

N. 01548/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00525/2016 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 525 del 2016, proposto da: Mobit società consortile a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Bianchi, Massimo Malena, Mario Siragusa, Pietro Merlino e Pier Luigi Santoro, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Firenze, via dei Conti 3;

contro

Regione Toscana, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Lucia Bora e Luciana Caso, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Regione in Firenze, piazza dell'Unità Italiana 1;

nei confronti di

Autolinee Toscane S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Morbidelli, Massimiliano Lombardo e Giannalberto Mazzei, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, via Lamarmora 14;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Régie Autonome des Transports Parisiens – R.A.T.P., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Philippe Delelis, Eric Morgan De Rivery e Stefano Macchi Di Cellere, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Morbidelli in Firenze, via Lamarmora 14;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento della Regione Toscana n. 973 datato 2.03.2016, con il quale è stata definitivamente aggiudicata ad **Autolinee Toscane** S.p.A. la gara (CIG 376562540D) per l'affidamento in concessione di servizi di trasporto pubblico locale nell'Ambito territoriale ottimale coincidente con il territorio della **Toscane** Toscana;
- della relazione del gruppo di lavoro interdirezionale della Regione Toscana del 2.03.2016, richiamata dal provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- dei verbali della Commissione giudicatrice, del Presidente di gara, del Responsabile del procedimento e di ogni altro verbale inerente le operazioni di gara, nessuno escluso ed eccettuato, e segnatamente il verbale della Commissione giudicatrice del 17.11.2015;
- della nota della Direzione Politiche Mobilità, Infrastrutture e Trasporto Pubblico Locale della Regione Toscana del 24.03.2016;
- dell'avviso di gara pubblicato sulla GUCE GU/S S194 del 5.10.2013 per integrazione e riapertura dei termini del precedente avviso pubblicato sulla GU 5 serie speciale n. 99 del 27.08.2012 avente oggetto "la individuazione degli operatori economici ai sensi dell'art. 30 del D.Lgs. n. 163/2006", con richiesta di "manifestare l'interesse ad essere invitati alla procedura per l'affidamento in concessione di servizi di trasporto pubblico locale nell'Ambito territoriale ottimale

della Regione Toscana (cod. CIG 3765525dD)", nonché del precedente avviso predetto;

- della lettera di invito prot. A00/GRT0279987/0.60.10 del 13.11.2014 e relativi allegati;

- di ogni altro atto connesso, presupposto, antecedente e consequenziale, ancorché allo stato non conosciuto, tra cui espressamente l'avviso pubblico sulla GU 5 serie speciale n. 99 del 27.8.2012 e le delibere di Giunta regionale nn. 612/2012, 129/2013, 3794/2013, 391/2014, 897/2014, 5085/2014, 170/2015, 1099/2015, 1858/2015 e 2634/2015;

e per l'accertamento del diritto della società ricorrente al conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto della gara *de qua* ovvero, in subordine, del diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana e della controinteressata **Autolinee Toscane** S.p.a.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

Visto l'intervento *ad opponendum* della Régie Autonome des Transports Parisiens – R.A.T.P.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 settembre 2016 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Mobit, società consortile che riunisce diverse imprese operanti nel settore, ha partecipato alla procedura indetta dalla Regione Toscana, con avviso pubblicato in

G.U.C.E. il 5 ottobre 2013 e lettera di invito del 13 novembre 2014, per l'affidamento in concessione dei servizi di trasporto pubblico locale sul suo territorio. Con l'avvio della gara la Regione ha inteso dare attuazione a quanto da essa previsto con legge n. 65/2010, la quale stabilisce che, a decorrere dal 1 gennaio 2012, l'ambito territoriale ottimale per lo svolgimento delle funzioni in materia di TPL coincide con l'intero territorio regionale, venendo così superati i precedenti ambiti territoriali su base provinciale.

Gli inviti a presentare le offerte sono stati indirizzati dalla Regione agli unici due soggetti che avevano manifestato interesse a partecipare alla procedura, vale a dire la stessa Mobit e **Autolinee Toscane** (di seguito, anche A.T.) S.p.a..

Il 24 novembre 2015 la gara è stata provvisoriamente aggiudicata ad **Autolinee Toscane**, con il punteggio totale di 99,53870936 contro i 94,02686996 di Mobit. I punteggi parziali vedono A.T. prevalere per l'offerta economica (40 punti contro 34,02686996) e Mobit per quella tecnica (60 punti contro 59,53870936).

L'aggiudicazione definitiva è stata disposta il 2 marzo 2016.

1.1. Con ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 2 e depositato il 15 aprile 2016, Mobit ha impugnato l'aggiudicazione della procedura e ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, sulla scorta di dodici motivi in diritto, volti a far valere l'illegittimità della partecipazione alla gara della controinteressata A.T. e i vizi dell'offerta vincitrice (motivi I – VII), nonché, in subordine, l'illegittimità dell'intera procedura (motivi VIII – XII).

Nella camera di consiglio del 4 maggio 2016, il collegio ha respinto, valutando insussistente il pericolo nel ritardo, la domanda cautelare proposta dalla ricorrente, contestualmente riservandosi l'adozione dei provvedimenti occorrenti per assicurare la completezza dell'istruttoria.

La riserva è stata sciolta in esito a un supplemento di trattazione in sede camerale, disposto allo scopo di tenere conto del ricorso incidentale frattanto depositato

dalla controinteressata, e avente, al pari del ricorso principale, effetti potenzialmente escludenti dell'offerta avversaria. Con ordinanza del 13 giugno 2016, il tribunale ha quindi stabilito procedersi a consulenza tecnica d'ufficio, nonché all'acquisizione, nella forma del deposito congiunto ad opera delle parti, delle norme di diritto straniero di interesse ai fini della decisione, con relativa traduzione.

1.2. Esperita la C.T.U. ed eseguito il deposito ordinato dal tribunale, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 21 settembre 2016, preceduta dall'intervento in giudizio, *ad opponendum*, della *Régie Autonome des Transports Parisiens*– R.A.T.P., ente pubblico istituito e controllato dallo Stato francese che, attraverso R.A.T.P. DEV S.A. e R.A.T.P. DEV Italia S.r.l., controlla a sua volta la controinteressata **Autolinee Toscane**.

Tutte le parti hanno depositato documenti, memorie difensive e repliche ai sensi dell'art. 73 co. 1 c.p.a..

2. Si è accennato che le censure articolate con il ricorso principale investono, in prima battuta, l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria **Autolinee Toscane** e, comunque, la mancata esclusione della sua offerta, asseritamente non rispondente ai requisiti prescritti dalla lettera di invito a pena di esclusione.

Specularmente, il ricorso incidentale contiene censure dirette a far valere, per l'ipotesi di accoglimento dell'impugnazione principale, l'illegittima ammissione alla gara di Mobit, unitamente ai presunti vizi escludenti dell'offerta da essa presentata.

2.1. Seguendo la tassonomia elaborata dall'Adunanza Plenaria con la nota sentenza n. 9 del 25 febbraio 2014, che recepisce le indicazioni provenienti dal giudice sovranazionale (Corte di Giustizia UE, sez. X, 4 luglio 2013, C100/12 "Fastweb"), le contrapposte impugnazioni sottopongono all'esame del giudice vizi che si pongono fra loro in rapporto di "simmetria escludente". La peculiarità della fattispecie risiede nella circostanza che le censure escludenti più radicali sono

quelle con cui la ricorrente principale contesta sul piano della mancanza dei requisiti soggettivi la partecipazione alla gara della controinteressata, la quale vi replica con motivi incidentali corrispondenti, ma subordinati; il che giustifica – nell’ordine logico della trattazione – l’esame prioritario del ricorso principale di Mobit.

Nondimeno, in virtù della evidenziata simmetria escludente, ambedue le impugnazioni dovranno essere esaminate, e la conclusione è rafforzata alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza europea, la quale è giunta ad affermare che l’obbligo del giudice di provvedere sia sul ricorso incidentale, sia sul ricorso principale, prescinde dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura oggetto di lite e dalla natura dei vizi escludenti reciprocamente dedotti dalle parti (cfr. Corte giustizia UE, Grande sezione, 5 aprile 2016, n. 689 “Puligienica”). Spunto colto dalla giurisprudenza nazionale, la quale ha precisato, peraltro, come la doverosità dell’esame congiunto delle impugnazioni incrociate sia condizionata alla configurabilità di un vantaggio, anche mediato e strumentale, che residui alla parte soccombente dinanzi al gravame altrui in dipendenza dell’accoglimento del proprio gravame (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708): e qui non è dubbio che, se pure fossero accolte le censure articolate da Mobit avverso l’ammissione alla gara di A.T., quest’ultima vanterebbe comunque l’interesse strumentale alla decisione non solo sui motivi di ricorso incidentale proposti, in subordine, avverso la partecipazione di Mobit alla procedura, ma anche a quelli, non subordinati, inerenti la mancata esclusione dell’offerta della ricorrente principale.

3. Nel merito, con il primo motivo di cui al ricorso principale Mobit deduce che l’aggiudicataria **Autolinee Toscane** avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in forza del divieto di partecipazione sancito dall’art. 5 par. 2 del Regolamento CE n. 1370/2007 a carico degli “operatori interni”, vale a dire degli affidatari diretti di

servizi di trasporto all'interno di un determinato territorio, in virtù di affidamento proveniente da una "autorità competente a livello locale".

La R.A.T.P., che controlla interamente **Autolinee Toscane**, in Francia sarebbe titolare per legge dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico locale nella regione dell'Île-de-France. Essa, pertanto, ai fini del citato Regolamento n. 1370/2007 dovrebbe essere qualificata come "operatore interno", ovvero affidatario *in house* sottoposto al "controllo analogo" dello Stato francese e, come tale, essere esclusa dalla partecipazione a procedure di gara per la fornitura di servizi di TPL indette al di fuori della circoscrizione territoriale di appartenenza.

Mobit critica altresì gli argomenti spesi in sede procedimentale dalla Regione Toscana per giustificare la mancata esclusione di A.T., facenti leva sulla identificazione della "autorità competente", titolare del controllo su R.A.T.P., non nello Stato francese, bensì in S.T.I.F. (*Syndicat des transports d'Île-de-France*), ente amministrativo operante come autorità organizzatrice dei trasporti pubblici locali nell'area parigina, in capo al quale non sarebbe configurabile una posizione di controllo analogo su R.A.T.P..

Sostiene, per contro, la ricorrente principale che, anche a voler ammettere che S.T.I.F. abbia un potere di intervento sui servizi di trasporto affidati a R.A.T.P., non per questo sarebbe venuto meno l'assai maggiore potere di intervento dello Stato, unico soggetto a poter disporre del titolo dell'affidamento, al punto da averne fissato per legge, da ultimo, anche la scadenza. Seguendo la tesi regionale, insiste Mobit, sarebbe sufficiente attribuire un qualsiasi potere di intervento a un ente formalmente diverso da quello che esercita il controllo analogo sull'affidatario del servizio, per eludere il divieto di partecipazione stabilito dall'art. 5 par. 2 del Regolamento n. 1370/2007 (di seguito, anche "il Regolamento").

Con il secondo motivo, la società ricorrente afferma che, anche a voler ritenere inapplicabile alla controinteressata il divieto stabilito dalla disciplina europea, la

partecipazione di A.T. alla gara in questione sarebbe comunque impedita dalla condizione ostativa di cui all'art. 18 co. 2 lett. a) del D.Lgs. n. 422/1997, e successive modificazioni, che vieta di partecipare alle procedure per l'affidamento di servizi di trasporto pubblico locale le società, nonché le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8 par. 3 del Regolamento CE n. 1370/2007, e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019.

L'affidamento diretto di cui gode in Francia R.A.T.P., controllante di **Autolinee Toscane**, non solo non rientrerebbe in alcuna delle ipotesi di affidamento diretto residualmente consentite dall'art. 5 del Regolamento cit., ma – avendo per legge scadenza al 31 dicembre 2039 – non potrebbe considerarsi conforme al regime transitorio disciplinato dall'art. 8 par. 3 dello stesso Regolamento; e, sempre in virtù della durata eccessiva, neppure risponderebbe alle condizioni di partecipazione richieste dal legislatore italiano.

Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta che A.T. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per avervi partecipato mediante avvalimento dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria di R.A.T.P.. Questa sarebbe a tutti gli effetti il concorrente sostanziale, mentre A.T. interverrebbe nella gara quale mero “veicolo societario”, costituendo il contratto di avvalimento il mezzo per eludere i già visti divieti di partecipazione gravanti sull'operatore straniero.

3.1. La prospettazione di Mobit è respinta dalla Regione Toscana e dalla controinteressata A.T., le quali, anche in questa sede giurisdizionale, ribadiscono come R.A.T.P. svolga il servizio di trasporto pubblico locale nell'area dell'*Île-de-France* in favore non dello Stato francese, ma di S.T.I.F., ente pubblico locale senza rapporti di strumentalità, ovvero di delegazione o di controllo, con lo Stato. S.T.I.F., unica autorità regolatrice del servizio di T.P.L. nell'*Île-de-France* (“autorità locale”), non eserciterebbe alcuna forma di controllo analogo su R.A.T.P., che,

pertanto, non potrebbe qualificarsi come “operatore interno” a norma della disciplina europea invocata dalla ricorrente.

In ogni caso, gli affidamenti di cui R.A.T.P. è titolare in Francia sarebbero conformi alle condizioni stabilite dalla disciplina transitoria di cui all’art. 8 par. 3 lett. b) del Regolamento n. 1370/2007, perché disposti in epoca anteriore al 26 luglio 2000 in forza di un titolo giuridico legittimo e conforme sia al diritto nazionale francese, sia al diritto europeo all’epoca vigente. Quegli affidamenti, dunque, potrebbero restare in vigore per i trent’anni previsti dalla norma, e in questo senso avrebbe provveduto lo stesso legislatore francese, fissando le scadenze massime di tutti gli affidamenti riconducibili al regime transitorio dettato dalla disciplina europea nel rispetto del menzionato termine trentennale, a decorrere dalla data di entrata in vigore del Regolamento n. 1370 (3 dicembre 2019: la discrasia fra la data ricavabile dalla disciplina europea e quella indicata dal legislatore francese nel 31 dicembre 2039 non farebbe venire meno in capo a R.A.T.P. la ricorrenza dei presupposti stabiliti dall’art. 8 par. 3 lett. b) del Regolamento, né comunque potrebbe darsi rilievo, ai fini del giudizio di non conformità dell’affidamento di R.A.T.P. alle caratteristiche richieste per la sottoposizione al regime transitorio, a una differenza di soli ventotto giorni.

La conformità degli affidamenti francesi di R.A.T.P. alla disciplina europea implicherebbe altresì la sottrazione al divieto di partecipazione previsto in Italia dall’art. 18 del D.Lgs. n. 422/1997, in relazione al quale diverrebbe irrilevante l’eventuale durata eccedente il termine del 3 dicembre 2019.

Difese analoghe sono svolte dall’interveniente R.A.T.P. quanto alla conformità del contratto di servizio di trasporto pubblico di cui essa è titolare nell’*Île-de-France* e alla sua irriducibilità alla nozione europea di “operatore interno” soggetto al controllo analogo di una “autorità competente a livello locale”.

Mobit replica riprendendo un argomento già speso in ricorso per confutare la

posizione assunta da A.T. nel procedimento incardinato dinanzi all'A.N.A.C. anteriormente al presente giudizio. Essa, cioè, contesta la tesi delle difese resistenti secondo cui il divieto di partecipazione alle gare *extra moenia*, stabilito dall'art. 5 par. 2 del Regolamento n. 1370/2007, non si applicherebbe ai titolari di affidamenti rientranti nelle tipologie individuate dall'art. 8 par. 3 dello stesso Regolamento. La stessa Commissione europea avrebbe chiarito, in sede di "Orientamenti interpretativi", che il periodo transitorio ordinario previsto dal Regolamento si applica alla sola fattispecie disciplinata dall'art. 5 par. 3, mentre l'art. 8 par. 3 andrebbe necessariamente inteso nel senso che gli affidamenti da esso indicati non sono soggetti all'obbligo di gara a partire dal 3 dicembre 2019, ferma restando l'applicabilità del divieto di partecipazione alle gare *extra moenia* per gli operatori interni.

3.2. Le censure, che saranno esaminate congiuntamente, sono infondate.

3.2.1. La lettera di invito con cui è stata avviata la procedura per la scelta del primo concessionario unico del servizio di T.P.L. nel bacino territoriale regionale toscano prevede, fra i requisiti generali di partecipazione, il non incorrere in alcuna "*delle condizioni ostative di cui all'art. 5 del Regolamento CE n. 1370/2007, così come attuato dall'art. 18 del D.Lgs. 19.11.1997 n. 422 e ss. mm. ii.*". La relazione esistente, nella materia del trasporto pubblico locale, tra le fonti legislative interne e quelle di derivazione europea, adombrata nella lettera di invito, necessita di essere ricostruita in termini meno ellittici.

3.2.1.1 In Italia, la disciplina del TPL, tradizionalmente improntata a un diffuso intervento pubblico e caratterizzata dal ricorso al modello concessorio, ha conosciuto anch'essa la sua stagione riformatrice, nel segno del principio di concorrenza, per opera della legge n. 59/1997 (c.d. "legge Bassanini"), il cui art. 4 contiene la delega al Governo per il superamento degli assetti monopolistici e l'introduzione di regole, appunto, di concorrenzialità nell'affidamento dei servizi.

Il D.Lgs. n. 422/1997 (*“Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale”*), attuativo della delega, ha pertanto previsto all’art. 18 – nel suo testo originario – che l’affidamento dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale garantisse *“il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio o dei soci privati delle società che gestiscono i servizi, sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all’art. 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi e sulla costituzione delle società miste”*. Pur sottoponendola ad alcune limitazioni, il legislatore delegato non aveva peraltro inteso escludere la possibilità dell’autoproduzione, che continuava ad essere consentita nelle forme della gestione diretta o dell’affidamento diretto a consorzi di enti locali o ad aziende speciali.

Tale possibilità è venuta meno per effetto delle modifiche apportate all’art. 18 cit. dall’art. 1 co. 6 del D.Lgs. n. 400/1999 (*“Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 [...]”*), che ha espunto i riferimenti alle ipotesi di gestione o affidamento diretto, al contempo puntualizzando i requisiti occorrenti per la partecipazione alle procedure per la scelta del gestore del servizio, dalle quali venivano escluse le *“società che, in Italia o all’estero, gestiscono servizi in affidamento diretto o attraverso procedure non ad evidenza pubblica, e delle società dalle stesse controllate”*.

L’art. 18 del D.Lgs. n. 422/1997 ha poi subito ripetuti rimaneggiamenti – per opera della legge n. 166/2002, del D. L. n. 355/2003 convertito in legge n. 47/2004, della legge n. 266/2005, del D.L. n. 300/2006 convertito in legge n. 17/2007 – restando però immutato quanto agli aspetti che qui interessano, vale a dire modalità di gestione del servizio previo ricorso a procedure concorsuali per la scelta del gestore e individuazione dei soggetti esclusi dalla partecipazione a dette procedure.

3.2.2. Parallelamente, sul versante europeo la disciplina di settore era affidata al Regolamento n. 1191/1969 (*“Regolamento del Consiglio relativo all’azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti”*).

per ferrovia, su strada e per via navigabile”), silente circa delle modalità di affidamento dei servizi di trasporto locale, essendo in prima battuta volto a eliminare le possibili distorsioni della concorrenza create dall'imposizione, a carico delle imprese di trasporto, di obblighi di servizio da parte degli Stati nazionali.

Se, pertanto, nessuna spinta liberalizzatrice era ravvisabile nella normativa sovranazionale, a quell'epoca la legislazione italiana si caratterizzava per una più decisa apertura alla concorrenza attraverso la concessione di diritti di esclusiva a seguito di gare rispondenti alla disciplina dettata per gli appalti pubblici di servizio, salvo, poi, tale apertura non essersi tradotta, per lungo tempo, nell'effettivo superamento dei monopoli esistenti (e questo per ragioni solo in parte imputabili alle incertezze ingenerate dalle notorie e ancora non del tutto risolte vicende che hanno interessato la legislazione interna in materia di servizi pubblici locali).

La situazione appena descritta è sostanzialmente mutata per effetto dell'avvento del Regolamento europeo n. 1370/2007 (concernente, come detto i “*servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70*”); esso, all'esito di un lungo e complesso percorso politico (la prima proposta, da parte della Commissione risale al 26 luglio 2000), ha preso atto dell'avvenuto passaggio da una situazione protezionistica, di tendenziale chiusura dei mercati nazionali e assenza di concorrenza transnazionale, a una situazione di apertura al mercato da parte di alcuni degli Stati membri; da cui la necessità di aggiornare il quadro normativo comunitario per fare fronte alla sopravvenuta eterogeneità di legislazioni e di procedure di gestione e affidamento dei servizi di TPL, e all'incertezza giuridica determinata dall'assenza di una disciplina europea sulle modalità di aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico (si veda il “considerando” 6 del Regolamento).

Le modalità di aggiudicazione dei contratti di servizio di trasporto pubblico sono stabilite dall'art. 5 del Regolamento, che al paragrafo 3 pone la regola

dell'esternalizzazione mediante affidamento all'esito di procedure di gara eque, aperte a tutti gli operatori e rispettose dei principi di trasparenza e di non discriminazione.

La regola è affiancata dall'eccezione – che i legislatori nazionali hanno facoltà di vietare – del ricorso all'autoproduzione tramite gestione diretta o affidamento diretto: il paragrafo 2 del medesimo art. 5 stabilisce infatti, per quanto qui interessa, che le autorità competenti a livello locale (cioè l'amministrazione, o il gruppo di amministrazioni pubbliche, o qualsiasi altro organismo investito del potere di intervenire in una zona geografica determinata: art. 2 lett. b) e c) del Regolamento) *“hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture”*.

La stessa norma, alla lettera a), chiarisce quali siano i presupposti perché possa configurarsi il “controllo analogo” fra l'autorità competente a livello locale e il soggetto, da essa formalmente distinto, cui si intenda aggiudicare direttamente il servizio, richiamando nei contenuti la definizione di “operatore interno” già fornita dal precedente art. 2 lett. j) del Regolamento; e, alla lettera b), subordina la possibilità dell'affidamento diretto alla condizione che *“l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto [...] all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale [...] e non partecipino a procedure di gara [...] fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale”*.

Il divieto di partecipazione alle gare extraterritoriali è confermato dalla successiva lett. d) dello stesso art. 5 par. 2 a carico degli operatori interni dipendenti da un'autorità non locale, ma nazionale, ma parzialmente derogato dalla precedente lettera c), che consente agli operatori interni di partecipare a una procedura di gara equa *“da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione*

diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta”.

A sua volta, la figura dell'operatore interno è tratteggiata dal Regolamento n. 1370/2007 mutuando le caratteristiche enucleate dalla giurisprudenza europea per delineare l'istituto dell'*in house providing*.

Il diritto europeo, infatti, non rifiuta l'autoproduzione di beni e servizi da parte delle autorità pubbliche, le quali a tal fine possono anche avvalersi dell'affidamento a entità giuridicamente distinte, purché su di esse l'autorità interessata eserciti un “controllo analogo” a quello esercitato sui propri servizi e tale entità realizzi la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o con le amministrazioni aggiudicatrici che la controllano.

Il divieto di partecipazione alle gare extraterritoriali, posto dall'art. 5 par. 2 del Regolamento, sembra proprio riflettere il requisito della strumentalità dell'operatore *in house*, che solo in via del tutto marginale può svolgere attività diverse da quelle affidategli dall'amministrazione dalla quale dipende (fra le pronunce più significative al riguardo, cfr. Corte di Giustizia UE, 11 maggio 2006, C-340/04 “Carbotermo”). Sul punto, non pare inopportuno ricordare che sul tema del *quantum* di attività che gli operatori *in house* possono svolgere al di fuori dei compiti loro assegnati dall'amministrazione controllante, e della natura di tale attività, sarà da verificare l'impatto della recente disciplina europea in materia di contratti pubblici, secondo cui “oltre l'80 %” delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti istituzionali (art. 12 Direttiva 2014/12); ma non è questione pertinente in questa sede.

