⁹ [V. il doc. 129 e 132, all. 4.]

¹¹⁰ [V. il doc. 129 e 132, all. 4.]

¹¹¹ [V. il doc. 129 e 132, all. 4.]

¹¹² [V. i docc. 127 e 132, all. 4.]

V.3 La sussistenza della fattispecie

V.3.1 Il rifiuto e il ritardo nella trasmissione delle informazioni indispensabili

V.3.1.1 Le argomentazioni della PAB

86. La Provincia ha affermato che la richiesta di informazioni si è inserita in un contesto di assoluto rispetto della procedura prevista dalla Delibera ART n. 49/2015, ribadendo quanto già versato in atti, ovvero che, in ossequio alla Misura 2, punto 6, di detta Delibera, dopo la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato è seguito a stretto giro un incontro informale con tutti i concessionari interessati (13 febbraio 2017) e la richiesta di informazioni (20 febbraio 2017), atti con i quali è stata di fatto avviata la procedura di consultazione pubblica¹¹³.

87. La PAB ritiene che SAD, con il rifiuto, e poi il ritardo, a fornire informazioni indispensabili per la predisposizione degli elaborati di gara, opposto a partire dal marzo 2017, nonostante le numerose richieste e i solleciti, abbia tenuto un comportamento dilatorio e ostruzionistico nei confronti dell'azione amministrativa propedeutica all'avvio della procedura di affidamento¹¹⁴.

88. La Provincia ritiene che tale comportamento si sia protratto anche nel corso del sub-procedimento cautelare¹¹⁵. In particolare, la PAB reputa che le informazioni non sarebbero state inviate subito e in maniera completa, ma a più riprese, nell'arco di un mese, e con un grado di completezza che solo dopo diverse interlocuzioni è corrisposto a quanto ritenuto adeguato¹¹⁶.

V.3.1.2 Le contro-argomentazioni di SAD

89. Alla contestazione circa il rifiuto e il ritardo nella trasmissione delle informazioni, SAD ha contrapposto un'asserita violazione da parte della PAB di tutta la procedura prevista dalla Delibera ART n. 49/2015. In particolare, l'Ente affidante avrebbe richiesto le informazioni che in base alla Misura 9 di detta Delibera devono essere inserite nell'avviso di pre-informazione (e quindi al solo fine di consentire tale pubblicazione), ancorché tale avviso fosse già stato pubblicato un mese prima. Inoltre, la PAB avrebbe iniziato la procedura di consultazione pubblica di cui alla Misura 6, punto 2, della summenzionata Delibera (il 4 dicembre 2017), dopo nove mesi dall'invio della richiesta di informazioni e dopo la segnalazione all'Autorità, laddove la medesima Delibera prevede che la procedura di consultazione debba essere avviata prima o in concomitanza con la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato¹¹⁷. Mettendo in luce tale discrasia temporale SAD sembrerebbe derivarne implicitamente l'illegittimità della richiesta di informazioni della PAB e una speculare correttezza del rifiuto opposto dall'impresa alla stessa.

90. SAD ha, inoltre, contestato la ricostruzione proposta dagli Uffici rigettando la tesi secondo la quale il ritardo a fornire le informazioni richieste sia proseguito anche dopo l'avvio del procedimento istruttorio (ed in particolare sino al 16 marzo 2018).

In particolare, SAD ha ribadito di aver rilasciato immediatamente dopo l'avvio di istruttoria tutti i dati rilevanti all'Autorità in versione riservata e aver trasmesso pochi giorni dopo i medesimi dati anche alla Provincia di Bolzano, con la sola esclusione dei segreti commerciali, in ossequio al disposto della Delibera n. 49/2015 dell'ART. Sarebbe poi seguito a strettissimo giro un invio completo, anche dei dati commerciali riservati, che l'impresa ritiene non essenziali e non indispensabili, esclusivamente in ragione del rispetto della procedura e per assicurare una piena collaborazione con l'Autorità. Su questa base SAD ha sottolineato che l'Autorità ha archiviato il sub-procedimento cautelare senza adozione di alcuna misura¹¹⁸.

V.3.2 L'indispensabilità delle informazioni di SAD

91. In audizione finale la PAB ha specificato che le informazioni possedute da SAD erano di particolare importanza ai fini della Gara, in quanto *"... nessuno dei concessionari appartenenti a LiBUS, diversamente da SAD, opera su due differenti bacini e quindi non è necessario associare nel medesimo bacino dati nella disponibilità di operatori di diversi"*¹¹⁹.

V.3.3 L'esistenza di giustificazioni oggettive al rifiuto

92. Sia nel corso dell'istruttoria sia in sede di memoria finale e di audizione finale, SAD ha addotto una serie di giustificazioni al rifiuto di fornire informazioni all'Ente affidante.

93. Anzitutto, in sede di ispezione, la Parte ha ribadito ai funzionari dell'Autorità che tali dati erano già in possesso della Provincia e che richiederli nuovamente a SAD avrebbe costituito esclusivamente un pretesto per celare il fatto che, in vigenza dei contratti di concessione, la PAB non aveva mai calcolato il costo standard per la fornitura del

¹¹³ [V. il doc. 132, all. 3.]

¹¹⁴ [V. il doc. 132, all. 3.]

¹¹⁵ [V. il doc. 88.]

¹¹⁶ [V. il doc. 88.]

¹¹⁷ [V. il doc. 129 e il doc. 132, all. 4.]

¹¹⁸ [V. il doc. 103, 129 e 132, all. 4.]

¹¹⁹ [V. il doc. 132.]

servizio. Peraltro, SAD si è dichiarata disponibile a fornire tutti i dati richiesti dalla Provincia solo qualora quest'ultima avesse dichiarato di non esserne in possesso¹²⁰.

94. Sempre nel corso dell'ispezione SAD ha dichiarato anche che le informazioni sulle residenze degli autisti, in particolare, non erano state fornite alla Provincia di Bolzano perché esse erano in corso di modifica. Parimenti, le informazioni sul personale non erano state trasmesse perché l'impresa non intendeva trasferire i propri dipendenti all'eventuale nuovo aggiudicatario e perché pendeva ancora il giudizio relativo alla legittimità della disdetta dei contratti interaziendali loro comunicata da SAD. L'impresa in tale sede ha dichiarato che solo dopo che il giudice avesse deciso sul punto sarebbe stato possibile fornire informazioni corrette relative al personale¹²¹.

95. Peraltro, nella propria memoria del 21 febbraio 2018 SAD ha svolto delle considerazioni sulla tipologia dei dati che un Ente affidante è autorizzato a chiedere ai gestori di un servizio di trasporto pubblico locale che il medesimo Ente intende mettere a gara. In particolare, a tal fine, per l'impresa, occorrerebbe operare una differenza tra i dati c.d. "di *input*" e i dati c.d. "di *output*". I primi sono i dati relativi alle caratteristiche oggettive del servizio, come il numero degli autisti, dell'altro personale dipendente, e i relativi costi, il numero e la dislocazione delle strutture di sosta, il numero dei mezzi, elementi che contribuiscono alla definizione del costo del servizio. I secondi sarebbero, invece, i dati afferenti al modello gestionale costruito dal singolo gestore, come la concreta, determinata e specifica assegnazione di ogni specifico mezzo alle singole rimesse e ai luoghi di sosta, così come l'esatta turnazione del personale a essi afferente.

Le informazioni che, secondo il vigente quadro normativo e regolamentare, gli *incumbent* devono fornire agli Enti affidanti sarebbero esclusivamente le prime (*input*), e non le seconde (*output*). Solo i dati relativi alle caratteristiche oggettive del servizio, infatti, sarebbero necessari per la costruzione del PEF simulato e per la determinazione del costo standard. Viceversa, secondo SAD, i dati afferenti al modello gestionale messo in opera dalla singola impresa non sarebbero necessari a tal fine e, perciò, non avrebbero potuto essere richiesti né tantomeno essi, avendo natura intrinsecamente riservata e commerciale, avrebbero potuto essere utilizzati nella documentazione di gara¹²².

96. In occasione dell'audizione finale SAD ha, inoltre, specificato che i dati che gli *incumbent* devono fornire agli Enti affidanti avrebbero meramente un valore descrittivo e sono funzionali solo alla pubblicazione dell'avviso di preinformazione al mercato. Essi non dovrebbero essere inseriti nel PEF simulato poiché questo deve essere basato su un modello gestionale generale e astratto. L'impresa ha, peraltro, affermato che la propria comunicazione interlocutoria inviata alla PAB del 14 marzo 2017 era volta proprio a porre questo tema all'Ente affidante e a evitare che le proprie specificità organizzative del servizio entrassero nella formulazione del PEF¹²³.

97. L'utilizzo di tali dati da parte della Provincia nei documenti della procedura di gara, infatti, secondo SAD, avrebbe prodotto effetti anticoncorrenziali. In primo luogo, ciò avrebbe consentito alla Provincia di adattare il PEF simulato e lo schema della procedura di affidamento su un modello gestionale esistente. Ciò, a detta di SAD, avrebbe rappresentato un indebito vantaggio in capo all'*incumbent* (e, dunque, di SAD stessa).

98. Infine, citando a proprio sostegno alcune segnalazioni dell'Autorità sull'essenzialità (basata sulla non duplicabilità) dei beni utilizzati per svolgere i servizi ferroviari¹²⁴, SAD ha ribadito nella propria memoria finale e nel corso dell'audizione finale, i propri dubbi circa la legittimità della scelta della PAB di considerare il personale, i presidi logistici e i mezzi come beni essenziali da trasferire a un eventuale gestore subentrante. Tale divergenza nell'interpretazione degli obblighi regolamentari, secondo l'impresa, avrebbe dovuto essere chiarita nell'ambito della procedura di consultazione pubblica che, anziché precedere la richiesta di informazioni, come più sopra descritto, ha seguito la stessa¹²⁵.

V.3.4 L'attribuzione a SAD del ritardo nella procedura di gara

V.3.4.1 Le argomentazioni della PAB

99. La Provincia ha affermato che l'aver ottenuto con ritardo le informazioni richieste a SAD nel febbraio 2017 ha causato un ostacolo alla procedura di affidamento¹²⁶.

100. Inoltre, la Provincia ha ribadito quanto già versato in atti, ovvero che le informazioni fornite dal Consorzio LiBUS nella prima metà del 2017 erano per la Provincia sufficienti ai fini della pubblicazione del bando di gara¹²⁷.

¹²⁰ [V. il doc. 20, all.3.]

¹²¹ [V. il doc. 20, all.3.]

¹²² [V. il doc. 40.]

¹²³ [V. il doc. 132, all. 6.]

¹²⁴ [Segnalazione AS262 - Reperimento del materiale rotabile ferroviario necessario per l'espletamento delle gare per l'aggiudicazione dei servizi ferroviari di competenza regionale, Boll. AGCM n. 26/2003, Segnalazione AS 658 - Regione Piemonte - gare per l'affidamento di servizi ferroviari regionali del 3 febbraio 2010, Boll. AGCM 3/2010, e Segnalazione AS 1117- Regione Umbria - Bandi di gara per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico di interesse regionale e locale, dell'11 marzo 2014, Boll. AGCM 13/2014.]

¹²⁵ [V. i docc. 129 e 132, all. 4.]

¹²⁶ [V. il doc. 132, all. 3.]

¹²⁷ [V. il doc. 132.]

V.3.4.2 Le contro-argomentazioni di SAD

101. Di contro, SAD ha affermato che non è possibile imputarle l'eventuale ritardo nella procedura di Gara né che tale ritardo possa essere causalmente correlato con le condotte oggetto del presente procedimento istruttorio. A sostegno di tale tesi l'impresa ha ricordato che la PAB ha indetto la Gara il 17 aprile 2018 con la Delibera 358, dunque in linea con le tempistiche dichiarate (di cui al Reg. CE n. 1370/2007), e che in data 19 marzo 2018 essa ha dichiarato che il set informativo in suo possesso era coerente e soddisfacente e che la pubblicazione del bando di Gara era "imminente"¹²⁸.

102. Il ritardo nella procedura di Gara sarebbe semmai addebitabile interamente alla Provincia, la quale avrebbe iniziato molto tardi, a dicembre 2017, e concluso altrettanto tardi, ad aprile 2018, la procedura di consultazione pubblica prevista dalla Misura 2, punto 6, della Delibera dell'ART n. 49/2015. La PAB avrebbe, dunque, iniziato le consultazioni con quasi un anno di ritardo rispetto ai tempi dettati dal Reg. CE n. 1370/2007¹²⁹.

Sulla base di tali considerazioni, SAD ritiene che, specialmente dopo che l'impresa ha trasmesso le informazioni richieste e che tale invio è stato positivamente riconosciuto dall'Autorità nel provvedimento di chiusura del sub-procedimento cautelare, il proprio comportamento non possa essere considerato come la causa di un eventuale ritardo nella procedura¹³⁰.

103. Inoltre, nella propria memoria finale SAD ha affermato che non è corretto addebitare il ritardo di una procedura che ha subito ben maggiori ostacoli derivanti da vicende più ampie e non correlate al proprio comportamento e che hanno condotto addirittura all'annullamento del bando di gara. In tale contesto più esteso, l'abuso asseritamente commesso da SAD sarebbe, infatti, irrilevante¹³¹.

104. Infine, SAD ha contestato l'esistenza di un nesso causale tra la propria condotta e il ritardo subito dalla procedura di gara adducendo anche che il Consorzio LIBUS ha parimenti firmato il verbale della procedura di consultazione pubblica in ritardo (2 maggio 2018) e risposto in maniera completa alla richiesta di informazioni solo dopo molti mesi dall'invio della stessa (il 7 maggio 2018)¹³².

V.4 La gravità della condotta e la sanzione

105. L'impresa ritiene che la condotta addebitata non possa essere considerata molto grave e meritevole di una sanzione pecuniaria, poiché ciò contrasterebbe con la sottoposizione degli impegni a *market test*¹³³.

106. La condotta non potrebbe nemmeno essere considerata grave, secondo SAD, perché l'impresa ha risolto le preoccupazioni dell'Autorità in fase cautelare con la trasmissione di tutte le informazioni. Infatti, gli addebiti cristallizzerebbero le critiche a comportamenti e periodi passati, avvenuti prima dell'ammissione a *market test* degli impegni presentati dall'impresa¹³⁴.

107. La condotta di SAD non sarebbe grave anche perché essa non avrebbe prodotto alcun effetto, dato che la PAB ha annullato la Gara il 6 luglio 2018. Pertanto, il supposto ritardo di quattro mesi dichiarato dalla PAB sarebbe manifestamente irrilevante e di fatto azzerato¹³⁵.

108. Infine, data la novità delle questioni poste e del particolare contesto nel quale le condotte contestate si inseriscono, l'applicazione della sanzione sarebbe per SAD ingiusta, considerato peraltro che l'impresa in qualità di concessionario di pubblico servizio ha un ritorno sugli investimenti limitato *ex lege* (articolo 17, comma 2, della L.P. n. 16/1985) pari ad un massimo dell'1%¹³⁶.

VI. VALUTAZIONI

VI.1 Questioni preliminari: le eccezioni procedurali

109. Prima di procedere all'analisi della condotta posta in essere da SAD, si ritiene opportuno fare alcune precisazioni in merito alle argomentazioni della Parte relative all'asserita lacuna istruttoria che avrebbe inficiato l'intero procedimento.

110. Contrariamente a quanto afferma SAD, si ritiene che la decisione con la quale l'Autorità ha rigettato gli impegni presentati da SAD si sia basata sulla corretta considerazione di tutti gli elementi acquisiti nel corso del sub-procedimento per impegni ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge n. 287/90. Innanzitutto, il fatto che non siano

¹²⁸ [V. il doc. 76 e 77.]

¹²⁹ [V. anche il doc. 129.]

¹³⁰ [V. il doc. 76 e 77.]

¹³¹ [V. il doc. 129.]

¹³² [V. il doc. 129, 132, all. 4, 5 e 6.]

¹³³ [V. i docc. 129 e 132, all. 4.]

¹³⁴ [V. i docc. 129 e 132, all. 4.]

¹³⁵ [V. i docc. 129 e 132, all. 4.]

¹³⁶ [V. i docc. 129 e 132, all. 4.]

interventuti con proprie osservazioni operatori terzi non inficia la validità del *market test*; anzi, ciò appare piuttosto fisiologico e prevedibile nel caso in esame, dato che gli impegni riguardavano questioni estremamente specifiche, legate alla situazione di SAD (l'attribuzione del proprio potere di interazione con la PAB ad un *monitoring trustee*; il consolidamento di uno specifico comportamento posto in essere nel sub-procedimento cautelare – il rilascio completo delle informazioni - in un impegno; la rinuncia alle misure cautelari e interdittive richieste ai giudici nell'ambito del giudizio instaurato dall'impresa avverso i provvedimenti della PAB) e perciò estranee alle vicende che eventualmente riguardano altri operatori del settore del TPL.

111. Né i contributi della PAB e dell'ART sono qualificabili, come vorrebbe dimostrare la Parte, quali mere critiche astratte. Al contrario, come emerge chiaramente dal provvedimento di rigetto, essi sono più che pertinenti e rilevanti, in quanto provenienti, in un caso, dall'Ente affidante direttamente interessato dagli obblighi ai quali l'impresa si voleva vincolare, poiché essi avrebbero inciso sulla sua azione amministrativa¹³⁷; e nell'altro caso, dall'Autorità di regolazione del mercato interessato dal caso in esame, che lungi dall'aver espresso giudizi teorici, ha per contro concretamente valutato (in via negativa) la compatibilità di siffatti impegni (in ispecie il primo tra quelli summenzionati) con la regolazione applicabile, in base alla quale la scelta delle informazioni da fornire spetta all'Ente affidante e non all'impresa *incumbent*, neanche per interposta persona¹³⁸.

112. Per questi motivi, si ritiene che il rigetto degli impegni dopo la loro pubblicazione sia legittimo; tale atto, invero, non genera alcun affidamento circa la loro accettazione finale, che dipende anche dal *market test*, il quale, come visto, nel caso di specie, ha avuto nei fatti, e non "*suppostamente*", come vorrebbe la Parte, un esito negativo. Peraltro, secondo consolidata giurisprudenza¹³⁹, l'Autorità dispone di un'ampia discrezionalità nella valutazione degli impegni e nella decisione sul loro accoglimento o rigetto.

113. Quanto alla supposta carenza istruttoria e alla necessità di integrare l'attività di indagine compiuta dagli Uffici, ai fini della verifica della legittimità del comportamento posto in essere da SAD, si ritiene che non fosse necessario condurre ulteriori attività istruttorie circa il comportamento degli altri operatori del TPL attivi nella Provincia di Bolzano. Come emerge dalle risultanze istruttorie, già in fase preistruttoria il fascicolo conteneva informazioni chiare e sufficienti¹⁴⁰, peraltro confermate dalla Provincia in audizione finale¹⁴¹, circa l'adempimento da parte del Consorzio LiBUS, nella prima metà del 2017, alla richiesta di informazioni inoltrata dalla PAB e riguardo all'adeguatezza, già allora, di tali informazioni rispetto ai fini perseguiti dalla PAB (cfr. § 49 *supra*). A quest'ultimo proposito, si osserva che le richiamate dichiarazioni rese dalla Provincia nel corso dell'audizione finale dimostrano che la valutazione di adeguatezza delle informazioni fornite dal Consorzio LiBUS nel maggio 2017 si fondava sul fatto che ciascuna delle imprese consorziate opera su una porzione di territorio afferente ad un solo bacino, mentre SAD, come più volte affermato, gestisce linee di trasporto che afferiscono a tutti i bacini¹⁴². In altre parole, l'onere informativo gravante sulle imprese del Consorzio LiBUS, in termini di dettaglio delle informazioni da rendere, era più limitato rispetto a quello richiesto a SAD. Ciò spiega perché la PAB era soddisfatta delle informazioni fornite dal Consorzio LiBUS, mentre essa non lo era di quelle fornite da SAD, la quale in ogni caso aveva fornito informazioni più lacunose¹⁴³.

Parimenti, non era rilevante nel caso in esame verificare se anche il Consorzio LiBUS avesse proposto dei ricorsi avverso i provvedimenti della PAB, in quanto tali azioni non rientravano tra le condotte contestate a SAD.

114. Inoltre, sempre in relazione al supposto tardivo adempimento da parte del Consorzio LiBUS alla richiesta di informazioni della Provincia e al documento depositato dalla Parte nel corso dell'audizione finale dell'11 marzo 2019, che dimostrerebbe come tale adempimento sia avvenuto solo il 7 maggio 2018, si osserva come, dagli elementi acquisiti a fascicolo, emerge chiaramente che il Consorzio LiBUS aveva già fornito nella prima metà del 2017 le informazioni ritenute sufficienti dalla PAB per bandire la gara¹⁴⁴. Di conseguenza, sono infondate le argomentazioni di Parte circa l'inadeguatezza probatoria dell'istruttoria riguardo al nesso tra le condotte degli altri operatori, in luogo di quelle di SAD, e il ritardo nell'avvio della Gara.

115. Per questi motivi, non si ritiene necessario concedere il supplemento istruttorio chiesto dalla Parte.

VI.2 Il mercato rilevante e la posizione dominante di SAD

116. Sotto il profilo merceologico, l'ambito in cui individuare il mercato rilevante ai fini del presente procedimento può essere individuato con riferimento ai servizi di trasporto pubblico locale nel territorio della Provincia Autonoma di

¹³⁷ [V. i docc. 88, 91 e 92.]

¹³⁸ [V. il doc. 87.]

¹³⁹ [Cfr. Corte Giust., 29 giugno 2010, in causa C-441/07, Commissione c. Alrosa; nella giurisprudenza nazionale v., ex multis, Cons. Stato, 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. Stato, 22 settembre 2014, n. 4773.]

¹⁴⁰ [V- i docc. 2 e 9.]

¹⁴¹ [V. il doc. 132.]

¹⁴² [V. il doc. 132.]

¹⁴³ [Cfr. i docc. 10, all. 1 e 10, all. 3, dal cui confronto emerge che, tranne che per due piccole imprese consorziate, il Consorzio LiBUS aveva fornito le informazioni relative ai presidi logistici, mentre SAD si era rifiutata di farlo.]

¹⁴⁴ [V. i docc. 2, 9 e 132.]

Bolzano attualmente oggetto di concessione e in futuro messi a gara, ovvero esclusivamente i servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma.

117. Dal lato dell'offerta, tali servizi sono svolti in condizioni di monopolio legale dalle imprese titolari della concessione. L'unica forma di concorrenza possibile è, infatti, nel caso di specie, quella relativa alla partecipazione alla Gara per l'affidamento dell'insieme delle concessioni venute a scadenza (c.d. concorrenza *per* il mercato).

118. Questi servizi sono svolti in mercati aventi dimensione geografica locale, attualmente coincidente con le porzioni del territorio altoatesino nel quale si snodano le linee di trasporto incluse in ciascuna concessione esclusiva, mentre successivamente all'espletamento della Gara, essi avranno dimensioni maggiori, coincidenti con i territori afferenti a ciascuno dei quattro lotti.

119. Sui mercati dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri della Provincia Autonoma di Bolzano, operano 20 imprese, tra le quali SAD, in regime di esclusiva. Esse, e dunque anche SAD, godono di una posizione di monopolio legale stabile e duratura, perché mai contesa (per SAD, quantomeno dal 1966) fino ad oggi.

120. Alla luce di ciò, il mercato rilevante nel caso di specie non può coincidere, come invece vorrebbe SAD, con la Gara; ai fini della verifica della sussistenza del presupposto per l'applicazione dell'articolo 102 TFUE al caso di specie, ciò che conta non è, infatti, la valutazione della forza competitiva (*rectius* della c.d. *incumbency*) dei diversi partecipanti, e in particolare di SAD, nella futura procedura di affidamento, quanto piuttosto, in una fase precedente alla stessa, la valutazione del potere di un concessionario in esclusiva, di condizionare l'avvio stesso della Gara.

121. Così come neanche l'altra possibile definizione di mercato proposta dalla Parte è adeguata a tal fine. L'impresa ha suggerito che il mercato rilevante avrebbe potuto, infatti, essere definito come corrispondente alla singola tratta origine-destinazione che consente al passeggero di andare da un punto A ad un punto B in tempi e modi sostituibili. Tuttavia, questa definizione avrebbe potuto essere eventualmente considerata laddove SAD non avesse operato in regime di esclusiva e, dunque, se altri operatori avessero potuto offrire servizi sostituibili con quelli operati dall'impresa dominante (ovvero in condizioni di concorrenza *nel* mercato, che nel caso di specie non ricorrono). Pertanto, la proposta di SAD non merita di essere considerata perché non coglie adeguatamente le dinamiche né la struttura di mercato del caso di specie.