3.2.3. La (lenta) transizione verso il nuovo regime di concorrenza regolamentata nel settore dei trasporti pubblici è analiticamente governata dallo stesso Regolamento n. 1370/2007. All'art. 8, paragrafo 2, esso stabilisce infatti che “Fatto

salvo il paragrafo 3, l'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico di trasporto per ferrovia o su strada si conforma all'articolo 5 a decorrere dal 3 dicembre 2019. Durante tale periodo transitorio gli Stati membri adottano misure per conformarsi gradualmente all'articolo 5, al fine di evitare gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto”.

La ricorrente principale Mobit, lo si è detto, sostiene che il previsto differimento al 3 dicembre 2019 per l'adeguamento alle disposizioni del Regolamento riguarderebbe il solo obbligo di applicare procedure di gara aperte e trasparenti per l'affidamento dei servizi di T.P.L., sancito dall'art. 5 par. 3, ma non anche le regole inerenti l'affidamento a operatori interni; a sostegno della sua tesi invoca la comunicazione interpretativa della Commissione europea 2014/C 92/01, pubblicata sulla G.U.C.E. del 29 marzo 2014. Conseguentemente, la controinteressata A.T. incorrerebbe nel divieto di partecipazione ricadente, ai sensi dell'art. 5 par. 2 lett. b) del Regolamento, sulla controllante R.A.T.P., la quale presenterebbe i caratteri dell'operatore interno in virtù dell'affidamento diretto da parte di un'autorità locale della gestione del trasporto locale nella regione dell'Île-de-France.

Il collegio ritiene che la soluzione del problema circa la portata del regime transitorio così delineato debba e possa essere risolta non tanto in via di interpretazione della norma europea, quanto in ragione delle scelte tradotte in norme di diritto positivo dal legislatore nazionale a seguito dell'entrata in vigore del Regolamento.

Infatti l'art. 61 della legge n. 99/2009 (*“Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia”*) ha stabilito, con il dichiarato fine di armonizzare la disciplina interna a quella europea, che *“le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007.... Alle società che, in Italia o all'estero,*

risultino aggiudicatarie di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del predetto regolamento (CE) n. 1370/2007 non si applica l'esclusione di cui all'articolo 18, comma 2, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422”.

La previsione comporta, come si vede, la facoltà delle amministrazioni competenti di fare ricorso, nelle forme indicate dal legislatore europeo e in deroga alla (più rigorosa) disciplina di settore interna, all'autoproduzione non (più) consentita dall'art. 18 del D.Lgs. n. 422/1997. Si è così realizzato quello che è stato definito come un processo di armonizzazione “a ritroso”, nel senso che la sopravvenuta normativa europea è stata utilizzata dall'Italia in deroga alla regolamentazione nazionale più evoluta dal punto di vista concorrenziale: un esito non necessitato, giacché, secondo l'impostazione del legislatore europeo, il ricorso all'autoproduzione è ammissibile salvo che non sia vietato dalla legislazione nazionale (art. 5 par. 2 del Regolamento).

Non è dubitabile che il citato art. 61, autorizzando le amministrazioni competenti ad avvalersi della gestione diretta e dell'affidamento *in house*, abbia segnato da parte dell'Italia l'avvio del progressivo adeguamento all'art. 5 del Regolamento n. 1370/2007, il che implica l'adesione all'idea dell'immediata operatività delle norme ivi contenute, fatta eccezione per l'obbligo di esternalizzare con gara, tuttavia differito al 3 dicembre 2019. Il legislatore italiano offre, cioè, una lettura della disciplina transitoria dettata dall'art. 8 par. 2 del Regolamento che coincide, precedendola, con quella poi avallata dalla comunicazione interpretativa della Commissione europea del 2014, ove si legge che “L'obbligo imposto agli Stati membri di conformarsi gradualmente all'articolo 5 pare ragionevole solo se riferito all'obbligo di adottare procedure aperte, trasparenti, non discriminatorie e corrette nell'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico. Non ha infatti senso che gli Stati membri applichino «gradualmente» il concetto di operatore interno o le eccezioni definite ai paragrafi 4, 5 e 6 dell'articolo 5 del regolamento (CE) n.

1370/2007 se introducono disposizioni più accomodanti rispetto ai principi generali del trattato e alla giurisprudenza in materia”.

In immediata successione (anche se, a ben vedere, la legge n. 102/2009 di conversione del D.L. n. 78/2009, che vi ha introdotto l'art. 4-*bis*, è entrata in vigore il 5 agosto 2009, giorno successivo alla sua pubblicazione, mentre la legge n. 99/2009 è entrata in vigore a seguito dell'ordinario termine di vacanza, decorrente dalla pubblicazione in G.U. avvenuta il 31 luglio 2009: non è tuttavia il caso di approfondire il problema di diritto intertemporale determinato da tale circostanza) è altresì intervenuto l'art. 4-*bis* del predetto D.L. n. 78/2009, aggiunto dalla legge di conversione n. 102/2009. Secondo tale disposizione “[...] *le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 [...], devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo. Alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatarie di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano*”.

Se l'introduzione di una quota minima di servizi da esternalizzare mediante gara segna il parziale recupero della prospettiva che, già dal 1997, aveva inteso privilegiare il ricorso trasparente al mercato nell'affidamento dei servizi di T.P.L., il secondo periodo della norma rivela la preoccupazione di sanare un possibile profilo di incompatibilità dell'art. 61 l. n. 99/2009, pur da poco introdotto, con le regole europee, e, segnatamente con il divieto di partecipare alle gare *extra moenia* stabilito dall'art. 5 par. 2 lett. b) del Regolamento: nell'aprire la via alla scelta dell'autoproduzione, l'art. 61 aveva infatti sottratto al divieto di partecipazione sancito dall'art. 18 co. 2 lett. a) i soggetti che si fossero resi affidatari diretti dei

servizi in conformità alle previsioni del Regolamento, trascurando che lo stesso Regolamento aveva posto a carico di costoro un divieto di partecipazione extraterritoriale.

La circostanza che l'art. 61 l. n. 99/2009 e l'art. 4-*bis* D. L. n. 78/2009 abbiano anticipato l'entrata in vigore delle disposizioni di cui all'art. 5 par. 2 del Regolamento (o meglio, abbiano preso atto della loro immediata operatività), non autorizza, tuttavia, a concludere per l'applicabilità a R.A.T.P., e per essa ad **Autolinee Toscane**, del divieto di partecipazione di cui al più volte ricordato art. 5 par. 2 lett. b) del Regolamento. Il divieto inerisce, infatti, alla disciplina regolamentare a regime e vale, pertanto, solo per il futuro, riferendosi cioè agli affidamenti diretti disposti dalle autorità competenti (nella specie, quelle che gestiscono il servizio di TPL nell'area parigina) in applicazione del Regolamento, vale a dire dopo la sua entrata in vigore.

Conferma se ne ha nella normativa nazionale, e, segnatamente, nei citati artt. 61 e 4-*bis*, i quali riferiscono il divieto di partecipazione alle gare *extra moenia* alle società che risultino aggiudicatrici di contratti di servizio al di fuori di procedure a evidenza pubblica “*ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8 paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007*”, e tali società non possono che essere quelle i cui affidamenti sono posteriori al Regolamento.

D'altro canto, nel sistema del Regolamento n. 1370/2007, la sorte dei contratti di servizio pregressi costituisce oggetto di una apposita e separata norma transitoria, quella dell'art. 8 par. 3, sulla quale si tornerà, ma della quale si può dire sin da ora che, con alcuni correttivi, essa prevede che restino in vigore fino alla scadenza anche se successiva al termine del 3 dicembre 2019, data di entrata in vigore dell'obbligo della gara, purché aggiudicati in conformità al diritto comunitario e nazionale. *A contrario*, se ne desume che il Regolamento non tollera la sopravvivenza degli affidamenti anteriori al Regolamento e già in origine non

conformi al diritto comunitario e nazionale, destinati pertanto a cessare al più tardi il 3 dicembre 2019.

3.2.4. Vero è che R.A.T.P., in quanto titolare di un affidamento diretto non riconducibile alla disciplina dettata dagli artt. 5 par. 2 e 8 par. 2 del Regolamento n. 1370, all'indomani dell'entrata in vigore degli artt. 61 l. n. 99/2009 e 4-*bis* D.L. n. 78/2009 continuava a soggiacere al divieto assoluto di partecipazione alle gare (non solo *extra moenia*) contenuto nell'art. 18 co. 2 lett. a) del D.Lgs. n. 422/1997. Divieto rafforzato, ancora nell'anno 2009, dal D. L. n. 135, che, modificando l'art. 23-*bis* del D. L. n. 112/2008, aveva escluso le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, titolari, in Italia o all'estero, della gestione di servizi pubblici locali per affidamento diretto o al di fuori di una procedura a evidenza pubblica, a qualsiasi titolo (di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto), dall'acquisizione della gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, nonché dallo svolgimento di servizi o attività per altri enti pubblici o privati, anche mediante la partecipazione a gare.

Caduto, a seguito di abrogazione referendaria, l'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008 (D.P.R. n. 113/2011), sulla materia si è riespansa la disciplina di cui all'art. 18 D.Lgs. n. 422/1997 con il menzionato divieto di partecipazione a gare, almeno fino al 31 dicembre 2013.

Con decorrenza dal 1 gennaio 2014, l'art. 1 co. 556 della legge di stabilità n. 147/2013 ha infatti modificato la lettera a) dell'art. 18 co. 2 del D.Lgs. n. 422/1997, stabilendo, in luogo del previgente generalizzato divieto di partecipazione alle gare a carico dei gestori in affidamento diretto, o comunque fuori da una procedura a evidenza pubblica, l'esclusione dalle gare delle società, nonché delle loro controllanti, collegate e controllate, che siano in Italia o all'estero destinatarie di affidamenti “*non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo*

3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 [...] e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019”.

Ad avviso della società ricorrente, l'affidamento di R.A.T.P. incorrerebbe nella nuova formulazione del divieto, poiché l'affidamento diretto da essa gestito eccede il termine massimo del 3 dicembre 2019, essendo stato prorogato dal legislatore francese sino al 31 dicembre 2039.

Le difese resistenti, a loro volta, sostengono che il nuovo testo dell'art. 18 co. 2 lett. a) del D.Lgs. n. 422/1997, se inteso come implicante l'introduzione, da parte del legislatore italiano, di un requisito temporale estraneo alla disciplina del combinato disposto degli artt. 5 e 8 par. 3 del Regolamento, comporterebbe la contrarietà della norma nazionale a quella europea.

Sul punto, sia sufficiente ribadire che, coincidendo il termine del 3 dicembre 2019 con l'entrata in vigore dell'obbligo di gara imposto dal Regolamento europeo, ogni affidamento anteriore ad esso e non conforme alla disciplina transitoria dettata dall'art. 8 par. 3 è destinato a cessare a quella data, o comunque a determinare una situazione di contrarietà al diritto europeo, tale per cui l'esclusione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi di trasporto pubblico locale, disposta dal legislatore italiano, appare perfettamente in linea con il disegno del legislatore europeo e non introduce requisiti ulteriori di partecipazione rispetto a quelli già sanciti dal Regolamento, del quale si limita a fare applicazione (si è già detto come il Regolamento contenga un implicito divieto di ultrattività degli affidamenti pregressi non rispondenti ai requisiti da esso previsti).

Nel dettaglio, il paragrafo 3 dell'art. 8 dispone: *“Ai fini dell'applicazione del paragrafo 2, non si tiene conto dei contratti di servizio pubblico aggiudicati conformemente al diritto comunitario e nazionale:*

a) prima del 26 luglio 2000, in base a un'equa procedura di gara;

b) prima del 26 luglio 2000, in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara;

c) a decorrere dal 26 luglio 2000 e anteriormente al 3 dicembre 2009, in base a un'equa procedura di gara;

d) a decorrere dal 26 luglio 2000 e anteriormente al 3 dicembre 2009, in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara.