122. Nella prospettiva assunta, dunque, il mercato rilevante è definito sulla base dell'attuale assetto dei servizi.

123. Ciò non porta assolutamente, come ha affermato l'impresa, al paradosso che nel medesimo mercato vi siano molte imprese dominanti (tante quante sono i concessionari). Non esiste, infatti, un solo mercato rilevante all'interno del territorio della PAB ma diversi mercati sui quali ciascuna impresa concessionaria, in quanto monopolista legale sulle linee assegnate, è dominante.

124. In conclusione, pertanto, nell'insieme delle linee incluse nella propria concessione SAD, operando in regime di esclusiva, possiede una posizione di monopolio legale. Pertanto, essa è per definizione in posizione dominante.

VI.3 Le condotte abusive di SAD

VI.3.1 Premessa

125. La fattispecie oggetto del presente procedimento riguarda i comportamenti anticoncorrenziali posti in essere da SAD, concessionario in posizione dominante nel mercato del servizio di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia Autonoma di Bolzano.

126. Le evidenze acquisite agli atti mostrano in modo chiaro che SAD ha scientemente posto in essere una condotta volta ad impedire che la Provincia 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.

127. In particolare, dal 20 marzo 2017 al 16 marzo 2018 l'impresa dominante, a differenza degli altri concessionari, ha rifiutato di fornire, e ha poi fornito con ritardo, e inizialmente anche in maniera incompleta, le informazioni circa le caratteristiche di tali servizi, indispensabili ai fini della predisposizione degli elaborati di gara da parte della Provincia di Bolzano, di cui solo essa disponeva in virtù della condizione di monopolista legale operante in esclusiva nelle linee di trasporto incluse nella propria concessione.

128. In particolare, le risultanze istruttorie hanno dimostrato che SAD ha fornito con ritardo alla Provincia le informazioni indispensabili ai fini della predisposizione degli elaborati di gara, e in particolare quelle relative a:

- tutto il personale impiegato, assegnato per tipologia, inquadramento e costi;
- i depositi, le officine e gli altri presidi logistici utilizzati dall'impresa dominante;
- il numero e le caratteristiche dei mezzi ricoverati nei depositi;
- le residenze del personale corrispondentemente assegnato.

129. La cronologia e la sequenza delle giustificazioni addotte per motivare tale rifiuto/ritardo già di per sé mostrano che le ragioni addotte dall'impresa dominante per rifiutare l'invio di tutte le informazioni richieste dall'Ente affidante sono pretestuose. SAD ha, infatti, fornito, come prima motivazione del rifiuto, nel marzo 2017, una richiesta di chiarimenti sugli obblighi gravanti sull'operatore *incumbent* che aveva palesemente uno scopo dilatorio e anticipava implicitamente i comportamenti successivi¹⁴⁵. Nel maggio del 2017, invero, essa ha attuato ciò che già aveva in animo, ovvero di selezionare unilateralmente le informazioni da fornire alla PAB invocando giustificazioni basate sulla

¹⁴⁵ [V. il doc. 1, all. 2.]

necessità di tutelare la riservatezza della propria organizzazione industriale, nonostante le rassicurazioni ricevute a più riprese sul punto dalla PAB¹⁴⁶. Poi, dopo ben sei mesi di silenzio, nel novembre 2017, SAD ha affermato che la Provincia avrebbe richiesto dati di cui essa avrebbe dovuto già essere in possesso, in quanto necessari a determinare il costo standard annuale del servizio e definire il correlato corrispettivo dovuto ai soggetti concessionari dello stesso, al fine di evitare di corrispondere sovra-compensazioni per oneri di servizio pubblico¹⁴⁷.

130. Dagli accertamenti istruttori è emerso, inoltre, che anche le argomentazioni successivamente adottate da SAD circa le ragioni che giustificerebbero il rifiuto di, e poi il ritardo nel, fornire le informazioni indispensabili mancanti richieste dalla Provincia sono infondate e prive di pregio.

131. Al contrario, l'attività istruttoria ha evidenziato in maniera univoca le ragioni della tattica dilatoria adottata da SAD: l'impresa dominante temeva, infatti, di perdere continuità nella propria attività, sia in termini di eventuale riduzione del perimetro dei servizi svolti sia in termini di eventuale perdita dei fattori di produzione di detti servizi, ad esito della Gara.

132. Il non voler fornire alla PAB tutte le informazioni indispensabili, dunque, aveva il precipuo scopo di ostacolare l'avvio delle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della procedura di affidamento del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano.

133. 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. Si consideri, infatti, che, come già affermato *supra*, l'unica forma di concorrenza possibile in questi contesti è rappresentata da quella "per" il mercato in sede di gara. A ciò si aggiunga che il comportamento in esame interessa quasi l'intera Provincia Autonoma di Bolzano (quattro bacini su cinque); 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 euro¹⁴⁸). È peraltro ragionevole ipotizzare che a tale affidamento siano interessate grandi imprese italiane e straniere.

134. La predisposizione delle gare secondo modalità idonee a favorire la più ampia partecipazione possibile, a parità di condizioni tra concorrenti, è un fattore di primaria importanza per consentire al meccanismo della concorrenza "per" il mercato di far sprigionare la massima efficienza possibile in sede di gara a vantaggio degli utenti finali del servizio di trasporto pubblico locale.

135. Come noto, infatti, la generalità degli studi empirici concorda nell'associare alle gare per l'affidamento dei servizi di TPL¹⁴⁹ una serie di effetti positivi consistenti in:

- un significativo aumento dell'efficienza nella gestione dei servizi, che genera importanti risparmi di costi, che si traducono in minori sussidi (con possibilità di reimpiego delle risorse pubbliche in investimenti). La riduzione dei costi, inoltre, è particolarmente marcata quando le gare, come nel caso di specie, sono svolte per la prima volta, in un contesto precedentemente chiuso alla concorrenza;
- una maggiore innovazione e il miglioramento della qualità e della disponibilità dei servizi che fanno aumentare il grado di soddisfazione dei passeggeri;
- un apprezzabile aumento della domanda.

136. 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, che non sono necessariamente nella disponibilità dell'Ente affidante e degli altri partecipanti.

137. Per queste ragioni, 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. Peraltro, 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.

VI.3.2 Il contesto all'origine della condotta di SAD: la preferenza di SAD per l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale tramite project financing in luogo della Gara

138. L'attività istruttoria ha evidenziato che SAD ha abusato della posizione dominante detenuta in qualità di operatore in monopolio legale, in quanto si è rifiutata di fornire informazioni che la Provincia riteneva indispensabili per dare avvio alle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della Gara. Ciò trova la propria origine nella non condivisione da parte di SAD delle scelte della PAB circa l'organizzazione del servizio di trasporto pubblico di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano.

¹⁴⁶ [V. il doc. 10, all. 1.]

¹⁴⁷ [V. I docc. 6, all. 1, 6, all. 2, 20, all. 3, 26.]

¹⁴⁸ [V. la Delibera di Giunta Provinciale del 17 aprile 2018 n. 358.]

¹⁴⁹ [Tali argomentazioni sono ampiamente sviluppate nel provv. dell'Autorità n. 26061 del 1 giugno 2016 - Indagine IC47 - CONDIZIONI CONCORRENZIALI NEI MERCATI DEL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, cap. 3.]

139. In particolare, SAD non gradiva la decisione di suddividere il territorio altoatesino in bacini e di affidare quelli relativi al trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma tramite una procedura competitiva.

140. Per tale ragione, per più di un anno SAD ha cercato in maniera ostinata di fare in modo che le norme programmatiche emanate dalla Provincia non trovassero concreta applicazione in provvedimenti amministrativi funzionali alla realizzazione della Gara per lotti.

141. Per tentare di indurre la Provincia a mutare la propria opinione circa le modalità di affidamento del servizio, in particolare, SAD ha presentato tra febbraio 2016 e aprile 2017 quattro diverse proposte di *project financing*, ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del Decreto Legislativo. n. 50/2016, come modalità di affidamento dei servizi alternativa alla Gara¹⁵⁰. Ma, al netto del ritiro della prima proposta, tutte le altre sono state considerate non valutabili o rigettate dalla Provincia poiché esse confliggevano con l'organizzazione dei servizi scelta in via programmatica.

142. Nonostante ciò e ancorché le diverse determinazioni nel frattempo assunte dall'Ente affidante si fossero già orientate in una direzione opposta a quella auspicata dall'impresa dominante, SAD si è comportata come se queste ultime fossero trascurabili¹⁵¹, continuando a perseguire i propri obiettivi nella speranza che, se essa fosse riuscita a "creare un po' di scompiglio"¹⁵² con il coinvolgimento del Consorzio LiBUS nel *project financing*, la Provincia sarebbe tornata sui propri passi.

143. L'insistenza con la quale SAD ha tentato di ottenere l'approvazione delle proprie proposte di PPP trova la propria ragion d'essere nel fatto che l'affidamento tramite gara avrebbe potuto minacciare la sua continuità nell'offerta di servizi di trasporto pubblico extraurbano.

144. Viceversa, il PPP l'avrebbe garantita, come il medesimo Direttore Generale di SAD, commentando il rigetto della terza proposta di PPP e proponendo la presentazione della quarta proposta, ha riconosciuto ("*la presentazione del PPP era un obbligo per SAD, perché la società ha bisogno di continuità*")¹⁵³.

145. Vale evidenziare che detta assemblea ha avuto luogo il 20 febbraio 2017, ovvero nel medesimo giorno in cui SAD riceveva la richiesta di informazioni della Provincia oggetto del presente procedimento. Ne discende che quando SAD ha ricevuto tale richiesta essa aveva già pianificato di presentare la quarta proposta di PPP.

146. Ciò spiega perché SAD si è successivamente rifiutata di fornire i dati richiesti dalla PAB: la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato e la richiesta di informazioni erano, infatti, *step* procedurali che preludevano all'effettivo concretizzarsi della Gara; adempiere alla richiesta entro il termine posto dalla Provincia avrebbe, invero, contribuito al compimento della procedura e avrebbe fornito a quest'ultima un motivo in più per rigettare anche la futura quarta proposta di *project financing*. Viceversa, il rifiuto avrebbe consentito all'impresa dominante di guadagnare tempo per poter presentare un nuovo progetto di PPP in un contesto in cui la Gara era ancora lungi dall'essere una prospettiva concreta.

VI.3.3 La strategia abusiva di SAD in relazione alla Gara

147. Le evidenze acquisite a fascicolo mostrano che SAD ha posto in essere un comportamento che, con l'avanzare della procedura amministrativa che avrebbe dato il via alla Gara, dal tentativo di convincere la PAB ad approvare il PPP, a partire da marzo 2017 si è trasformato in un illecito ostruzionismo nei confronti della procedura competitiva, sostanziandosi in un rifiuto a fornire le informazioni richieste dalla Provincia.

VI.3.3.1 Il rifiuto a trasmettere le informazioni prima dell'avvio del procedimento istruttorio

148. Come emerge dalle risultanze istruttorie, il 20 febbraio 2017 la Provincia ha inviato una comunicazione a SAD con la quale chiedeva di trasmettere, entro un mese dal ricevimento, le informazioni ritenute indispensabili ai fini della predisposizione dei documenti di gara, e in particolare del PEF simulato da allegare al bando¹⁵⁴. L'impresa dominante rispondeva il 14 marzo 2017, non inviando i dati richiesti, bensì chiedendo un chiarimento in merito agli obblighi informativi che graverebbero sull'impresa e osservando come, a suo modo di vedere, l'Ente affidante fosse già in possesso delle informazioni necessarie ai fini della predisposizione del bando di gara¹⁵⁵.

149. Tale risposta interlocutoria risulta, tuttavia, palesemente dilatoria per un duplice motivo: *in primis*, sia la normativa primaria nazionale in tema di servizi pubblici locali (il D.L. n. 1/2012¹⁵⁶) sia la regolazione secondaria di

¹⁵⁰ [V. i docc. 20, all. 2_13, all. 2_28, all. 2_29, all. 2_30, all. 2_37, all. 2_47, all. 2_48, all. 2_49; il doc. 54 e relativo allegato.]

¹⁵¹ [In particolare, il 3 gennaio 2017 la Provincia ha approvato un promemoria di rigetto della terza proposta di PPP e il 20 gennaio 2017 ha pubblicato l'avviso di pre-informazione al mercato; ciononostante, il 3 febbraio SAD integrava la terza proposta di PPP con la modifica dell'identità soggettiva del proponente, tramite il coinvolgimento del Consorzio LiBUS. A febbraio 2017 la PAB ha avviato la procedura di consultazione degli stakeholder ai sensi della Delibera n. 49/2015 con la convocazione delle imprese concessionarie e l'invio della richiesta di informazioni sulle caratteristiche del servizio da affidare; eppure nell'aprile 2017 SAD e il Consorzio LiBUS presentavano l'ennesima, quarta, proposta di PPP (cfr. i §§ 32-37 supra).]

¹⁵² [V. doc. 20, all. 2_116.]

¹⁵³ [V. il doc. 20, all. 2_13.]

¹⁵⁴ [V. il doc. 1.1.]

¹⁵⁵ [V. il doc. 1, all. 2.]

¹⁵⁶ [V. l'art. 26, comma 4, del D.L. n. 1/2012, il quale prevede che "I concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati

settore (la Delibera dell'ART n. 49/2015¹⁵⁷) già all'epoca delineavano in maniera chiara il contorno degli obblighi informativi specifici esistenti a carico dei concessionari uscenti in caso di gara.

150. In secondo luogo, si osserva che nella comunicazione alla PAB del 14 marzo 2017 l'impresa dominante chiedeva di "conoscere i propri eventuali esatti obblighi [...] per evitare di rendere alla P.A. notizie e dati che potrebbero rivelare le proprie specificità organizzative"; che lo scopo della comunicazione fosse questo è stato, peraltro, confermato dalla medesima SAD in audizione finale, quando l'impresa ha affermato che la richiamata comunicazione era volta ad avvisare l'Ente affidante che le proprie specificità non sarebbero dovute entrare nel PEF simulato¹⁵⁸.

151. Ciò significa che l'impresa dominante non nutriva dubbi genuini sul perimetro delle informazioni da fornire all'Ente affidante, bensì essa aveva già allora intenzione di opporre al riguardo la propria personale interpretazione di tali obblighi informativi, la quale non risultava affatto coincidente con, ed era, anzi, molto più ristretta di, quella della PAB.

152. Questa volontà è emersa, d'altronde, in maniera evidente nella comunicazione del 5 maggio 2017, con la quale l'impresa dominante ha, sì, fornito alcune delle informazioni richieste dalla Provincia¹⁵⁹, ma lo ha fatto selezionando in maniera unilaterale il novero di informazioni da fornire alla PAB e omettendo ciò che riteneva di non dover comunicare (in particolare, le informazioni relative ai presidi logistici), perché afferente, secondo SAD, all'organizzazione aziendale e quindi soggetto a segretezza¹⁶⁰.

153. Tuttavia, il motivo alla base del parziale rifiuto di fornire tutte le informazioni richieste risultava già allora pretestuoso, dal momento che, come l'attività istruttoria ha evidenziato, la Provincia aveva più volte rassicurato l'impresa, anche per iscritto, circa la propria volontà di fornire adeguata tutela all'esigenza di riservatezza espressa da SAD¹⁶¹.

154. La documentazione versata in atti, dunque, mostra che le argomentazioni addotte da SAD per non soddisfare la richiesta della Provincia sono sempre state meramente strumentali e volte semplicemente a celare la reale intenzione di SAD di opporre un rifiuto a fornire tutte le informazioni richieste. Tale intenzione è poi emersa in tutta la propria evidenza nel momento in cui l'impresa dominante ha completamente cessato di rispondere alle diverse comunicazioni di sollecito inviate dalla Provincia di Bolzano.

155. Per ben sei mesi dal maggio 2017 SAD ha opposto un silenzio che è poi culminato in una comunicazione del novembre 2017 con la quale essa, pur riconoscendo l'esistenza di un obbligo informativo a proprio carico derivante dalla regolazione, ha manifestato un espresso diniego circa la propria intenzione di fornire i dati mancanti¹⁶².

156. In quell'occasione, peraltro, SAD ha reiterato l'osservazione già avanzata nella comunicazione del 14 marzo 2017 in ordine alla circostanza che la Provincia fosse già in possesso dei dati di cui essa dichiarava di aver bisogno. Secondo l'impresa, la Provincia avrebbe, infatti, dovuto utilizzare tali informazioni per stabilire i costi standard annuali del servizio, al fine di evitare di corrispondere sovra-compensazioni per oneri di servizio pubblico¹⁶³. L'eventuale non conoscenza di tali dati da parte della PAB avrebbe, pertanto, significato che l'Ente aveva fino ad allora violato la disciplina sulla compensazione degli oneri di servizio pubblico.

157. Ciò, tuttavia, non appare un motivo valido né sufficiente per opporre legittimamente un rifiuto a fornire i dati mancanti, dal momento che, a prescindere dal rispetto da parte della PAB della disciplina sulla compensazione degli oneri di servizio pubblico, l'adempimento alla richiesta della Provincia non avrebbe arrecato a SAD alcun aggravio, dato che l'impresa era senz'altro in grado di reperire le informazioni mancanti senza alcuna difficoltà. L'obiezione sollevata dall'impresa dominante risulta perciò meramente pretestuosa ed è un chiaro indice, per contro, della volontà di SAD di frapporre degli intralci all'azione amministrativa.

158. Peraltro, l'analisi istruttoria dimostra che la Provincia, viceversa, aveva calcolato in passato i corrispettivi per oneri di servizio pubblico sulla base del costo storico dei servizi e che i dati che essa aveva richiesto erano di diversa natura (cfr. § 53 *supra*); perciò, l'obiezione sollevata da SAD era del tutto infondata e costituiva solamente un modo per insinuare che l'Ente affidante avesse violato la disciplina sulle compensazioni per oneri di servizio pubblico. Le affermazioni di Parte al riguardo, pertanto, si qualificano meramente come un'iniziativa intimidatoria volta a mettere in difficoltà l'Ente affidante e a farlo desistere dall'intenzione di aprire il mercato alla concorrenza.

concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi".]

¹⁵⁷ [V. la Misura 9 della Delibera dell'ART n. 49/2015, la quale prevede che "[g]li enti affidanti rendono noto, nelle diverse fasi della procedura di gara e nell'ambito dei pertinenti documenti di gara, tutte le informazioni elencate nel Prospetto 1, costituenti il set informativo minimo per le procedure di gara". Gli enti affidanti necessariamente traggono tali informazioni dai concessionari del servizio da affidare tramite gara.]

¹⁵⁸ [V. il doc. 132, all. 6.]

¹⁵⁹ [V. il doc. 10, all. 1.]

¹⁶⁰ [V. il doc. 10, all. 1.]

¹⁶¹ [V. i docc. 1, 1, all. 1, 1, all. 3, 1, all. 5, 20, all. 2_17, 26, all. 2 e 48.2.]

¹⁶² [V. il doc. 6, all. 1 e 2.]

¹⁶³ [V. il doc. 6, all. 1 e 2.]

159. In conclusione, la documentazione acquisita agli atti mostra, dunque, in maniera inequivocabile che l'impresa dominante ha opposto, senza valide ragioni, un rifiuto alla trasmissione di tutte le informazioni richieste dal marzo 2017 all'avvio del procedimento istruttorio.

VI.3.3.2 Il rifiuto a trasmettere le informazioni dopo l'avvio del procedimento istruttorio

160. Contrariamente a quanto afferma SAD, il descritto atteggiamento ostativo è proseguito, peraltro, anche dopo l'avvio del procedimento istruttorio e, in particolare, nel corso del sub-procedimento cautelare.

161. Ciò, in particolare, appare dimostrato dal fatto che nel gennaio e nel febbraio 2018 l'impresa ha inviato alla Provincia e al mercato diverse comunicazioni con le quali ha continuato ad opporre resistenza ad un rilascio completo delle informazioni richieste.

162. Come tali sono, infatti, qualificabili le comunicazioni del 27 e del 30 gennaio 2018: con esse SAD ha reiterato sulla stampa locale le proprie affermazioni circa l'asserito possesso da parte dell'Ente affidante dei dati necessari per la definizione del PEF simulato, nonché circa l'inesistenza di un obbligo informativo relativo alle caratteristiche delle rimesse, del personale addetto al servizio e degli autobus, la cui divulgazione, peraltro, secondo SAD, avrebbe potuto condurre a distorcere la concorrenza nell'ambito della procedura di affidamento¹⁶⁴.

163. Ancora, con le comunicazioni del 18 e 19 febbraio 2018 alla Provincia, SAD ha addirittura compiuto un passo indietro rispetto a quanto aveva affermato nella propria comunicazione del novembre 2017: mentre allora essa aveva riconosciuto l'esistenza di tale obbligo informativo ai sensi della Misura 9 della Delibera dell'ART n. 49/2015¹⁶⁵, con le più recenti comunicazioni, per contro, essa negava, così contraddicendosi, l'esistenza di un obbligo dell'impresa *incumbent* di fornire i dati richiesti dall'Ente affidante, a meno che questo non fosse previsto dalla legge o dal contratto di servizio ovvero i beni non fossero qualificati come *essential facilities* in senso *antitrust*¹⁶⁶.

164. Nel ribadire la propria volontà di non fornire le informazioni mancanti, nella propria memoria del 21 febbraio 2018, l'impresa dominante ha poi fatto leva su una presunta dicotomia tra i dati c.d. "di *output*" e i dati c.d. "di *input*", laddove per tali si intendono, rispettivamente, i dati afferenti al modello gestionale costruito dal singolo gestore e i dati relativi alle caratteristiche oggettive del servizio. Secondo SAD, gli unici dati che l'Ente affidante sarebbe titolato a chiedere sarebbero questi ultimi; tra di essi l'impresa dominante stessa include il numero del personale dipendente, e i relativi costi, il numero e la dislocazione delle strutture di sosta e il numero degli automezzi¹⁶⁷.

165. Orbene, in disparte l'insussistenza nell'ordinamento della bipartizione configurata dalla Parte (su cui v. meglio il § 187 *infra*), al riguardo si osserva anzitutto che l'impresa dominante il 21 febbraio 2018 non ha voluto fornire neanche quanto essa stessa aveva classificato come dati "di *input*" suscettibili di essere richiesti dall'Ente affidante: SAD, infatti, ha esplicitamente affermato di non voler tenere riservati l'elenco del personale diverso dagli autisti, il numero e la dislocazione dei presidi logistici¹⁶⁸. Tale contraddizione già di per sé vale a dimostrare che l'impresa dominante ha continuato, nonostante il presente procedimento, ad addurre argomentazioni pretestuose e a nutrire una volontà dilatoria nei confronti dell'azione amministrativa della PAB.

166. Inoltre, anche quando SAD ha finalmente desistito dal porre in essere un comportamento ostruzionistico e ha iniziato man mano a prestare la propria collaborazione alla Provincia dal 23 febbraio 2018, essa non ha comunque prontamente e tempestivamente trasmesso le informazioni mancanti, ma le ha fornite poco per volta¹⁶⁹.

I dati inviati da SAD il 23 febbraio 2018 erano, infatti, un po' più completi di quelli forniti il 5 maggio 2017, in quanto rispetto a questi ultimi l'impresa dominante ha fornito anche l'elenco delle rimesse e la loro dislocazione geografica e l'elenco del personale diverso dagli autisti; essi, tuttavia, non contenevano l'associazione, neanche in termini numerici, degli autisti a ciascuna residenza e del numero di mezzi per ciascun presidio logistico. Parimenti, i dati forniti il 9 marzo 2018 continuavano ad essere carenti, data l'impossibilità di associare il singolo autista a ciascuna residenza e il singolo autobus a ciascun presidio logistico. Solo i dati forniti il 16 marzo 2018 sono finalmente risultati sufficienti a colmare la lacuna evidenziata dall'Ente affidante e a consentirgli di redigere gli elaborati di gara¹⁷⁰.

167. In altre parole, pur avendo dichiarato di voler assumere un atteggiamento collaborativo, SAD ha di fatto reiterato nel corso del sub-procedimento cautelare il medesimo comportamento ostativo assunto nelle precedenti interlocuzioni avute con la PAB, ritenendo di poter decidere quali fossero le informazioni che l'Ente affidante aveva facoltà di richiedere e ottenere e quali no.

168. L'insieme delle condotte descritte complessivamente integra, pertanto, un comportamento che costituisce chiaramente una prosecuzione delle pratiche di ostruzione alla Gara che l'impresa dominante ha perseguito sin dal

¹⁶⁴ [V. i docc. 26 e 33, all. 1 e 2.]

¹⁶⁵ [Cfr. i docc. 6, all.1 e 26, all. 4.]