I contratti di cui alla lettera a) possono restare in vigore fino alla loro scadenza. I contratti di cui alle lettere b) e c) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, ma per non più di 30 anni. I contratti di cui alla lettera d) possono restare in vigore fino alla loro scadenza, purché abbiano durata limitata comparabile a quelle di cui all'art. 4°.

Premesso che il riferimento dell'art. 8 par. 3 alla data del 26 luglio 2000 si spiega perché coincidente con la data di presentazione della prima proposta di Regolamento da parte della Commissione, l'affidamento a R.A.T.P. dei servizi di trasporto nella regione dell'*Île-de-France* risale addirittura alla legge n. 48-506 del 21 marzo 1948, con la quale la *Régie autonome* venne istituita e incaricata dell'esercizio delle reti di trasporto pubblico della città di Parigi e della regione parigina.

La norma istitutiva qualifica espressamente R.A.T.P. come ente pubblico a carattere industriale e commerciale (*établissement public à caractère industriel et commercial*: E.P.I.C.), dotato di autonomia finanziaria e autorizzato ad assumersi l'esercizio delle linee e delle reti precedentemente concesse da collettività locali, ma anche di quelle non concesse, e anche da creare *ex novo*.

Con decreto del 20 giugno 1948 venne quindi stabilito che la *Régie* cominciasse ad operare dal 1 gennaio 1949. La successiva *ordonnance* n. 59-151 del 7 gennaio 1959 ha poi costituito il *Syndicat des transports dell'Île-de-France* (S.T.I.F.), autorità responsabile dell'organizzazione dei trasporti pubblici nella regione parigina, contestualmente confermando l'affidamento a R.A.T.P. dell'esercizio delle reti e delle linee di trasporto già ad essa conferite dalla legge istitutiva del 1948.

Dette risalenti disposizioni sono sostanzialmente rifluite nel Codice dei trasporti francese, che, da un lato (artt. L 1241-1 e seguenti), disciplina i compiti, la

composizione e il funzionamento dello S.T.I.F., definito come autorità organizzatrice dei servizi di trasporto nella regione dell'*Île-de-France*; e, dall'altro (artt. L 2142-1 e seguenti), conferma in capo a R.A.T.P. la titolarità della gestione delle reti e delle linee di trasporto collettivo di persone ad essa già affidate, prevedendo altresì, per quanto qui interessa, che fuori dalla regione parigina e all'estero la *Régie* possa, tramite sue filiali aventi lo statuto di società anonime, costruire, adeguare e gestire reti e linee di trasporto pubblico di persone, nel rispetto delle regole della concorrenza.

Vale ulteriormente precisare che nell'ordinamento francese, i c.d. E.P.I.C. sono persone giuridiche di diritto pubblico dotate di autonomia amministrativa e finanziaria (tipicamente finanziaria, nel caso delle *Régie* autonome) e operanti in regime di diritto privato sotto il controllo dello Stato. La disciplina del controllo su R.A.T.P. è contenuta, da ultimo, nel decreto n. 2002-573 del 18 aprile 2002, ove si prevede che l'organismo di controllo economico e finanziario istituito sin dal 1949 (la *mission de contrôle économique et financier des transports*) esercita le proprie funzioni sotto l'autorità e per conto dei ministri responsabili dell'economia e del bilancio, ed è incaricato di un ruolo di informazione, consultivo e di controllo non solo nei confronti della R.A.T.P., ma anche delle società nelle quali essa – da sola o insieme a società aventi con essa un legame di filiazione diretto o indiretto – detenga più del 50% del capitale.

La *mission de contrôle* esprime pareri su tutte le questioni e i progetti aventi incidenza sull'equilibrio finanziario di R.A.T.P. e su tutte le proposte relative al bilancio operativo, al budget degli investimenti e ai conti di esercizio, nonché sui progetti di creazione di filiali, di acquisti e cessioni di partecipazioni finanziarie. Assicura, inoltre, l'applicazione delle convenzioni e dei contratti conclusi tra R.A.T.P. e lo Stato o altre collettività pubbliche, e procede al controllo delle somme che lo Stato o altre collettività pubbliche versano alla R.A.T.P. in applicazione di norme o

convenzioni.

Gli E.P.I.C. francesi presentano alcuni tratti che consentono di assimilarli agli enti pubblici economici conosciuti dall'ordinamento nazionale italiano: uno dei modelli tradizionali di intervento pubblico nell'economia e di impresa pubblica, che la dottrina suole collocare in un momento intermedio fra il periodo storico iniziale dello svolgimento di attività imprenditoriale mediante "imprese-organo" (tipicamente le aziende municipalizzate: primo periodo) e la successiva diffusione del modello della partecipazione pubblica in società di diritto privato, che caratterizza lo scorcio finale del secolo (terzo periodo). L'ente pubblico economico, munito di personalità giuridica autonoma e distinta dallo Stato o dagli altri enti territoriali, opera su un piede di parità con le imprese private, secondo le stesse regole, ma si caratterizza per la forma organizzativa di matrice pubblicistica ("impresa-ente"), che la differenzia dalle società a partecipazione pubblica, improntate al diritto privato non solo nelle modalità di azione, ma anche nella struttura organizzativa.

L'impiego sempre più ampio, da parte non più dello Stato, ma di Regioni ed enti locali, di società a capitale interamente pubblico, o misto pubblico-privato, segna la pratica e la legislazione contemporanea soprattutto – ma non soltanto – nel settore dei servizi pubblici, a partire dall'art. 113 del D.Lgs. n. 267/2000.

È in questa nuova fase che prende consistenza – anche al di fuori dell'Italia, e con il supporto della giurisprudenza europea – il fenomeno dell'*in house providing*, ovvero della gestione di servizi attraverso società a totale partecipazione pubblica sottoposte, da parte dell'ente o degli enti pubblici titolari del capitale sociale, a un controllo analogo a quello esercitato sui servizi degli enti stessi, e destinate a realizzare la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici controllanti.

Pur se appena abbozzati, i profili differenziali fra enti-impresa e società pubbliche

confermano l'appartenenza di R.A.T.P. al paradigma dei primi, e non delle seconde, come si evince dalla stessa legge istitutiva del 1948. Né a diverse conclusioni induce il “travaso” di quelle previsioni originarie nel Codice francese del trasporto, che tiene ferma la qualificazione come E.P.I.C..

R.A.T.P., in definitiva, è ente pubblico economico operante dal 1948 in regime di monopolio legale, non vietato dall'ordinamento europeo fino all'avvento del Regolamento n. 1370/2007, con il quale, come detto, si è inteso porre fine alle situazioni monopolistiche di affidamento diretto ancora esistenti per virare verso un sistema connotato dalla concorrenza per il mercato, con l'alternativa dell'autoproduzione rappresentata dall'amministrazione diretta o dall'affidamento *in house*.

Da quanto precede, e, in particolare, dal tempo e modi di affidamento del servizio di TPL, si ricava che la fattispecie di cui è protagonista la *Régie* non può ricondursi alle previsioni di cui agli artt. 5 par. 2 e 8 par. 2 del Regolamento n. 1370/2007, bensì a quella di cui alla norma transitoria dell'art. 8 par. 3 lett. b), in quanto risalente ad epoca ben anteriore al 26 luglio 2000 e non conseguente a un'equa procedura di gara, ma pur sempre conforme sia al diritto nazionale francese, sia al diritto europeo dell'epoca. Il fatto, poi, che con la legge francese n. 2009-1503, il termine del servizio affidato alla R.A.T.P. sia stato prorogato (*rectius*: fissato) al 31 dicembre 2039 non impedisce che esso goda dell'ultrattività riconosciuta agli affidamenti pregressi dallo stesso art. 8 par. 3 lett. b), sia pure con il limite massimo dei trent'anni, destinato a sovrapporsi al più lungo termine previsto dal legislatore francese con un meccanismo di sostituzione automatica che riecheggia quello previsto nell'ordinamento italiano dal combinato disposto degli artt. 1339 e 1419 co. 2 c.c. e che, in ambito europeo, si risolve nella disapplicazione *in parte qua* (limitatamente alla previsione di un termine eccedente quello stabilito dal Regolamento) della norma nazionale non conforme.

3.2.5. In sintesi, R.A.T.P. non incorre in alcuno dei divieti di partecipazione invocati dalla ricorrente principale. Non in quello stabilito dall'art. 5 par. 2 del Regolamento n. 1370/2007, posto che il contratto di servizio di cui essa è titolare in Francia, risalendo ad epoca remota, ricade nella disciplina transitoria di cui all'art. 8 par. 3 lett. b) del Regolamento ed è, perciò, destinato a restare in vigore quantomeno fino al 3 dicembre 2039, senza che questo impedisca la partecipazione a gare extraterritoriali; né, conseguentemente, in quello posto dall'art. 18 co. 2 lett. a) del D.Lgs. n. 422/1997, come riformulato per effetto delle modificazioni apportate dalla legge n. 147/2013.

D'altra parte, la possibilità che le disposizioni del Regolamento n. 1370/2007 trovino applicazione, da parte delle autorità competenti, in tempi diversi e che, durante il periodo transitorio, operatori di servizio pubblico provenienti da mercati in cui il Regolamento non è ancora applicato partecipino a gare d'appalto per contratti di servizio di TPL da aggiudicare in mercati già aperti alla concorrenza regolamentata è, per inciso, un'eventualità da tempo all'attenzione delle autorità europee.

Nella sentenza della Corte di Giustizia 24 luglio 2003, in causa C-280 "Altmark", in tema di compensazioni di servizio pubblico di trasporto e aiuti di Stato, si legge che "quando uno Stato membro concede una sovvenzione pubblica a un'impresa, la fornitura di servizi di trasporto da parte della suddetta impresa può risultarne invariata o incrementata, con la conseguenza che le possibilità delle imprese aventi sede in altri Stati membri di fornire i loro servizi di trasporto sul mercato di tale Stato membro ne risultano diminuite [...], e che "tale constatazione non è soltanto di natura ipotetica in quanto, come emerge in particolare dalle osservazioni della Commissione, diversi Stati membri a partire dal 1995 hanno iniziato ad aprire alcuni mercati di trasporto alla concorrenza di imprese stabilite in altri Stati membri, cosicché più di un'impresa offre già i propri servizi di trasporto urbani,

extraurbani o regionali in Stati membri diversi da suo Stato di origine”.

Ma il fenomeno è espressamente preso in considerazione proprio dal Regolamento n. 1370/2007, il cui “considerando” 32 prevede – al dichiarato scopo di evitare che l’apertura alla concorrenza del mercato del trasporto pubblico determini situazioni di squilibrio dovute, appunto, alla partecipazione a gare extraterritoriali di operatori provenienti da mercati ancora non concorrenziali – la facoltà delle autorità competenti di rifiutare, nella seconda metà del periodo transitorio, le offerte di imprese i cui servizi di trasporto pubblico non sono prestati, per oltre metà del loro valore, a norma dello stesso Regolamento. Previsione rifulita nel paragrafo 4 del più volte citato art. 8, che fa nondimeno salvo il precedente paragrafo 3, a ulteriore testimonianza delle resistenze che hanno accompagnato l’approvazione del Regolamento n. 1370 e condotto a un testo finale che si caratterizza per l’inusitata ampiezza del periodo transitorio e di salvaguardia in favore dei contratti di servizio già in essere, se aggiudicati conformemente al diritto europeo e nazionale dell’epoca (si consideri, a questo proposito, che la seconda proposta della Commissione, presentata il 20 luglio 2005, all’art. 8 par. 5 faceva salvi, fino alla scadenza, i soli contratti di servizio pregressi aggiudicati in esito a procedure concorsuali eque e purché aventi durata limitata comparabile a quella, non superiore a otto anni, prevista a regime per il trasporto su autobus).

Deve, infine, osservarsi come la partecipazione alla gara non sia di per sé impedita a R.A.T.P. dalla sua natura di ente pubblico, stante il principio di neutralità dell’ordinamento europeo rispetto al regime proprietario pubblico o privato dei concorrenti all’affidamento di contratti pubblici. Principio espressamente ribadito anche dal Regolamento, che, al “considerando” 12, afferma essere irrilevante che i servizi di trasporto pubblico di passeggeri siano prestati da imprese pubbliche o da imprese private. Conferma se ne ha nella nozione di “operatore di servizio pubblico”, che l’art. 2 lett. d) del Regolamento stesso riferisce a “*un’impresa o un*

gruppo di imprese di diritto pubblico o privato che fornisce servizi di trasporto pubblico di passeggeri o qualsiasi ente pubblico che presta servizi di trasporto pubblico di passeggeri?