¹⁶⁶ [V. il doc. 41, all. 1, nel quale peraltro SAD si esprime con un linguaggio aggressivo.]

¹⁶⁷ [V. il doc. 40.]

¹⁶⁸ [V. il doc. 40.]

¹⁶⁹ [Cfr. tra loro gli allegati ai docc. 40, 42, 44, 45, 50 e 52.]

¹⁷⁰ [V. il doc. 53.]

marzo 2017, con lo scopo di impedire che la procedura potesse effettivamente avere luogo, e che si è protratto sino a quando SAD non ha effettivamente trasmesso tutti i dati richiesti dalla Provincia il 16 marzo 2018¹⁷¹.

VI.3.4 L'indispensabilità delle informazioni ai fini della Gara

169. L'attività istruttoria (cfr. § 49 *supra*) ha mostrato che, al momento dell'avvio del presente procedimento istruttorio (17 gennaio 2018), non erano ancora pervenute alla PAB le informazioni relative *i)* al personale di SAD diverso dagli autisti, *ii)* ai presidi logistici utilizzati da SAD, e ai relativi mezzi ivi ricoverati, nonché *iii)* alle residenze del personale corrispondentemente assegnato.

170. Inoltre, la documentazione acquisita agli atti del fascicolo evidenzia in maniera univoca che le informazioni relative all'operatività di SAD non ancora fornite a quella data fossero indispensabili per determinare il costo del servizio per ciascun lotto extraurbano da affidare con gara e per procedere alla corretta redazione del PEF simulato per ciascuno di essi; dunque, in ultima analisi, tali dati erano essenziali per definire la base d'asta che avrebbe dovuto essere pubblicata per ciascun lotto unitamente al bando di gara, e quindi per completare la prima fase della procedura di affidamento¹⁷².

171. La necessità di tali dati per la redazione del PEF si apprezza in particolar modo se si considera anzitutto che la conoscenza da parte dell'Ente affidante delle informazioni sulla tipologia, l'inquadramento e i costi di tutto il personale aveva senz'altro un'incidenza diretta sulla possibilità di definire correttamente il costo del servizio¹⁷³. La non disponibilità dei dati sul personale diverso dagli autisti, perciò, impediva alla PAB di prefigurare in maniera completa tale voce di costo.

172. In secondo luogo, e soprattutto, occorre considerare che, come è emerso dall'analisi istruttoria, il perimetro dei futuri bacini nei quali verranno svolti i servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma non coincide con le attuali concessioni di cui sono titolari SAD e le imprese consorziate in LiBUS. La suddivisione del territorio altoatesino secondo una diversa struttura geografica implica, infatti, che i BTO, da un lato, aggregino le diverse concessioni riferibili a diversi operatori, e dall'altro lato, siano tutti interessati dalle linee attualmente operate da SAD¹⁷⁴.

173. Ciò significa che le informazioni possedute da SAD erano necessarie per la corretta attribuzione dei mezzi di produzione del servizio in ciascuno dei quattro nuovi bacini extra-urbani. Pertanto, solo informazioni specifiche sui presidi logistici utilizzati dall'impresa *incumbent*, sui mezzi ivi ricoverati e sul personale corrispondentemente assegnato, per ciascuna porzione del territorio altoatesino nel quale è attiva SAD, infatti, avrebbero consentito alla PAB di definire in maniera adeguata i costi del servizio per ciascun lotto. La conoscenza della dislocazione dei presidi logistici, del numero di mezzi ivi ricoverati e delle residenze degli autisti avrebbe, infatti, consentito di definire i turni del servizio, e dunque il costo dello stesso¹⁷⁵. Ciò non era necessario evidentemente per gli altri concessionari, i quali operano su una porzione di territorio che afferisce ad un unico bacino (come ha ribadito la PAB nel corso dell'audizione finale, *"... nessuno dei concessionari appartenenti a LiBUS, diversamente da SAD, opera su due differenti bacini e quindi non è necessario associare nel medesimo bacino dati nella disponibilità di operatori di diversi"*)¹⁷⁶.

174. In sostanza, alla luce di ciò, l'attività istruttoria ha dimostrato che la Provincia, in assenza di tutte le informazioni relative ai servizi svolti da SAD, non poteva procedere a un adeguato dimensionamento tecnico-trasportistico ed economico-gestionale di nessuno dei lotti, né determinare correttamente il costo standard del servizio né la base d'asta per ciascun di essi¹⁷⁷.

175. L'analisi istruttoria ha, inoltre, evidenziato che la PAB non era in grado di rimediare autonomamente a detta carenza. In altre parole, dette informazioni non erano altrimenti reperibili.

176. Infatti, l'Ente affidante non poteva utilizzare i dati di costo forniti da ciascun concessionario¹⁷⁸ o prendere come parametro i corrispettivi corrisposti ad essi dalla Provincia¹⁷⁹. Ciò in quanto la nuova organizzazione dei servizi di trasporto pubblico locale scelta dalla PAB – ovvero la strutturazione di bacini il cui perimetro non corrisponde alle attuali concessioni riferibili alle imprese consorziate in LiBUS e a SAD - avrebbe anzitutto determinato anche una nuova struttura dei costi degli stessi¹⁸⁰. Inoltre, nella richiamata suddivisione territoriale le linee di trasporto operate da SAD erano incluse in tutti i bacini. A fronte di ciò si osserva che la PAB era, sì, in possesso di informazioni sul costo del servizio per come era stato svolto da SAD fino ad allora, ma queste includevano di fatto soltanto *dati in forma*

¹⁷¹ [V. il doc. 52 e i relativi allegati.]

¹⁷² [V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.]

¹⁷³ [V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.]

¹⁷⁴ [V. i docc. 2, 9 e 11, all. 4.]

¹⁷⁵ [V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.]

¹⁷⁶ [V. il doc. 132.]

¹⁷⁷ [V. il doc. 2 e il doc. 11, all. 4.]

¹⁷⁸ [V. il doc. 26, all. 1]

¹⁷⁹ [V. il doc. 11, all. 4.]

¹⁸⁰ [V. il doc. 11, all. 4.]

aggregata relativi ai servizi complessivamente svolti in base alla concessione vigente, mentre ai fini della redazione del PEF simulato per ciascun bacino essa avrebbe avuto bisogno di *dati disaggregati*, o comunque con un grado di dettaglio analogo a quello successivamente richiesto dall'Ente affidante ai fini della Gara, da attribuire correttamente a ciascun bacino (dati che peraltro in passato, e in altri contesti, SAD si era rifiutata di fornire alla PAB¹⁸¹). In altre parole, dunque, i dati di cui la Provincia era già in possesso erano di fatto privi di utilità pratica nel nuovo contesto.

177. Ne discende che le informazioni richieste erano indispensabili per redigere correttamente gli elaborati di gara, e in particolare il PEF simulato per ciascun lotto di gara, e così garantire, tramite la giusta base d'asta, che lo svolgimento della Gara fosse effettivamente concorrenziale (ovvero che fosse effettivamente consentito ai partecipanti la presentazione di offerte economiche adeguate), e che esse erano solo ed esclusivamente nella disponibilità di SAD, la quale le possiede in virtù della propria qualità di concessionario in esclusiva dei servizi.

VI.3.5 L'assenza di giustificazioni oggettive al rifiuto e al ritardo nella trasmissione delle informazioni

178. Le evidenze acquisite agli atti mostrano che le giustificazioni addotte da SAD al proprio comportamento sono prive di pregio. Ciò per le ragioni che seguono.

179. Secondo la giurisprudenza amministrativa, dati gli obblighi connessi alla propria posizione di operatore dominante, il concessionario in via esclusiva di un servizio pubblico locale è tenuto, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, a fornire tutte le informazioni richieste dall'Ente che intende mettere a gara detto servizio¹⁸².

180. Ciò vale, innanzitutto, a destituire di fondamento l'argomentazione di Parte in base alla quale un ritardo nell'invio da parte di un operatore dominante di informazioni indispensabili richieste dall'Ente affidante ai fini di una gara non può costituire un abuso di tale posizione ai sensi dell'articolo 102 TFUE, ma al massimo, un illecito amministrativo. Tale affermazione è, infatti, smentita in radice dai principi giurisprudenziali summenzionati che fondano la qualificazione delle condotte poste in essere da SAD nel caso di specie.

181. La medesima giurisprudenza ha stabilito che a tale obbligo *antitrust* il concessionario si può sottrarre solo in caso di estraneità dell'oggetto della richiesta rispetto al servizio prestato o di esistenza di uno specifico divieto alla divulgazione delle informazioni richieste o, ancora, di pericolo di lesione dei diritti del detentore di tali informazioni come conseguenza dalla divulgazione¹⁸³.

182. L'applicazione di tale principio al caso di specie conduce a rilevare quanto segue.

In relazione all'esistenza di un divieto alla divulgazione, oltre che alla pertinenza della richiesta di informazioni al servizio svolto, si osserva che l'ordinamento, non solo non prevede un tale divieto, ma addirittura sancisce un obbligo per i concessionari di servizi pubblici locali, e in particolare dei servizi di trasporto pubblico locale, di fornire le informazioni richieste dagli Enti affidanti sul servizio prestato ai fini del futuro affidamento dello stesso.

183. Anzitutto, l'articolo 25, comma 4, del D.L. n. 1/2012 citato *supra*, già da tempo stabilisce che "[i] concessionari e gli affidatari di servizi pubblici locali, a seguito di specifica richiesta, sono tenuti a fornire agli enti locali che decidono di bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire i bandi".

In secondo luogo, l'articolo 48, comma 3, secondo periodo, del D.L. n. 50/2017 prevede che "[g]li operatori già attivi nel bacino sono tenuti a fornire le informazioni e i dati rilevanti in relazione ai servizi effettuati entro e non oltre sessanta giorni dalla richiesta di regioni ed enti locali, che adottano adeguate garanzie di tutela e riservatezza dei dati commerciali sensibili".

184. Inoltre, come emerge con estrema chiarezza dal contributo dell'ART al *market test* sugli impegni presentati da SAD, anche la regolazione applicabile, e specificamente la Delibera ART n. 49/2015, stabilisce che le imprese *incumbent* non godono di alcun potere discrezionale nella scelta delle informazioni da fornire, la cui individuazione spetta solamente agli Enti affidanti¹⁸⁴.

185. Né è possibile derivare un eventuale divieto alla divulgazione dall'interpretazione proposta dalla Parte circa l'utilizzo dei dati che gli *incumbent* forniscono agli Enti affidanti, i quali in base alla Delibera ART n. 49/2015 avrebbero meramente un valore descrittivo e sarebbero funzionali solo alla pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato¹⁸⁵ e non dovrebbero essere inseriti nel PEF simulato poiché questo deve essere basato su un modello gestionale generale e astratto. Al riguardo, infatti, si osserva che siffatta interpretazione delle disposizioni regolamentari è assolutamente smentita dalla Misura 9, punto 1, della Delibera ART n. 49/2015 che prevede che gli Enti affidanti rendano noto "nelle diverse fasi della procedura di gara e nell'ambito dei pertinenti documenti di gara, tutte le informazioni elencate nel Prospetto 1, costituenti il set informativo minimo per le procedure di gara".

186. Quanto alla possibilità che la richiesta di informazioni potesse cagionare un danno a SAD e, ad esempio, potesse, come asserito dalla Parte, ledere il suo diritto a tenere riservati i dati commercialmente sensibili, in quanto

¹⁸¹ [V. i docc. 26 e 26, all. 1]

¹⁸² [V. TAR Lazio, sent. n. 8752 del 10 ottobre 2013.]

¹⁸³ [V. TAR Lazio, sent. n. 8752/2013, cit.]

¹⁸⁴ [V. il doc. 87.]

¹⁸⁵ [V. il doc. 132, all. 6.]

espressione di una specifica organizzazione aziendale, si ritiene che in base al quadro normativo-regolamentare più sopra esposto, i concessionari soggiacciono inderogabilmente all'obbligo di fornire tutti i dati richiesti dagli Enti affidanti, fermo il dovere per questi ultimi di tutelare la riservatezza dei dati, tra quelli richiesti, ritenuti sensibili sotto il profilo commerciale dalle imprese.

187. Ciò significa che l'esercizio del diritto alla riservatezza non legittima l'opposizione di un rifiuto alla trasmissione delle informazioni richieste o la selezione arbitraria delle informazioni da fornire da parte delle imprese, ad esempio, come argomenta SAD, sulla base di una supposta dicotomia tra dati c.d. "di *input*" e dati c.d. "di *output*". Come emerge dal descritto quadro normativo-regolamentare, infatti, tale bipartizione non è in alcun modo supportata dall'ordinamento.