In più occasioni la giurisprudenza europea ha chiarito, d'altro canto, che la partecipazione di enti pubblici, affidatari diretti di contratti di servizio pubblico e beneficiari di finanziamenti pubblici, a procedure selettive in competizione con operatori privati non costituisce di per sé un fattore distorsivo della concorrenza e non giustifica l'esclusione a priori di quell'operatore pubblico, salvo verificare caso per caso se il finanziamento pubblico non si sia tradotto in un aiuto di Stato che abbia consentito la formulazione di un'offerta anormalmente bassa (cfr. Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2014, C-568/13; id., 23 dicembre 2009, C-305/08), profili che non sono stati dedotti nel presente giudizio.

Nessun divieto di partecipazione di ordine generale è poi rinvenibile nella legge francese, che anzi riconosce a R.A.T.P. la capacità di operare anche all'estero, attraverso le sue filiali (v. sopra, par. 3.2.4.).

4. Con il quarto motivo di ricorso principale, Mobit si duole ulteriormente della mancata esclusione dalla gara della controinteressata sotto l'altro, diverso aspetto della presentazione di un'offerta non rispondente alle prescrizioni della lettera di invito.

Il piano economico-finanziario (PEF) presentato da A.T. sarebbe stato redatto in contrasto con le "Linee Guida" appositamente predisposte dalla Regione, e, ove fosse stato rielaborato in conformità alle stesse, presenterebbe un valore medio dell'indice di bancabilità DSCR inferiore a 1, soglia minima di ammissibilità delle offerte a norma della "griglia di valutazione" allegata alla stessa lettera di invito.

La prima difformità dalle Linee Guida consisterebbe nell'aver la controinteressata escluso, ai fini del calcolo dell'indice DSCR (di cui si spiegherà oltre il significato), i valori negativi evidenziati dal PEF per il primo, quarto e quinto anno di durata della concessione. La media dell'indice sarebbe stata cioè calcolata su soli nove

anni dei dodici complessivi sui quali si sviluppa il calcolo proposto da A.T., risultandone falsato il valore dell'indice medio.

La seconda difformità consisterebbe nel non aver considerato nell'investimento iniziale gli oneri per il cofinanziamento dei programmi di rinnovo bus in corso, come invece imposto dalla *lex specialis*. La terza risiederebbe nell'aver A.T. sottratto al valore di realizzo finale della concessione una quota considerata come contributo investimenti.

La commissione di gara - prosegue la ricorrente principale - pur avendo rilevato e attestato a verbale l'esistenza delle criticità predette, anziché procedere all'esclusione della concorrente avrebbe illegittimamente ricalcolato gli indici di bancabilità, di fatto modificando, in aperta violazione della *par condicio*, il piano economico-finanziario di A.T. per riportare il valore dell'indice in questione al di sopra della soglia richiesta a pena di esclusione. Allo scopo, la commissione avrebbe oltretutto operato in modo del tutto difforme dalle Linee Guida.

4.1. Sostiene, all'opposto, **Autolinee Toscane** che il modello matematico da essa utilizzato nella redazione del PEF sarebbe pienamente conforme alle Linee Guida e agli standard contabili internazionali, in virtù dei quali sarebbe corretto calcolare il valore medio dell'indice DSCR considerando come neutrali gli anni del c.d. "tiraggio bancario", vale a dire gli anni nei quali vengono utilizzati i finanziamenti bancari contratti per fare fronte all'esercizio della gestione. Le Linee Guida allegate alla lettera di invito non conterrebbero, del resto, prescrizioni obbligatorie circa le modalità di calcolo dell'indice, né imporrebbero, a tal fine, di doversi fare riferimento a ogni singolo anno della concessione; in ogni caso, la sostenibilità del PEF da essa presentato sarebbe stata confermata dalla stessa commissione di gara, la quale per ambedue le offerte avrebbe attestato che il debito residuo a fine concessione è ampiamente inferiore al valore di realizzo dei beni da cedere al gestore subentrante.

La Regione Toscana, a sua volta, sostiene che ai fini del calcolo dell'indice DSCR non dovrebbe aversi riguardo a ogni anno di durata della concessione, ma a ogni periodo di assunzione dei finanziamenti e alla sua relativa durata, di modo che sarebbe corretto escludere dal computo gli anni in cui viene assunto il nuovo indebitamento. La commissione di gara, avendo rilevato che le imprese concorrenti avevano seguito metodiche dissimili per il calcolo dell'indice, non avrebbe fatto altro che ricalcolare gli indicatori utilizzati nelle due offerte per renderli omogenei e confrontabili, servendosi di tale ricalcolo unicamente come test di resistenza ed utilizzando i soli dati presenti nelle offerte. A conferma dei propri assunti e della correttezza dell'operato della commissione, la Regione assume, ancora, che, per raggiungere un indice DSCR medio maggiore di 1, alla controinteressata sarebbe stato sufficiente servirsi dell'opzione consentita dalle Linee Guida (e utilizzata da Mobit) di redigere un PEF di durata superiore agli undici anni di durata della concessione.

4.2. Il motivo è fondato.

4.2.1. La “griglia di valutazione” allegata alla lettera di invito richiede alle imprese concorrenti di corredare l'offerta economica di un piano economico-finanziario finalizzato a dimostrare la sostenibilità/congruità del servizio offerto “per l'intero arco temporale dell'affidamento” e utilizza fra l'altro, quali parametri di valutazione, alcuni “indici di redditività e bancabilità”. Fra questi, gli indici DSCR e LLCR, il cui valore medio deve essere superiore all'unità.

La griglia prevede altresì che, in caso di valore anche di un solo indice in contrasto con le indicazioni da essa fornite, “l'offerta verrà esclusa”.

La definizione degli indici di redditività e bancabilità è contenuta nelle “Linee Guida”, parimenti allegate alla lettera di invito, ove si legge che il DSCR (*Debt Service Coverage Ratio*) esprime il rapporto, “calcolato per ogni dato periodo dell'orizzonte temporale previsto per la durata dei finanziamenti, tra il *free cash flow*

(FCF: il flusso dei ricavi, n.d.r.) e il servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi”.

L'indice LLCR (*Loan Life Cover Ratio*) rappresenta, invece, “il rapporto tra il valore attuale netto dei free cash flow (FCF) che si hanno nel periodo di vita del finanziamento e il valore attuale del debito”.

A norma delle Linee Guida, LLCR e DSCR “devono essere calcolati lungo la durata complessiva del finanziamento, estendendo eventualmente l'orizzonte della concessione a parità di condizioni operative dell'ultimo esercizio della concessione”.

Il piano economico-finanziario presentato da **Autolinee Toscane** espone un valore medio dell'indice DSCR pari a 1,37, ottenuto escludendo dal calcolo il primo, quarto e quinto anno di esercizio della gestione, durante i quali lo stesso PEF prevede l'impiego di nuovi finanziamenti (il tiraggio bancario, come detto).

La commissione di gara sembra aver considerato tale omissione alla stregua di un errore materiale da correggere, insieme ad altri commessi dalle imprese concorrenti; a questo fine ha proceduto al (ri)calcolo dell'indice integrando il valore del FCF, come utilizzato dalle concorrenti, con la componente aggiuntiva di debito successiva all'anno zero. La ricorrente principale contesta tale scelta, che non sarebbe conforme alla legge di gara; e sostiene che, aggiungendo al computo gli anni mancanti, senza ulteriori manipolazioni, il valore medio dell'indice sarebbe risultato inferiore all'unità, determinando l'esclusione di A.T. dalla gara.

Per stabilire se le modalità di calcolo del DSCR seguite dalla controinteressata possano reputarsi corrette e attendibili, avuto riguardo alle indicazioni contenute nelle Linee Guida, il collegio ha ritenuto doversi procedere a consulenza tecnica d'ufficio. L'incarico è stato conferito al prof. Marco Allegrini, ordinario di Economia Aziendale presso l'Università di Pisa, il quale ha depositato la sua relazione il 30 luglio 2016, previo rituale contraddittorio con le parti e con i loro

consulenti.

Il C.T.U. ha preliminarmente chiarito il valore degli indicatori DSCR e LLCR, utilizzati dalla Regione Toscana a dimostrazione della bancabilità dei piani economico-finanziari, precisando che si tratta di indicatori di comune impiego, nella prassi, per esprimere la sostenibilità finanziaria degli investimenti previsti dal PEF: il primo – DSCR – riflette la capacità dei flussi di cassa generati dalla gestione del servizio di sostenere, anno per anno, le rate di rimborso dei finanziamenti contratti dal gestore; il secondo – LLCR – esprime invece la capacità del progetto di generare complessivamente flussi monetari sufficienti per il rimborso dei finanziamenti e la remunerazione degli stessi. In altri termini, il DSCR dimostra la presenza di condizioni di continuità nella capacità dei flussi di cassa di coprire il debito, in una logica di breve periodo, essendo invece rimessa al LLCR l'indicazione delle condizioni di liquidità di medio-lungo periodo.

Assodato che dal calcolo del DSCR medio **Autolinee Toscane** ha escluso i valori relativi al primo, quarto e quinto anno di durata della gestione, computando i quali il valore medio dell'indice scenderebbe da 1,37 a -0,16, il prof. Allegrini osserva che nel rendiconto finanziario di A.T. sono rappresentati ricavi di vendita e flussi di cassa di segno positivo per tutti gli anni della gestione, così come per tutti gli anni della gestione sono presenti flussi di cassa negativi per investimenti. Allo stesso modo, per ciascun anno della gestione è presente il servizio del debito, che fino al quinto anno si riferisce unicamente al rimborso della quota interessi e non della quota capitale.

Tenuto conto delle caratteristiche del servizio oggetto di concessione, tale da comportare sin dal primo anno e per tutta la durata della gestione il conseguimento di flussi di cassa operativi (a differenza di quanto accade nelle operazioni di finanza di progetto che prevedono un primo periodo “di costruzione” caratterizzato dal tiraggio bancario, ossia dall'impiego dei finanziamenti contratti per la realizzazione

degli investimenti programmati, e un secondo periodo “di gestione”, durante il quale si realizzano i flussi di cassa da utilizzare a servizio del debito), il C.T.U. conclude per la non conformità alle Linee Guida regionali della metodologia di calcolo dell'indice DSCR medio impiegata dalla controinteressata: questo in ragione sia del tenore letterale delle Linee Guida, che fanno riferimento a “ogni dato periodo” dell'orizzonte temporale del finanziamento; sia di esigenze sistematiche di utilità dell'indice, giacché l'esclusione dal calcolo del DSCR medio di alcune annualità non consente di verificare, per gli anni esclusi, la capacità del gestore di coprire il servizio del debito, pur presente.

Il CTU ha replicato ai rilievi del consulente tecnico di parte di **Autolinee Toscane**, secondo cui il calcolo del DSCR dovrebbe essere effettuato per i soli anni in cui il servizio del debito si riferisce sia alla quota interessi, sia alla quota capitale, rimarcando come, significativamente, tale impostazione sia assente dallo stesso PEF presentato in gara da A.T., che riferisce il calcolo del DSCR anche al secondo e al terzo anno, in corrispondenza dei quali è previsto il solo rimborso di interessi e non del capitale. Egli dà tuttavia atto dell'esistenza di prassi di partenariato pubblico-privato che effettivamente limitano il calcolo del DSCR ai soli periodi in cui avviene il rimborso dei finanziamenti, con esclusione degli anni di preammortamento.