188. Tali considerazioni valgono tanto più se si considera che, come già affermato *supra*, la Provincia ha più volte fornito, anche in corso di procedimento, la garanzia che la riservatezza dei dati sensibili riferibili a SAD avrebbe trovato adeguata tutela nell'azione amministrativa (cfr. il § 153 *supra*).

189. Il che rende le argomentazioni addotte da SAD circa la legittimità del rifiuto a fornire i dati richiesti e ancora mancanti al momento dell'avvio del presente procedimento, che fanno leva sulla riservatezza e sulla segretezza commerciale delle informazioni pretese dall'Ente affidante, non condivisibili.

190. Assolutamente prive di pregio, poi, sono anche le altre argomentazioni addotte da SAD per giustificare la propria condotta.

191. Anzitutto, le argomentazioni a specifica difesa della mancata trasmissione delle informazioni sulle residenze degli autisti e sul personale diverso dagli autisti, appaiono inconsistenti. Il fatto che tali informazioni fossero in corso di modifica, nel primo caso, o pertenessero a fattori produttivi che l'impresa non intendeva trasferire all'eventuale nuovo aggiudicatario, o ancora pendesse il giudizio relativo alla legittimità della disdetta dei contratti interaziendali loro comunicata da SAD, nel secondo caso¹⁸⁶, non vale ad esimere l'impresa dominante dall'obbligo informativo su di essa gravante come più sopra configurato.

192. Quanto poi all'asserita illegittimità dell'obbligo di trasferimento del personale, dei presidi logistici e dei mezzi, in quanto beni non "essenziali" e non "indispensabili" secondo la regolazione applicabile, come giustificazione al rifiuto di fornire le informazioni ad essi relative, si osserva che la Parte confonde gli obblighi informativi esistenti in capo ai concessionari uscenti, cui essa si è sottratta, con la legittima pretesa di poter discutere con l'Ente affidante il perimetro dei beni e del personale utilizzati per lo svolgimento del servizio che dovranno essere trasferiti al soggetto subentrante ad esito della Gara. Ogni divergenza di opinioni a quest'ultimo riguardo, infatti, è di norma affrontata nell'ambito della procedura di consultazione pubblica, senza che essa legittimi un rifiuto a fornire le informazioni richieste dall'Ente affidante.

193. Così, ad esempio, ha scelto di comportarsi il Consorzio LIBUS, il quale, differentemente da SAD, si è premurato di specificare che il proprio adempimento alla richiesta di informazioni non doveva essere inteso quale dichiarazione di messa a disposizione all'eventuale subentrante dei beni ai quali tali informazioni afferivano¹⁸⁷. Viceversa, SAD ha esplicitamente e illegittimamente subordinato la trasmissione delle informazioni afferenti al personale e agli immobili utilizzati per lo svolgimento del servizio alla sua eventuale scelta di rinunciarvi¹⁸⁸.

194. Al riguardo preme ribadire che l'eventuale violazione della PAB delle disposizioni contenute nella Delibera ART n. 49/2015 in relazione alla procedura di consultazione degli *stakeholder* interessati alla Gara, evidenziata da SAD, non vale ad escludere l'illiceità ai sensi dell'articolo 102 TFUE della mancata fornitura delle informazioni richieste. Infatti, l'eventualità che la scansione temporale seguita dalla PAB nella propria azione amministrativa non sia stata aderente alle prescrizioni regolamentari, questione che l'incumbent ha pieno diritto di rappresentare presso le opportune sedi, non è suscettibile di rendere illegittima la richiesta di informazioni dell'Ente affidante, la cui legittimazione in tal senso deriva, come detto, in primo luogo dalla normativa primaria, né può rappresentare un motivo di liceità della condotta posta in essere da SAD. L'argomentazione di Parte è, dunque, del tutto inconferente rispetto alla contestazione mossa. E in ogni caso, lo si ribadisce, l'eventuale ritardo nello svolgimento della Consultazione da parte della PAB avrebbe potuto semmai ingenerare dubbi circa il perimetro dei beni strumentali al servizio e dunque suscettibili di trasferimento al gestore sub-entrante, ma in alcun modo avrebbe esentato SAD dall'obbligo di fornire le informazioni richieste dalla PAB.

195. Infine, in relazione alla tesi che vorrebbe individuare potenziali effetti anticoncorrenziali nella richiesta di informazioni della PAB, quali un non meglio specificato vantaggio competitivo conferito a SAD rispetto agli altri concorrenti o un indeterminato esito di gara sub-ottimale, si osserva che, come emerge dall'analisi istruttoria, i dati richiesti a SAD avrebbero rappresentato soltanto un riferimento per la quantificazione del costo effettivo del servizio, che non necessariamente sarebbe coinciso con quello che la Provincia avrebbe ritenuto essere il costo efficiente sul quale costruire la base d'asta per ciascun lotto. Di nessun particolare privilegio avrebbe, quindi, beneficiato SAD.

196. Al contrario, l'oggetto della richiesta di informazioni della Provincia trova il proprio fondamento esattamente nella volontà di neutralizzare eventuali vantaggi competitivi detenuti dall'incumbent e di garantire un *level playing field*

186 [V. il doc. 20, all. 3.]

187 [V. il doc. 132, all. 5.]

188 [V. il doc. 31, all. 1.]

tra i partecipanti alla gara (*ratio* condivisa anche dalle norme e dalle previsioni regolamentari richiamate *supra*). La condotta posta in essere da SAD, viceversa, palesemente contraddice questo spirito pro-concorrenziale e risulta idonea, ai sensi dell'articolo 102 TFUE, a distorcere la concorrenza *per* il mercato che si sarebbe esplicata nell'ambito della Gara, poiché consentiva all'impresa di mantenere per sé informazioni che, dovevano, per contro, essere nella disponibilità di tutti i partecipanti, ancorché in forma aggregata.

197. In definitiva, dunque, tutte le argomentazioni addotte da SAD circa la legittimità del rifiuto a fornire i dati richiesti e ancora mancanti al momento dell'avvio del presente procedimento sono evidentemente infondate.

198. Perciò SAD, in quanto unico detentore di informazioni relative al servizio svolto in regime di monopolio legale, indispensabili all'avvio della procedura di gara, era tenuto ai sensi dell'articolo 102 TFUE a fornire tutte le informazioni richieste dalla PAB.

VI.3.6 L'intenzionalità e le modalità di attuazione della condotta

199. La pretestuosità delle argomentazioni invocate da SAD rivela anche che le stesse erano volte a celare il reale intento di ostacolare la Gara. Lo scopo anticoncorrenziale emerge ancor più chiaramente, peraltro, se si esamina la condotta tenuta dall'impresa dominante alla luce degli elementi istruttori che documentano le iniziative intraprese da SAD sia prima della vera e propria opposizione del rifiuto a fornire le informazioni indispensabili richieste dalla Provincia sia dopo aver assunto finalmente un atteggiamento collaborativo nell'ambito del sub-procedimento cautelare.

200. Come è emerso nella sez. IV.1 *supra*, infatti, l'insistente presentazione del progetto di PPP, che a differenza di quanto ha inteso SAD, equivocando il contenuto della Comunicazione delle Risultanze Istruttorie¹⁸⁹, nel presente contesto non rappresenta di per sé una condotta anticoncorrenziale addebitata all'impresa dominante (così come non lo sono i ricorsi promossi avverso i provvedimenti della PAB), è un indice del fatto che SAD voleva evitare che il servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma fosse affidato con gara per conservare la continuità della propria attività.

201. In maniera analoga, le quattro comunicazioni inviate alla Provincia e al mercato da SAD il 19, il 20, il 21 marzo 2018 (cfr. il § 68 *supra*) e il 4 giugno 2018 (cfr. il § 72 *supra*), volte ad evidenziare la ritenuta illegittimità dell'azione della PAB in relazione ai beni che avrebbero dovuto essere messi a disposizione dei futuri aggiudicatari, lungi dal rappresentare condotte anticoncorrenziali ulteriori, indicano comunque che SAD temeva di perdere il possesso dei fattori di produzione per lo svolgimento della propria attività economia (personale, presidi logistici, immobili, etc.) ad esito della Gara.

202. Esse rappresentano, dunque, nient'altro che una manifestazione della contrarietà dell'impresa dominante alla Gara e rivelano le ragioni per le quali SAD ha coltivato un intento dilatorio e ostruzionistico nei confronti dell'azione amministrativa della PAB in relazione alla Gara.

203. La considerazione complessiva di tali elementi, invero, conferma che il rifiuto opposto dall'impresa dominante alla trasmissione completa dei dati richiesti dalla PAB è stato motivato solo ed esclusivamente dalla volontà di evitare che il mercato dei servizi di TPL extraurbano nella provincia di Bolzano venisse aperto alla concorrenza.

204. Infine, le modalità con le quali SAD ha intrapreso tali iniziative e manifestato (anche pubblicamente) le proprie esternazioni dimostrano che la condotta di ostacolo alla Gara oggetto del presente procedimento sia stata accompagnata, non solo da intenzionalità, ma anche da modalità aggressive¹⁹⁰.

VI.3.7 Gli effetti della condotta: il ritardo nella procedura di gara come conseguenza del rifiuto e del ritardo a fornire le informazioni da parte di SAD

205. La documentazione agli atti mostra inequivocabilmente che i comportamenti descritti hanno avuto l'effetto di ritardare l'apertura del mercato al confronto competitivo *per* l'individuazione del soggetto più efficiente per l'offerta dei servizi di TPL nella Provincia di Bolzano.

206. Ciò appare dimostrato dal fatto che la PAB aveva richiesto le informazioni necessarie alla redazione del PEF simulato nel febbraio 2017, chiedendo che le stesse fossero trasmesse entro marzo 2017, ma è stata in grado di ottenerle completamente solo nel marzo del 2018, peraltro solo dopo l'avvio del presente procedimento istruttorio da parte dell'Autorità e solo quando, in pendenza del sub-procedimento cautelare, SAD si è finalmente risolta a fornire i dati mancanti e a porre rimedio a tale lacuna. SAD ha, in altre parole, rifiutato di fornire informazioni che erano nella sua disponibilità per ben quasi dodici mesi, adducendo argomentazioni che, come hanno dimostrato le evidenze agli atti, non valgono a giustificare questo comportamento.

207. Ma l'analisi istruttoria condotta mostra anche che il mancato possesso delle informazioni necessarie alla redazione del PEF ha effettivamente "paralizzato" per diversi mesi l'attività della Provincia. Ciò si spiega in quanto le informazioni che mancavano all'Ente affidante nel gennaio 2018, non solo erano, come argomentato *supra*, indispensabili per la redazione del PEF simulato per tutti i lotti messi a gara, ma riguardavano anche una porzione significativa dei servizi da svolgersi nei quattro bacini territoriali. SAD è, infatti, il principale soggetto *incumbent* attivo nell'offerta del servizio di trasporto di passeggeri extraurbano nella Provincia di Bolzano oggetto della Gara. Dalle informazioni acquisite emerge, infatti, che nel 2017 l'impresa dominante ha prodotto circa il 56% dei 25.929.680

¹⁸⁹ [V. il doc. 132, all. 6.]

¹⁹⁰ [V. i docc. 33, all. 1 e 2, 41, all. 2, relative a comunicazioni che si caratterizzano per i toni aggressivi.]

km*anno complessivamente prodotti nella Provincia di Bolzano nell'ambito del servizio di trasporto extraurbano di passeggeri su gomma (pari in valore assoluto a 14.592.382 km*anno). I restanti 11.337.298 km*anno (pari al 43% dei km*anno del 2017)¹⁹¹ sono stati prodotti dalle 19 delle imprese appartenenti al Consorzio LiBUS, ciascuna delle quali dispone, pertanto, di un *asset* informativo circoscritto, non solo in termini assoluti ma anche in considerazione del fatto che, come ribadito più volte, le linee di trasporto gestite da ciascuna imprese aderente a LiBUS non afferiscono mai a più di un lotto.

208. SAD era in possesso, quindi, della maggioranza delle informazioni relative alle caratteristiche tecniche ed economico-organizzative del servizio nei quattro BTO extraurbani. Il rifiuto, e poi il ritardo, di SAD nel fornire tali informazioni ha generato, pertanto, una lacuna significativa che non consentiva l'avvio della procedura di gara nei tempi previsti.