A fronte del rilievo del consulente di parte della Regione Toscana, volto a sollecitare una distinzione – presente in letteratura e nella prassi – fra investimenti di sviluppo e investimenti di mantenimento, utile ai fini della determinazione di un valore di FCF per pagamenti vincolati, il consulente d'ufficio, premesso che si tratta di una distinzione non contemplata dalle Linee Guida, osserva che l'indicatore del FCF per pagamenti vincolati (relativi, cioè, a spese per investimenti indifferibili) può essere utilizzato per diversi scopi di analisi economico-finanziaria, quali la verifica dell'operato del *management*, o la valutazione della capacità di

rimborso di uno specifico finanziamento contratto prima del sostenimento degli investimenti di sviluppo. Ma, nel caso di specie, la significatività dell'indice DSCR sarebbe compromessa, se non riferita anche ai finanziamenti accesi nel corso della gestione per effetto dei nuovi investimenti programmati; comunque, l'esclusione dal calcolo del FCF degli investimenti di sviluppo dovrebbe condurre con sé l'esclusione anche delle entrate derivanti da disinvestimenti dipendenti da vicende straordinarie, come quelli considerati da A.T. all'inizio dell'ultimo anno (il PEF di A.T. prevede, all'ultimo anno, l'inserimento tra i flussi di cassa di quelli derivanti dalla dismissione delle immobilizzazioni).

La distinzione fra investimenti di mantenimento e investimenti di sviluppo, puntualizza ancora il C.T.U., è anche disagiata in fatto, e comporta oltretutto l'ulteriore difficoltà di distinguere tra flussi di cassa operativi derivanti dagli uni e dagli altri.

Sollecitato dai consulenti di parte, il C.T.U. ha anche riconosciuto che includere nel calcolo del DSCR i finanziamenti utilizzati per coprire lo sbilancio del *free cash flow* (negli anni del tiraggio bancario: primo, quarto e quinto del PEF di A.T.) determina un effetto di duplicazione, perché dopo aver concorso a formare il dato del FCF nell'anno in cui sono contratti (il FCF, lo si ricorda, è il numeratore della frazione che esprime il DSCR), detti finanziamenti continuano a entrare nel calcolo anche per gli anni successivi, in quanto aumentano il servizio del debito (denominatore della stessa frazione). Pure, ad avviso del prof. Allegrini, tale effetto non è disfunzionale rispetto alla valenza informativa dell'indicatore, che, calcolato anno per anno senza esclusioni temporali, mette in realistica evidenza le situazioni di difficoltà in cui il gestore è destinato a trovarsi non solo negli anni in cui il *free cash flow*, di segno negativo per via del tiraggio bancario, non garantisce la copertura del debito, ma anche negli anni successivi, in cui la copertura del debito è resa più gravosa dagli investimenti effettuati e dai connessi indebitamenti.

Analogo effetto di duplicazione può verificarsi, d'altra parte, anche negli anni in cui il FCF risulta positivo, ma di entità modesta, inferiore all'unità: anni che non possono venire esclusi dal calcolo del DSCR medio, a meno di non voler sacrificare del tutto il valore informativo dell'indicatore; il che dimostra, ad avviso del consulente d'ufficio, come la duplicazione possa considerarsi in qualche misura intrinseca rispetto alla natura del DSCR. Nel caso di **Autolinee Toscane**, oltretutto, l'effetto di duplicazione è quantomeno mitigato dalla considerazione del *cash flow* positivo generato dai disinvestimenti del dodicesimo anno, che si riflettono positivamente sul DSCR del periodo e, di conseguenza, sul valore medio dell'indice.

Infine, il C.T.U. ribadisce gli effetti distorsivi prodotti dall'esclusione, ai fini del calcolo del DSCR medio, degli anni caratterizzati da FCF negativo. Se negli stessi anni, infatti, il suddetto flusso fosse stato, seppur positivo, inferiore all'unità, esso avrebbe contribuito a diminuire il valore medio dell'indice, ma non per questo lo si sarebbe potuto escludere dal calcolo (paradossalmente, pur in presenza di valori di FCF negativo nel primo, quarto e quinto anno, grazie all'esclusione dal calcolo A.T. esibisce un valore medio dell'indice più elevato rispetto all'ipotesi in cui, negli stessi anni, il FCF fosse stato sempre positivo, e quindi utilmente computabile, ma compreso fra 0 e 1).

4.2.2. Le conclusioni del consulente tecnico nominato dal Tribunale circa la non rispondenza del PEF di **Autolinee Toscane** alle indicazioni vincolanti impartite dalla *lex specialis*, e le presupposte valutazioni, corredate di idonea motivazione, sono chiare, ragionevoli e persuasive, e come tali condivise e fatte proprie dal collegio.

Attraverso l'esposizione del C.T.U. si perviene dunque alla conclusione che la formulazione letterale delle Linee Guida regionali non autorizza l'esclusione, dal calcolo del DSCR medio, degli anni nei quali il FCF è negativo. Al contrario, l'aver

previsto che il DSCR è dato dal rapporto tra FCF e servizio del debito calcolato “per ogni dato periodo dell’orizzonte temporale previsto per la durata dei finanziamenti” rivela che – nelle intenzioni dell’amministrazione procedente – il dato da esibire ai fini della partecipazione alla gara (il DSCR medio) non può che corrispondere alla media aritmetica dei valori dell’indice calcolato per ciascuno dei periodi (anni) compresi nel più ampio periodo di durata dei finanziamenti, nessuno escluso.

La mancata considerazione di alcuni periodi temporali non può poi giustificarsi in virtù della supposta analogia con altre ipotesi, rispetto alle quali quella in esame presenta tratti differenziali decisivi. Ancora una volta, se a norma delle Linee Guida il DSCR esprime il rapporto tra FCF e servizio del debito, e in assenza di espresse previsioni contrarie, è del tutto conforme a una lineare interpretazione letterale della legge di gara ritenere che, ai fini del calcolo dell’indice medio, debba prendersi in considerazione ogni e ciascun periodo in corrispondenza del quale il PEF espone la coesistenza dei due elementi; ed è pacifico che il rendiconto finanziario di **Autolinee Toscane** esibisce flussi di cassa e servizio del debito riferiti a ciascuno degli anni in cui esso è articolato.

Quanto alle conseguenze distorsive dell’esclusione dal computo della media dei soli anni nei quali l’indice è negativo, può rinviarsi ai sopra esposti rilievi del C.T.U..

D’altro canto, nell’ottica dell’amministrazione concedente l’inclusione nel calcolo del DSCR medio anche degli anni nei quali avviene il tiraggio bancario consente di verificare la capacità dell’aspirante concessionario di garantire anno per anno, per l’intera durata della concessione, il servizio del debito; il che si spiega con l’esigenza – certo non irragionevole – di evitare che eventuali discontinuità nell’equilibrio economico-finanziario del gestore possano compromettere la corretta erogazione del servizio di TPL. Si tratta di un’angolazione prospettica che è complementare a

quella offerta dall'altro indice LLCR, il quale, come puntualmente chiarito dal C.T.U., esprime invece la complessiva capacità dell'impresa di generare nel corso dell'intera durata della gestione flussi monetari sufficienti per il rimborso dei finanziamenti.

La difesa di **Autolinee Toscane** insiste sulla circostanza che, in assenza di specifiche indicazioni da parte delle Linee Guida, la definizione e le modalità di calcolo del DSCR medio non potrebbero essere ricavate dalla definizione generale di DSCR contenuta nelle stesse Linee Guida. Quest'ultima sarebbe riproduttiva della nozione elaborata dalla prassi internazionale e, come tale, acquisterebbe rilevanza nei soli periodi in cui il PEF prevede che debba essere onorato il servizio del debito inteso come quota capitale e quota interessi; ai fini del DSCR medio, di contro, i concorrenti sarebbero stati liberi di scegliere le modalità di determinazione dell'indice, anche escludendone alcuni periodi, senza che l'esclusione richiedesse apposite previsioni ad opera della legge di gara (essa costituirebbe un portato della dottrina e della prassi internazionali, in forza delle quali sarebbero estranei al calcolo del DSCR i periodi del tiraggio bancario, in cui il dato del FCF non può essere considerato significativo e, soprattutto, quelli nei quali non vi è servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi).

A.T. insiste, inoltre, nel sostenere che la concessione oggetto di gara, implicante rilevanti investimenti a carico del concessionario, sarebbe in tutto assimilabile ad una concessione di costruzione e gestione sul piano della struttura finanziaria. Il periodo dell'erogazione dei finanziamenti sarebbe sempre distinguibile da quello del rimborso del debito, sebbene non sempre sia possibile distinguere una fase iniziale di costruzione da una successiva fase di gestione. La pratica conoscerebbe, anzi, numerose ipotesi in cui la gestione viene fatta iniziare con la costruzione e la produzione di flussi di cassa, ma il rimborso del debito viene fatto decorrere da un periodo di molto successivo, e il calcolo del DSCR prende in esame i soli anni del

rimborso, e non quelli iniziali della gestione, in cui il servizio del debito manca.

Ne discenderebbe che l'offerta di A.T. avrebbe potuto considerarsi contraria alla *lex specialis* solo se questa, in ipotesi, avesse imposto ai concorrenti di presentare un PEF contenente la previsione del rimborso dei prestiti sin dal primo anno di gestione. La Regione avrebbe invece ritenuto di lasciare i concorrenti liberi di organizzare la propria struttura finanziaria, scelta che si spiegherebbe con la differente situazione di partenza in cui versano A.T. e Mobit (solo la prima gravata da un consistentissimo investimento prima ancora di iniziare la gestione, a fronte di una situazione agevolata della seconda, attuale gestore).

La tesi secondo cui il calcolo del DSCR medio dovrebbe avere riguardo, all'interno dell'orizzonte temporale della concessione, al solo periodo caratterizzato dal rimborso della quota capitale dei finanziamenti, e non anche il periodo del preammortamento, si scontra, in prima battuta, con il testo delle Linee Guida, che, lo si è ripetuto più volte, definiscono il DSCR come risultato del rapporto fra FCF e “servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi”, inciso che sta proprio a indicare come la Regione non abbia inteso limitare il servizio del debito al rimborso del capitale, ma vi abbia incluso anche quello della quota interessi: diversamente, le espressioni utilizzate sarebbero state differenti, in modo da chiarire la volontà di riferire il servizio del debito ai soli periodi in cui il rimborso abbia per oggetto rate composte “allo stesso tempo di capitale e interessi”, oppure “sia di capitale, sia di interessi” (a mero titolo esemplificativo).

D'altronde, a fronte di un PEF come quello di A.T., limitare il calcolo del DSCR ai soli anni in cui è previsto il rimborso contestuale di oneri finanziari e di capitale significherebbe escludere dal calcolo i primi cinque anni di gestione del servizio, con il risultato di privare la Regione della possibilità di verificare la capacità del gestore di generare un flusso di cassa adeguato per sostenere il debito. In ultima analisi, per un periodo corrispondente a poco meno della metà della durata della

concessione, inclusi i due anni di proroga, l'amministrazione concedente non avrebbe elementi a comprova dell'equilibrio economico-finanziario di breve periodo della gestione, risultandone svuotata di buona parte della sua utilità la stessa esibizione dell'indice richiesto dalla legge di gara. Utilità che risiede, lo si ripete, nell'essere il DSCR rivelatore della sostenibilità del PEF, periodo per periodo, grazie ai flussi generati dalla gestione caratteristica, ovvero ai flussi straordinari.

Gli argomenti propugnati in giudizio dalla controinteressata sono anche smentiti dal comportamento tenuto e dalle scelte operate in gara da **Autolinee Toscane**, la quale, al pari di Mobit, ha calcolato il servizio del debito per tutti gli anni come sommatoria di interessi e capitale, ivi compresi i primi cinque anni del preammortamento (nei quali la componente "capitale" viene indicata come pari a zero): con il che appare confermato che ambedue le concorrenti, nella fase amministrativa, hanno ritenuto di identificare il "dato periodo" cui riferire il computo del DSCR con le singole annualità. Soprattutto, A.T. ha escluso dal calcolo del DSCR medio non i primi cinque anni in blocco, nei quali il servizio del debito riguarda unicamente la quota interessi, ma solo i tre anni del tiraggio bancario, mostrando con ciò di applicare in concreto un criterio differente da quello oggi proposto (ovvero quello di escludere dal calcolo del DSCR medio gli anni in cui il FCF è negativo), comunque inaccoglibile per le ragioni che si sono già espone.

4.2.3. Alle Linee Guida regionali non può dunque essere attribuito il significato invocato dalla controinteressata A.T. e dalla resistente Regione, trattandosi di clausole la cui interpretazione non lascia margini di dubbio e che non giustifica, pertanto, la prevalenza del principio della massima partecipazione rispetto a quello formale della *par condicio* e a quello sostanziale della credibilità, affidabilità e plausibilità dell'offerta (cfr., per tutti, gli artt. 82, 86 e 88 del D.Lgs. n. 163/2006).

In definitiva, il DSCR medio ricavabile dal PEF di A.T., ricalcolato con l'inclusione delle tre annualità inizialmente escluse, presenta un valore inferiore all'unità e non può, perciò, ritenersi conforme alla legge di gara. L'offerta della controinteressata incorre, dunque, nella clausola escludente di cui alla griglia di valutazione allegata alla lettera di invito; né la difformità dell'offerta può dirsi emendata attraverso l'operazione effettuata dalla commissione di gara, la quale ha arbitrariamente modificato il valore del FCF utilizzato dalla concorrente, integrandolo con la componente aggiuntiva di debito successiva all'anno zero, in difformità dalle Linee Guida.

La Regione Toscana denuncia la contraddittorietà dell'impostazione seguita dal consulente tecnico d'ufficio, il quale avrebbe ommesso qualsiasi considerazione circa la effettiva bancabilità del PEF di **Autolinee Toscane**. Lo stesso C.T.U. avrebbe riconosciuto la rilevanza dell'altro indice richiesto dalle Linee Guida, cioè il LLCR, che risulterebbe ampiamente superiore al *benchmark*, mentre la circostanza che in qualche periodo dell'intera durata del progetto la liquidità generata dalla gestione del servizio non sia sufficiente a coprire il servizio del debito non inficerebbe il giudizio di bancabilità.

Sempre ad avviso della difesa regionale, poi, alle Linee Guida non potrebbe assegnarsi un contenuto stringente e prescrittivo, giacché esse si limiterebbero alla definizione dei principi di fondo e non di un sistema puntuale di regole. Ritenere che l'espressione "per ogni dato periodo dell'orizzonte temporale della concessione" equivalga ad "ogni anno" sarebbe il frutto di un'interpretazione del tutto soggettiva, e, oltretutto, anche il C.T.U. avrebbe riconosciuto la possibilità di aderire a letture alternative della sopra richiamata clausola: a questo fine, non potrebbe non prendersi in esame la peculiarità della gara in oggetto, la quale impone al concorrente subentrante al precedente gestore (*new comer*) non solo un consistente investimento iniziale per acquisire dal gestore uscente i beni occorrenti

alla prestazione del servizio, ma anche ulteriori cospicui investimenti durante il corso della gestione.

Per l'effetto, integrando le Linee Guida, non esaustive, con i criteri propri della dottrina economico-aziendale, il DSCR dovrebbe essere calcolato con riferimento ai soli periodi in cui si prevede il rimborso del debito, perché quel che rileva sarebbe la capacità del progetto di creare flussi di cassa operativi nel momento in cui occorre fare fronte al pagamento della rata di mutuo, e dando rilievo alla differenza tra spese di investimento e spese di mantenimento. Se così non fosse – a detta della Regione – si determinerebbe un “assurdo logico” per cui l'investimento realizzato con ricorso al debito prima dell'inizio della concessione porterebbe a un DSCR maggiore di 1, mentre lo stesso investimento realizzato in corso di concessione porterebbe l'indice ad essere addirittura inferiore a zero.

In mancanza di indicazioni puntuali delle Linee Guida circa le modalità di calcolo del DSCR medio, l'esclusione degli anni del tiraggio bancario consentirebbe semplicemente di evitare distorsioni nell'apprezzamento della bancabilità del progetto, considerato che due esercizi con DSCR negativi sarebbero sufficienti a far crollare l'indice medio in misura più che proporzionale, a maggior ragione se il concorrente non si sia avvalso, come nel caso di A.T., della possibilità di estendere il finanziamento oltre la scadenza della concessione (e il C.T.U. non avrebbe spiegato che l'inclusione nel calcolo della media degli anni in cui l'indice è negativo implica una perdita di significatività dell'indice stesso ai fini del giudizio finale di bancabilità).

4.2.3.1 Neppure tali osservazioni colgono nel segno.

Si è detto che i criteri di valutazione dell'offerta tecnica ed economica, contenuti nella “griglia” allegata alla lettera di invito, prevedono che il PEF presentato dalle imprese concorrenti debba esibire, fra l'altro, valori medi degli indici DSCR e LLCR maggiori di 1, e sanzionano con l'esclusione le offerte che presentino valori

“anche di un solo indice in contrasto con i valori sopra riportati”. Del carattere prescrittivo di tale disposizione della legge di gara non è lecito dubitare.

Il punto torna ad essere quello del significato da attribuire all’inciso “per ogni dato periodo dell’orizzonte temporale previsto per la durata dei finanziamenti”, cui le Linee Guida per la redazione del PEF riferiscono il calcolo dell’indice DSCR e, di conseguenza, delle modalità da seguire per calcolare il valore medio dell’indice, rilevante ai fini del rispetto della soglia minima chiaramente stabilita a pena di esclusione.

Al riguardo, va nuovamente ribadito che il DSCR esprime, “per ogni dato periodo”, la capacità del progetto di produrre liquidità sufficiente per coprire il servizio del debito. Il singolo periodo di riferimento – all’interno del più ampio orizzonte temporale previsto per la complessiva durata dei finanziamenti – coincide pertanto con il periodo nel quale è presente il servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi, riferito cioè sia alle rate composte di quota capitale e quota interessi, sia a quelle composte di soli interessi.

Che per A.T. (ma lo stesso vale per Mobit) tale “periodo” coincida con l’anno, e che il servizio del debito si riferisca anche al pagamento delle rate composte da soli interessi, lo si ricava dallo stesso PEF presentato in gara, che evidenzia la presenza del servizio del debito in ciascuno degli anni di durata della concessione e include nel calcolo della media del DCSR il secondo e il terzo anno, durante i quali il servizio del debito riguarda il rimborso della sola quota interessi.

Nessuna distinzione tra spese di investimento e spese di mantenimento è presente nelle Linee Guida e neppure è prospettata nel PEF di **Autolinee Toscane**, che, coerentemente, include nel calcolo del FCF anche le entrate derivanti dai disinvestimenti realizzati al termine della concessione senza distinguere fra disinvestimenti relativi a beni acquistati per finalità di mantenimento o per finalità di sviluppo.

Se, dunque, il “periodo” cui riferire il servizio del debito e il calcolo del DSCR coincide con l’anno anche nella considerazione e prospettazione delle imprese concorrenti, “ogni dato periodo” non può che leggersi come “ogni dato anno”, di modo che l’indice medio non può che essere rappresentato dalla media aritmetica degli indici calcolati per ciascun anno di durata del rapporto concessorio, nessuno escluso, stante l’inequivocabile espressione utilizzata dalle Linee Guida.

D’altra parte, la tesi difensiva della Regione circa la portata non esaurientemente prescrittiva delle Linee Guida, che andrebbero implementate con i criteri propri della dottrina economico-aziendale, urta contro tutti i principi di chiarezza, trasparenza, significatività, completezza che devono caratterizzare il contenuto dei bandi, degli avvisi e, in genere, delle “leggi” di gara, per assicurarne la conformità ai principi di cui all’art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006 e a quelli di cui alla L. n. 241/1990.

Non trapela, dunque, alcuna contraddittorietà, o arbitrarietà, nelle valutazioni operate dal C.T.U., la cui condivisione da parte del collegio discende dall’aderenza alla lettera e alla logica complessiva della legge di gara, tendente a realizzare il principio di buon andamento sotto il profilo della ricerca di un concessionario che assicuri un servizio finanziariamente autosufficiente, capace di garantire il rispetto degli impegni assunti con l’offerta e il raggiungimento degli obiettivi stabiliti in attuazione del D.P.C.M. 11 marzo 2013. Un servizio prestato con criteri di efficienza, economicità, adeguatezza e proporzionalità, e non più necessitante di quegli interventi di sostegno straordinario a carico delle finanze pubbliche che hanno tradizionalmente contraddistinto il mercato del TPL in Italia (basti ricordare la sequela di leggi e decreti-legge che, negli anni, hanno disposto il riassorbimento degli squilibri finanziari delle gestioni del trasporto pubblico locale, a partire dalla legge n. 151/1981, istitutiva del Fondo nazionale per il ripiano dei disavanzi di esercizio delle aziende di trasporto pubbliche e private).

In tale ottica, la duplice prescrizione di calcolare il DSCR per “ogni dato periodo”,

nel senso precisato e di esibire un valore medio dell'indice superiore a 1 rivela la volontà della Regione di assicurarsi un'adeguata dimostrazione circa la capacità del gestore di sopportare il servizio del debito esercizio per esercizio, senza distinguere fra esercizi nei quali è presente ed esercizi nei quali non è presente il tiraggio bancario. In questa visione, l'inclusione nel calcolo dei periodi in cui il valore del *free cash flow* è negativo non svuota certo di significato l'indicatore, che evidenzia le situazioni di potenziale difficoltà del gestore del servizio in relazione alla disponibilità del *cash flow* necessario per rimborsare i finanziamenti contratti (situazioni di potenziale difficoltà che di per sé non impediscono il giudizio di sostenibilità del progetto, ben potendo i valori negativi registrati in alcuni esercizi essere compensati, nel calcolo della media, dai valori positivi registrati negli esercizi rimanenti).

Che poi la valutazione di bancabilità del PEF non possa rimanere affidata al solo LLCR, benché per certi aspetti più significativo del DSCR, costituisce il frutto di una piana applicazione delle regole di gara, le quali esigono il contemporaneo superamento del valore medio 1 per ambedue gli indici.

Alla luce di tali considerazioni, quello che la Regione denuncia come un presunto "assurdo logico" ha, invece, una precisa spiegazione nel fatto che la legge di gara – il combinato disposto di Linee Guida e griglia di valutazione – non è affatto neutrale rispetto alle scelte imprenditoriali dei concorrenti, tutt'altro che liberi di redigere il proprio piano economico-finanziario secondo non meglio precisati criteri ricavabili *ab externo* da dottrine o prassi di settore. Una volta appurato, infatti, che il DSCR medio equivale alla media aritmetica dei valori dell'indice calcolati per ciascun anno di durata dell'orizzonte temporale dei finanziamenti, e che una diversa modalità di calcolo non è conforme alle prescrizioni della *lex specialis*, il risultato imposto da quest'ultima – DSCR medio superiore all'unità – può solo essere conseguito attraverso una idonea strutturazione del PEF; e se

questo significa, utilizzando lo stesso esempio fatto dalla Regione, che, per ottenere un DSCR maggiore di 1, l'investimento con ricorso al debito deve essere realizzato prima, e non dopo l'inizio della concessione, in ciò risiede il condizionamento che la legge di gara ha inteso attuare nei confronti dei concorrenti.

Non vi è, del resto, alcuna evidenza del fatto che non fosse oggettivamente possibile predisporre un PEF rispettoso delle prescrizioni imposte dalla Regione, conclusione alla quale non perviene neppure A.T., la quale, piuttosto, rivendica un'autonomia di scelta che, nei termini invocati, non è prevista, né consentita; se non altro perché, ove ogni concorrente fosse lasciato libero di impostare il PEF in modo da determinare gli indici di bancabilità secondo la propria convenienza, si renderebbe estremamente difficoltoso, quando non impraticabile, il confronto obiettivo tra le offerte (prova ne è che la commissione di gara, per rendere le offerte confrontabili, ha dovuto illegittimamente forzare il disposto delle Linee Guida), oltre a consentire la presentazione di offerte strutturate in modo che il flusso di cassa non copre il servizio del debito, con i rischi che ne conseguono per la prestazione stessa del servizio.

Non può peraltro sottacersi che la stessa **Autolinee Toscane** ha a suo tempo impugnato dinanzi a questo stesso giudice la lettera di invito e i relativi allegati, censurando alcune previsioni che, a suo giudizio, avrebbero pregiudicato la possibilità di presentare un'offerta realmente concorrenziale, ma è incorsa nella declaratoria di irricevibilità/inammissibilità del gravame (v. T.A.R. Toscana, sez. I, 27 luglio 2015, n. 1117).