209. E infatti il significativo ritardo nell'ottenimento dell'input necessario perché la PAB potesse effettivamente redigere gli elaborati di gara - ottenimento avvenuto peraltro solo grazie all'intervento dell'Autorità - si è inevitabilmente riverberato sull'intera procedura: la documentazione agli atti, infatti, dimostra che era intenzione della stazione appaltante pubblicare il bando di gara a gennaio 2018 (e precisamente a partire dal 20 gennaio 2018, data dalla quale sarebbe scaduto l'anno di tempo che ai sensi dell'articolo 7, par. 2, del Reg. CE n. 1370/2007 deve intercorrere tra la pubblicazione dell'avviso di pre-informazione al mercato e la pubblicazione del bando), mentre tale pubblicazione è avvenuta soltanto il 6 giugno del medesimo anno, quindi con un ritardo pari a quattro mesi e 17 giorni, che, secondo quanto dichiarato dalla Provincia, non avrebbe consentito di concludere la procedura di aggiudicazione in tempo affinché il nuovo affidatario potesse dare avvio al servizio in concomitanza con la scadenza delle vigenti concessioni (novembre 2018) e già di per sé avrebbe reso necessario il ricorso alla proroga ex articolo 5, par. 5, del Reg. n. 1370/2007 delle concessioni vigenti¹⁹².

210. Al riguardo appaiono inconsistenti le argomentazioni di Parte che vorrebbero far credere che la procedura di gara si sia svolta nei tempi fisiologici previsti dal Reg. CE n. 1370/2007 e che l'eventuale ritardo sia addebitabile anzitutto alla Provincia, la quale avrebbe avviato in ritardo la procedura di consultazione¹⁹³. Le evidenze agli atti mostrano, infatti, che la Provincia ha dato avvio, seppur in via informale, alla procedura di consultazione il 13 febbraio 2017, tramite un incontro al quale sono stati invitati sia SAD sia il Consorzio LiBUS¹⁹⁴. Rilevano in questa sede, inoltre, le argomentazioni già svolte in merito alla sussistenza di un obbligo informativo del gestore *incumbent* nei confronti dell'Ente affidante a prescindere della eventuale correttezza formale della procedura amministrativa seguita.

211. Né il fatto che a marzo 2018 la Provincia fosse in possesso delle informazioni richieste può valere a compensare, come vorrebbe SAD, l'effetto dilatorio causato dalle condotte ostative poste in essere da SAD per un anno. L'effettiva disponibilità delle informazioni si è, infatti, concretizzata dopo il termine che la PAB si era inizialmente data per la pubblicazione del bando (gennaio 2018). Tale circostanza, dunque, conferma che quando la Provincia ha ottenuto i dati da SAD il ritardo si era già prodotto.

212. Parimenti, l'avvenuto annullamento del bando in autotutela da parte della Provincia – assolutamente non addebitato a SAD nella Comunicazione delle Risultanze Istruttorie, come invece afferma erroneamente l'impresa dominante¹⁹⁵ - non vale rendere irrilevanti le condotte poste in essere dall'impresa dominante¹⁹⁶, ai fini dell'accertamento del ritardo causato dalle stesse. Invero, a prescindere da questo evento, gli elementi istruttori acquisiti mostrano che la procedura è stata indetta dall'Ente affidante in ritardo rispetto ai tempi previsti (giugno 2018) e si sarebbe giocoforza conclusa in ritardo rispetto alla scadenza delle vigenti concessioni (novembre 2018). L'annullamento della Gara è, in altre parole, avvenuto per questioni insorte dopo che l'abuso aveva già esplicito i suoi effetti, e rappresenta, dunque, una circostanza ininfluenza ai fini della valutazione degli effetti delle condotte di SAD.

213. Né, infine, l'esistenza di un nesso causale tra la condotta di SAD e il ritardo subito dalla procedura di gara può essere esclusa dal fatto che il Consorzio LiBUS ha, come SAD medesima, firmato il verbale della procedura di consultazione pubblica in ritardo (2 maggio 2018) e fornito delle specificazioni alle informazioni già trasmesse un anno prima il 7 maggio 2018¹⁹⁷. Al riguardo, invero, si ribadisce che i fatti accertati mostrano che le informazioni considerate indispensabili dalla Provincia e afferenti ai servizi svolti dalle imprese aderenti al Consorzio erano già state fornite nella prima metà del 2017 e che esse erano state considerate sufficienti (cfr. § 49 *supra*).

214. Pertanto, si ritiene che il ritardo dell'iter amministrativo relativo alla Gara sia stato certamente causato dalle condotte di SAD e si sia senza ombra di dubbio tradotto in un ritardo nell'apertura alla concorrenza *per* il mercato del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano, risultando così idoneo ad

¹⁹¹ [V. il § 26 *supra*.]

¹⁹² [V. il doc. 48.]

¹⁹³ [V. il doc. 76, 77 e 129.]

¹⁹⁴ [V. i docc. 1, all. 1 e 132, all. 3.]

¹⁹⁵ [V. il doc. 129.]

¹⁹⁶ [V. il doc. 129.]

¹⁹⁷ [V. il doc. 129 e 132, all. 4 e 6.]

arrecare un danno sia ai potenziali concorrenti di SAD sia ai consumatori finali in termini di minore efficienza del servizio.

VII. CONCLUSIONI

215. Tutto ciò premesso, si ritiene che le evidenze a fascicolo dimostrino in maniera univoca come SAD abbia deliberatamente posto in essere una strategia di ostacolo alla Gara attuata dall'impresa *incumbent* consistita nel rifiuto, e poi nel ritardo, a fornire informazioni, acquisite in virtù della posizione di attuale concessionario dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma, che erano solo nella sua disponibilità e che risultavano indispensabili ai fini della predisposizione della documentazione di gara.

216. L'analisi istruttoria ha evidenziato, altresì, che tutte le argomentazioni addotte da SAD per giustificare la propria condotta sono infondate e meramente pretestuose e non valgono a giustificare la mancata o parziale fornitura dei dati richiesti dall'Ente affidante, ovvero il ritardo con il quale gli stessi sono stati poi finalmente trasmessi.

217. Non solo non sussistono giustificazioni tali da poter esimere il comportamento dell'impresa dominante da una valutazione di illegittimità sotto il profilo *antitrust*, ma tale comportamento appare, altresì, motivato dall'intento di assicurarsi il servizio sull'intero bacino provinciale per il tramite di un progetto di PPP, che essa ha insistentemente tentato di far approvare alla PAB tra il febbraio 2016 e l'aprile 2017, o quantomeno di prolungare nel tempo la propria posizione di concessionario in esclusiva, e così di scongiurare una gara che avrebbe potuto condurla a perdere o ridurre la sua attuale posizione nel mercato del servizio di TPL extraurbano di passeggeri nella Provincia di Bolzano e a sacrificare gli attuali profitti.

218. Tale condotta ha prodotto i propri effetti: essa ha, infatti, determinato un ritardo di oltre quattro mesi nella pubblicazione del bando di gara, a seguito del quale la PAB sarebbe stata costretta a prorogare gli affidamenti vigenti.

219. Dato il peso che SAD occupa nell'offerta del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri nella Provincia di Bolzano oggetto della Gara, in quanto concessionario in esclusiva del maggior numero di linee, e la suddivisione delle stesse nei futuri quattro bacini a causa della nuova articolazione geografica del servizio, la condotta di SAD ha condotto al blocco della procedura amministrativa. Tale comportamento non ha consentito il tempestivo avvio delle procedure amministrative propedeutiche all'organizzazione della stessa e ha causato un ritardo di oltre quattro mesi nella apertura nel mercato alla concorrenza.

220. Per tali ragioni, la condotta di SAD integra un abuso di posizione dominante di natura escludente ai sensi dell'articolo 102 TFUE, idoneo ad ostacolare la concorrenza *per* il mercato nell'ambito della Gara.

VIII. IL PREGIUDIZIO AL COMMERCIO INTRACOMUNITARIO

221. Il pregiudizio al commercio intracomunitario costituisce uno dei presupposti ai fini dell'applicazione dell'articolo 102 TFUE. La sussistenza del pregiudizio al commercio fra Stati membri dipende, più in particolare, da un complesso di fattori che, tra l'altro, includono la natura dei prodotti o servizi e la posizione delle imprese interessate¹⁹⁸.

222. Tanto considerato, l'abuso in oggetto riguarda la mancata e ritardata trasmissione di informazioni indispensabili per l'espletamento della gara europea per l'affidamento dei servizi di TPL extraurbano su gomma nella Provincia di Bolzano e conseguentemente appare idoneo a ostacolare la concorrenza *per* il mercato che si sarebbe potuta sviluppare nell'ambito della Gara tra qualificati operatori sia nazionali sia stranieri attivi nell'offerta di servizi di trasporto pubblico locale.

223. Di conseguenza, la fattispecie oggetto del presente procedimento, risultando idonea ad arrecare pregiudizio al commercio tra Stati membri, deve essere valutata ai sensi dell'articolo 102 del TFUE.

IX. GRAVITÀ E DURATA DELL'INFRAZIONE

224. L'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90, prevede che l'Autorità, nei casi di infrazioni gravi, tenuto conto della loro gravità e durata, disponga l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino al dieci per cento del fatturato realizzato dall'impresa responsabile dell'infrazione nell'ultimo esercizio, considerate la gravità e la durata della stessa infrazione.

225. Alla luce dei principi della giurisprudenza comunitaria e nazionale, ai fini della valutazione della gravità dell'infrazione contestata, occorre tenere conto di una pluralità di elementi, tra i quali: la natura delle condotte, l'importanza delle imprese ed il contesto nel quale i comportamenti sono stati posti in essere¹⁹⁹.

226. Per quanto riguarda la gravità dell'abuso contestato, si rileva che il comportamento posto in essere da SAD, consistente nel rifiuto e nel ritardo di fornire informazioni indispensabili ai fini dell'indizione di gare competitive da parte della PAB e ai fini della partecipazione e della predisposizione di offerte concorrenziali da parte dei concorrenti,

¹⁹⁸ [Cfr. Corte di giustizia UE, sent. 11 luglio 2005, C-42/84, *Remia BV ed altri c. Commissione*; *Comunicazione della Commissione UE sulla nozione del pregiudizio al commercio fra Stati membri di cui agli articoli 81 e 82 Trattato CE (2004/C 101/07, in GUCE C 101/81 del 27 aprile 2004).*]

¹⁹⁹ [Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1970, C-45/69, *Boehringer Mannheim GmbH v. Commission*, punto 53, in *Raccolta 1970*, p. 769; ripresa e precisata nella sentenza 7 giugno 1983, cause riunite C-100-103/80, *Musique Diffusion Française*, in *Raccolta 1983*, p. 1825; e nella sentenza 9 novembre 1983, C-322/81, *Michelin*, in *Raccolta 1983*, p. 3461.]

integrano fattispecie di abuso suscettibili di causare un pregiudizio significativo alle dinamiche competitive che si esplicano nell'ambito delle procedure di affidamento gara.

227. Infatti, il comportamento di SAD è risultato idoneo ad ostacolare e ritardare la realizzazione della Gara e ha consentito alla società di estendere nel tempo la propria posizione di monopolio. Inoltre, le condotte sono risultate idonee a produrre effetti di natura escludente, alterando le dinamiche competitive delle gare e pregiudicando la partecipazione degli altri concorrenti nonché la possibilità degli stessi di competere efficacemente per l'aggiudicazione del servizio che non può prescindere dalla disponibilità di un *set* informativo completo al pari dell'*incumbent*.

228. Al fine di valutare la gravità dell'infrazione, rileva altresì la circostanza che SAD è monopolista legale nel mercato rilevante dal 1966²⁰⁰, in forza di affidamenti diretti, e che tali mercati sono per la prima volta saranno resi contendibili grazie all'espletamento di una gara per l'aggiudicazione del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma. L'unica forma di concorrenza possibile è, infatti, come più volte affermato, rappresentata da quella *per* il mercato in sede di gara.

229. Il comportamento ha, poi, interessato un'intera Provincia, quale quella di Bolzano, la cui gara riveste un'importanza assoluta in termini economici e strategici sia per gli attuali concessionari sia per gli operatori concorrenti, italiani e stranieri.

230. Si deve considerare che per costante giurisprudenza, perché una violazione delle norme poste a presidio della concorrenza si possa considerare intenzionale, non è necessario che l'impresa che la pone in essere sia stata conscia di trasgredire tali norme, ma è sufficiente che essa non potesse ignorare che il suo comportamento aveva come scopo la restrizione della concorrenza²⁰¹.

231. Nel caso di specie, non solo SAD non poteva ignorare il carattere illegittimo della propria condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della concorrenza, ma l'attività istruttoria ha dimostrato che essa ha scientemente posto in essere il proprio comportamento.

232. Peraltro, contrariamente a quanto sostiene SAD²⁰², il procedimento in esame non tratta di questioni nuove, dato che esistono altri precedenti dell'Autorità i quali, ancorché in altri settori, le hanno già affrontate e le hanno risolte con l'applicazione di una sanzione data la gravità della condotta²⁰³.

233. L'obiettivo anticoncorrenziale è stato peraltro pienamente raggiunto, posto che la Provincia ha bandito la Gara con ritardo e la condotta ha condotto al blocco di una procedura pubblica deputata all'affidamento di un servizio pubblico essenziale. Da questo punto di vista, come già esposto *supra*, l'annullamento della Gara il 6 luglio 2018 non ha azzerato il ritardo subito dalla procedura, dato che lo stesso, alla data dell'annullamento del bando, si era già prodotto. La condotta ha, dunque, prodotto degli effetti concreti.

234. Sulla base di quanto precede si ritiene, dunque, che il comportamento posto in essere da SAD debba essere qualificato come una violazione grave della disciplina posta a presidio della concorrenza.

235. Le altre argomentazioni di Parte adottate a dimostrazione della non gravità della condotta non sono suscettibili di revocare in dubbio tali conclusioni.

236. Innanzitutto, si ricorda che, per consolidata giurisprudenza, l'Autorità gode di ampia discrezionalità nel decidere se ammettere gli impegni a *market test*²⁰⁴. Inoltre, la contezza piena della gravità della condotta può emergere anche successivamente alla pubblicazione degli impegni, ad esito del *market test*. Sotto questo profilo, dunque, l'ammissione degli impegni presentati da SAD al *market test* non comporta alcun legittimo affidamento circa la valutazione di gravità della condotta da essa posta in essere da parte dell'Autorità o contraddizione nella valutazione dell'Autorità medesima.

237. Neanche la trasmissione di tutte le informazioni richieste il 16 marzo 2018 e il fatto che il procedimento in esame ha ad oggetto condotte poste in essere in passato, come rileva SAD²⁰⁵, può far venir meno la gravità della condotta, dal momento che il comportamento finalmente collaborativo messo in atto nel corso del sub-procedimento cautelare costituiva semplicemente l'adempimento di un obbligo di legge, faticosamente ottenuto dopo circa un mese di interlocuzioni avvenute nel corso del richiamato sub-procedimento.

238. Quanto alla durata del comportamento contestato, si osserva preliminarmente che il rifiuto può dirsi iniziato una volta trascorso il termine di trenta giorni posto dalla richiesta di informazioni inoltrata dalla PAB il 20 febbraio 2017, ovvero dunque dal 20 marzo 2017.

239. Il comportamento di SAD nei confronti della PAB è cessato in data 16 marzo 2018, ovvero quando la società ha comunicato all'Ente affidante tutte le informazioni richieste.

²⁰⁰ [V. il doc. 132.]

²⁰¹ [Cfr. Corte di giustizia CE 8 novembre 1983, IAZ punto 35; Tribunale CE 6 aprile 1995 causa T-141/89, Trefileurope, punto 176 e 14 maggio 1998, causa T310/94 Gruber + Weber, punto 259; 12 luglio 2001, British Sugar, punto 127.]

²⁰² [V. i docc. 129 e 132, all. 4.]

²⁰³ [V. il provv. 23114 del 14 dicembre 2011 – A432 – Comuni Vari – Espletamento gare affidamento servizio distribuzione gas; provv. 23396 del 14 marzo 2012 – A433 – Affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti solidi urbani nel Comune di Messina.]

²⁰⁴ [Cfr. Corte Giust., 29 giugno 2010, in causa C-441/07, Commissione c. Alrosa; nella giurisprudenza nazionale v., ex multis, Cons. Stato, 15 maggio 2015, n. 2479; Cons. Stato, 22 settembre 2014, n. 4773.]

²⁰⁵ [V. i docc. 129 e 132, all. 4.]

240. Pertanto, nel caso di specie il comportamento abusivo è durato 11 mesi e 26 giorni (dal 20 marzo 2017 al 16 marzo 2018).

X. QUANTIFICAZIONE DELLA SANZIONE

241. Una volta accertate la gravità e la durata delle infrazioni poste in essere da SAD, ai fini dell'individuazione dei criteri di quantificazione, occorre tenere presente quanto previsto dall'articolo 11 della legge n. 689/1981, come richiamato dall'articolo 31 della legge n. 287/90, nonché i criteri interpretativi enucleati nelle *"Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90"* (di seguito, *"Linee Guida"*), deliberate dall'Autorità il 22 ottobre 2014.

242. Alla luce dei punti 7 e seguenti delle Linee Guida, l'importo di base della sanzione si ottiene moltiplicando una percentuale del valore delle vendite, determinata in funzione del livello di gravità dell'infrazione, alla durata della partecipazione di ciascuna impresa all'infrazione. A sua volta il valore delle vendite coincide con il valore delle vendite dei beni o servizi oggetto, direttamente o indirettamente, dell'infrazione, realizzate dall'impresa nel mercato/i rilevante/i nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione.

243. In particolare, nel caso di specie, si prende a riferimento il valore delle vendite dei servizi interessati, ossia il fatturato realizzato da SAD nell'ultimo anno intero di partecipazione alla stessa infrazione, ovvero nel 2017, nel mercato relativo all'insieme delle linee di trasporto incluse nella concessione di cui essa è titolare per lo svolgimento del servizio di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia di Bolzano. Il fatturato specifico dei servizi cui si riferisce l'infrazione è complessivamente pari a *[0-50 milioni di]* euro²⁰⁶, mentre il fatturato complessivamente realizzato in Italia da SAD nel 2017 ammonta a 82,5 milioni di euro circa.

244. Ai fini della determinazione dell'importo base della sanzione, al valore delle vendite come sopra determinato potrà essere applicata una specifica percentuale individuata in funzione della gravità della violazione. Secondo le Linee Guida, in particolare, la proporzione considerata deve essere fissata ad un livello che può raggiungere il 30% del valore delle vendite, *"in funzione del grado di gravità della violazione"* (punto 11).

245. Secondo la consolidata giurisprudenza eurounitaria e nazionale, per valutare la gravità di un'infrazione si deve tenere conto di diversi fattori il cui carattere e la cui importanza variano a seconda del tipo di infrazione e delle circostanze particolari della stessa. Tra questi rilevano principalmente la natura della restrizione della concorrenza, il ruolo e la rappresentatività sul mercato delle imprese coinvolte, il comportamento delle imprese coinvolte e le eventuali iniziative volte a eliminare o attenuare le conseguenze delle violazioni²⁰⁷.

246. Relativamente alla gravità dell'infrazione, nel richiamare le considerazioni già svolte, occorre tener conto del fatto che SAD è un operatore di medie dimensioni che dispone delle conoscenze giuridiche ed economiche necessarie per conoscere il carattere illegittimo della propria condotta e le conseguenze che ne derivano dal punto di vista della concorrenza.

247. Si rileva, altresì, che l'infrazione in esame, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie per la realizzazione di una procedura di gara competitiva in mercati per la prima volta resi contendibili dopo circa cinquanta anni, costituisce un abuso di carattere escludente che, tenuto conto del contesto e degli effetti, si connota come una violazione grave della disciplina *antitrust*.

248. Sulla base di quanto esposto e applicando i criteri illustrati, l'importo-base della sanzione è stato fissato nella misura di *[0-5 milioni di]* euro, che rappresenta il *[0-5]%* del valore delle vendite dei beni a cui si riferisce. Moltiplicando tale importo base per il periodo di durata dell'infrazione, considerato pari a poco meno di un anno (e specificamente 11 mesi e 26 giorni), si è ottenuto un importo di 1.147.275 euro.

249. In considerazione di quanto sopra, l'importo finale della sanzione è fissato nella misura di 1.147.275 euro.

RITENUTA la completezza dell'istruttoria svolta e la non necessarietà del supplemento istruttorio richiesto SAD – trasporto Locale S.p.A. con istanza dell'11 marzo 2019, in quanto attinenti ad accertamenti istruttori già svolti;

RITENUTO che dal 20 marzo 2017 al 16 marzo 2018 SAD – Trasporto Locale S.p.A. abbia posto in essere un abuso di posizione dominante nel mercato dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma nella Provincia Autonoma di Bolzano, in violazione dell'articolo 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea;

Tutto ciò premesso e considerato;

DELIBERA

a) di rigettare l'istanza istruttoria di SAD – Trasporto Locale S.p.A.;

²⁰⁶ *[Nella presente versione alcuni dati sono omessi, in quanto si sono ritenuti sussistenti elementi di riservatezza o di segretezza delle informazioni.]*

²⁰⁷ *[Cfr., a titolo esemplificativo, Consiglio di Stato, sentenze del 9 febbraio 2011, n. 896 e del 16 settembre 2011, nn. 5171 e 5172, in relazione al caso 1694 – Listino prezzi della pasta.]*

b) che la società SAD – Trasporto Locale S.p.A. ha posto in essere un abuso di posizione dominante contrario all'articolo 102 del TFUE, consistente nel ritardo e rifiuto di fornire informazioni necessarie ai fini della realizzazione della procedura competitiva per il nuovo affidamento dei servizi di trasporto pubblico extraurbano di passeggeri su gomma;

c) che la società SAD – Trasporto Locale S.p.A. si astenga in futuro dal porre in essere comportamenti analoghi a quelli oggetto dell'infrazione accertata al punto b);

d) che, in ragione della gravità e durata delle infrazioni di cui al punto b), alla società SAD – Trasporto Locale S.p.A. venga applicata una sanzione amministrativa pecuniaria complessiva pari a 1.147.275 euro (unmilionecentoquarantasettemiladuecentosettantacinque euro).

La sanzione amministrativa di cui alla precedente lettera d) deve essere pagata entro il termine di novanta giorni dalla notificazione del presente provvedimento, utilizzando l'allegato modello F24 con elementi identificativi, di cui al Decreto Legislativo n. 241/1997. Tale modello può essere presentato in formato cartaceo presso gli sportelli delle banche, di Poste Italiane S.p.A. e degli Agenti della Riscossione. In alternativa, il modello può essere presentato telematicamente, con addebito sul proprio conto corrente bancario o postale, attraverso i servizi di *home-banking* e CBI messi a disposizione dalle banche o da Poste Italiane S.p.A., ovvero utilizzando i servizi telematici dell'Agenzia delle Entrate, disponibili sul sito *internet www.agenziaentrate.gov.it*.

Ai sensi dell'articolo 37, comma 49, del decreto-legge n. 223/2006, i soggetti titolari di partita IVA, sono obbligati a presentare il modello F24 con modalità telematiche.

Decorso il predetto termine, per il periodo di ritardo inferiore ad un semestre, devono essere corrisposti gli interessi di mora nella misura del tasso legale a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino alla data del pagamento. In caso di ulteriore ritardo nell'adempimento, ai sensi dell'articolo 27, comma 6, della legge n. 689/81, la somma dovuta per la sanzione irrogata è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine del pagamento e sino a quello in cui il ruolo è trasmesso al concessionario per la riscossione; in tal caso la maggiorazione assorbe gli interessi di mora maturati nel medesimo periodo.

Degli avvenuti pagamenti deve essere data immediata comunicazione all'Autorità, attraverso l'invio di copia del modello attestante il versamento effettuato.

Ai sensi dell'articolo 26 della medesima legge, le imprese che si trovano in condizioni economiche disagiate possono richiedere il pagamento rateale della sanzione.

Il presente provvedimento sarà notificato ai soggetti interessati e pubblicato nel Bollettino dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

Avverso il presente provvedimento può essere presentato ricorso al TAR del Lazio, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, lettera b), del Codice del processo amministrativo (Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n. 104), entro sessanta giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso, fatti salvi i maggiori termini di cui all'articolo 41, comma 5, del Codice del processo amministrativo, ovvero può essere proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ai sensi dell'articolo 8 del Decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 entro il termine di centoventi giorni dalla data di notificazione del provvedimento stesso.

IL SEGRETARIO GENERALE
Filippo Arena

IL PRESIDENTE *f.f.*
Gabriella Muscolo