4.2.4. L'impiego di una modalità di calcolo dell'indice DSCR medio difforme da quella prescritta dalla legge di gara, e il mancato raggiungimento del valore medio dell'indice richiesto a pena di esclusione vizia dunque irrimediabilmente l'offerta economica presentata dalla controinteressata **Autolinee Toscane**.

Le altre censure svolte dalla ricorrente principale a carico del PEF di A.T. (non aver considerato nell'investimento iniziale gli oneri per il cofinanziamento dei programmi di rinnovo bus in corso; avere sottratto al valore di realizzo finale della concessione una quota considerata come contributo investimenti) possono considerarsi assorbite, al di là del loro contenuto generico.

5. Con il quinto motivo della sua impugnazione, Mobit lamenta che l'offerta di **Autolinee Toscane** avrebbe dovuto essere esclusa per mancanza di idonea asseverazione del piano economico-finanziario. L'asseverazione presentata da A.T., infatti, non risponderebbe ai contenuti minimi necessari e, per di più, pretenderebbe di convalidare una costruzione e contenuti del PEF manifestamente difformi dalle Linee Guida.

5.1. La censura è infondata.

Come la stessa ricorrente principale ricorda, in materia di asseverazione di piani economico-finanziari a corredo di proposte relative a concessioni la disciplina positiva di riferimento può essere rinvenuta nell'art. 96 del D.P.R. n. 207/2010, applicabile *ratione temporis*, i cui commi quarto e quinto prevedono, rispettivamente, che l'asseverazione consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fonti di finanziamento, e nella verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati con la bozza di convenzione; e che gli elementi da porre a base dell'asseverazione sono costituiti: dal prezzo che il concorrente intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice; dal prezzo che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti; dal canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione; dal tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione; dalla durata prevista della concessione; dalla struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità

dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario; dai costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe.

L'asseverazione presentata da **Autolinee Toscane**, proveniente dalla società di revisione Baker Tilly Revisa, attesta la congruenza dei dati forniti nel PEF con lo schema di contratto di concessione allegato alla lettera di invito, nonché la complessiva coerenza del piano. La verifica risulta essere stata condotta sulla base del contributo erogato dalla Regione Toscana, della durata della concessione, del tempo previsto per l'esecuzione degli investimenti, dei costi e ricavi relativi alla gestione e dei flussi di cassa generati dal progetto, elementi tutti riconducibili al disposto normativo di riferimento; né ulteriori contenuti sono richiesti dalla legge di gara per l'asseverazione, la quale non ha in alcun modo il compito di sostituire le valutazioni di competenza dell'amministrazione circa la coerenza e sostenibilità del piano economico e finanziario sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa rapportati ai costi di produzione e di gestione (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39).

6. Con il sesto motivo di ricorso, Mobit torna a sostenere che la partecipazione alla gara di **Autolinee Toscane**, piccola impresa esecutrice di modesti servizi di trasporto locale nel Mugello, dissimulerebbe la partecipazione, non consentita, di R.A.T.P.. L'avvalimento integrale prestato da quest'ultima in favore della propria controllata sarebbe illegittimo proprio perché volto a celare una partecipazione "per procura" di R.A.T.P. alla gara, tenuto conto delle dimensioni aziendali di A.T., del tutto sprovvista dei requisiti e delle risorse occorrenti per gestire il servizio.

A questo dovrebbe aggiungersi che la dichiarazione di avvalimento infragruppo resa da R.A.T.P. non conterrebbe la messa a disposizione di alcuna delle risorse finanziarie dell'ausiliaria, così come i mezzi messi a disposizione per l'esecuzione

del servizio sarebbero in misura irrisoria e insufficiente. Essa non sarebbe inoltre corredata delle dichiarazioni circa il possesso dei requisiti soggettivi di moralità richiesti per la partecipazione alla procedura dall'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, essendovi menzionati il solo presidente e direttore tecnico, mentre R.A.T.P. avrebbe rilasciato deleghe di poteri ad oltre cento amministratori e procuratori, alcuni dei quali titolari di poteri straordinariamente rilevanti; né la Regione avrebbe tempestivamente esercitato i propri poteri di soccorso istruttorio, onde qualsiasi integrazione postuma dovrebbe a questo punto considerarsi illegittima (fermo restando che la procedura in questione, indetta nell'anno 2012 e bandita nel 2013, sarebbe sottratta all'applicazione della novella al D.Lgs. n. 163/2006 introdotta con il D.L. n. 90/2014).

6.1. Neppure tale motivo coglie nel segno.

6.1.1. Sull'inesistenza di impedimenti alla partecipazione alla gara di **Autolinee Toscane**, derivanti dalla sua situazione di controllata dalla francese R.A.T.P., si rinvia a tutto quanto già detto a confutazione dei primi tre motivi di ricorso principale.

Sui contenuti dell'avvalimento intercorso fra A.T. e R.A.T.P., si rammenta innanzitutto che la giurisprudenza ha da lungo tempo chiarito che la finalità dell'istituto dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità, tecnica od economica che sia, del concorrente, ma, all'opposto, quella di consentire a soggetti, che ne siano privi, di concorrere comunque alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti (fra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5742, e, più di recente, id., sez. III, 12 novembre 2014, n. 5573).

Nell'ottica della massima partecipazione alle gare, l'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006 estende l'operatività dell'avvalimento al possesso di tutti i requisiti di ordine economico, finanziario, tecnico e organizzativo, nonché all'attestazione della certificazione SOA; l'unico limite operativo che l'istituto incontra è –

pacificamente – dato dal fatto che la messa a disposizione dei requisiti mancanti non deve risolversi nel prestito di valori cartolari e astratti, essendo necessario che dal contratto di avvalimento risulti un impegno chiaro e concreto dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse ed il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione dei requisiti di cui l'impresa ausiliata intende avvalersi (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3347; id., 27 gennaio 2016, n. 264; id., 30 novembre 2015, n. 5396).

Tanto premesso, una volta stabilito che non vi sono ostacoli alla partecipazione alla gara di R.A.T.P. e, conseguentemente, della sua partecipata **Autolinee Toscane**, il ricorso da parte di quest'ultima all'avvalimento infragruppo costituisce un evento del tutto fisiologico a norma dell'art. 49 co. 2 lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006, salvo verificare l'effettiva disponibilità, in capo all'impresa concorrente, dei requisiti concretamente messi a disposizione dall'ausiliaria; disponibilità che non può considerarsi supplita dalla mera allegazione dei legami societari intercorrenti fra le due imprese.

A questo riguardo, è in atti la dichiarazione resa dal legale rappresentante di R.A.T.P., con cui essa, quale ausiliaria, si obbliga verso **Autolinee Toscane** e verso la stessa Regione Toscana a mettere a disposizione i propri requisiti di capacità tecnico-professionale, consistenti nella pregressa esecuzione di servizi di trasporto pubblico di linea su gomma, effettuati per un periodo di tre anni consecutivi compreso tra il 1 agosto 2008 e il 30 settembre 2013 (R.A.T.P. mette a disposizione i servizi prestati per lo S.T.I.F. nella regione parigina dal 1 gennaio 2010 al 31 dicembre 2012); nonché la propria capacità economico-finanziaria, corrispondente ai fatturati globali maturati nel quadriennio 2009 – 2012.

Contestualmente, R.A.T.P. si obbliga a mettere a disposizione di A.T. per l'esecuzione e l'intera durata della concessione le risorse e i mezzi elencati al punto 3.1.2. della dichiarazione, in funzione di: supporto relativo alla capacità di

progettazione e programmazione del servizio, oltre che alla ottimizzazione dei processi di integrazione di più aziende (le risorse corrispondono a due tecnici, uno *senior* e uno *junior*, che permettano ad A.T. di beneficiare delle informazioni, delle esperienze e dei mezzi indispensabili – procedure e programmi *software* – per l'esecuzione dei servizi); supporto alla capacità di gestione e di esercizio dei servizi (un tecnico *senior* esperto nella gestione dei servizi su gomma e un tecnico *junior*, in modo da garantire ad A.T., mediante formazione dei tecnici da essa preposti al servizio, l'acquisizione delle comprovate esperienze e delle tecnologie già applicate da R.A.T.P.); supporto al controllo di gestione (un *controller* e un analista, anch'essi con mansioni di formatori del personale di A.T.); supporto all'attività di *marketing* (un tecnico *senior* e due tecnici *junior*, unitamente alla tecniche, procedure e programmi *software* da prendere a riferimento per il funzionamento e l'utilizzo dei programmi installati da A.T., relativamente alla gestione e implementazione dei sistemi di "bigliettazione" e all'introduzione di tecniche innovative, all'integrazione tariffaria, alla promozione dell'uso dei mezzi di trasporto pubblico, al contrasto dell'evasione); supporto specificamente prestato da Agency Development Operations, dipartimento di R.A.T.P. specializzato in assistenza e supporto nell'avvio e nello sviluppo delle nuove attività del gruppo (un ingegnere *senior* e due tecnici *junior* impegnati nella formazione).

Come puntualmente sottolineato dalle difese resistenti, la concessione in esame si caratterizza per il trasferimento dal gestore uscente a quello subentrante di tutto il personale, nonché dei beni mobili e immobili e delle dotazioni occorrenti per l'esecuzione del servizio. Il personale aggiuntivo messo a disposizione di **Autolinee Toscane** da R.A.T.P. appare, pertanto, del tutto idoneo, per numero, qualifiche professionali e mansioni previste, ad attuare il previsto supporto operativo; a nulla rileva la mancanza, fra quel personale, di soggetti muniti della qualifica dirigenziale, trattandosi di qualifica che potrà essere eventualmente

assunta all'avvio della esecuzione del servizio e considerato, in ogni caso, che quel che conta è la messa a disposizione da parte dell'ausiliaria di personale esperto e in grado di trasferire al personale già addetto al servizio, ivi compreso quello avente qualifica dirigenziale, il *know-how*, le procedure e l'utilizzo dei sistemi informativi correntemente utilizzati da R.A.T.P. per l'esecuzione dei propri servizi di trasporto pubblico.

6.1.2. Per quel che attiene al possesso, in capo all'impresa ausiliaria, dei requisiti soggettivi di moralità, è da osservare che nella dichiarazione resa ai sensi e per gli effetti dell'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006 la presidente di R.A.T.P. ha attestato l'assenza di cause di esclusione per sé, per il direttore tecnico e comunque per “gli eventuali soggetti risultanti dalla certificazione del registro delle imprese, che ricoprono le qualifiche individuate dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 38 del citato D.Lgs. 163/2006”. Ora, poiché i nominativi dei soggetti che dispongono di poteri rappresentativi in nome e per conto di R.A.T.P. risultano da banche dati ufficiali e pubbliche, come implicitamente riconosciuto dalla stessa ricorrente principale (la quale allega e dimostra di aver reperito sul bollettino ufficiale ministeriale francese i nominativi di almeno due soggetti – il direttore del dipartimento legale e il direttore finanziario – cui R.A.T.P. ha conferito ampi poteri rappresentativi), ben può ritenersi soddisfatto il principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 16 del 30 luglio 2014, secondo cui la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati, come nella specie, mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici: una dichiarazione siffatta non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio.

7. Con il settimo motivo, Mobit deduce che l'offerta tecnica di **Autolinee Toscana** sarebbe stata redatta in violazione dell'indice di occupazione minimo (51,3) previsto a pena di esclusione a garanzia del rispetto degli obiettivi indicati dal D.P.C.M. 11 marzo 2013, recepiti dalla *lex specialis*.

Già a partire dal terzo anno di contratto (e anche per il quarto e il quinto), A.T. avrebbe infatti posto le condizioni per procedere a una riduzione di personale superiore a quanto consentito dalla legge di gara, conseguendo in tal modo un enorme vantaggio economico e, allo stesso tempo, impedendo alla Regione di attingere al fondo nazionale per il concorso dello Stato agli oneri finanziari del TPL.

Inoltre, già dal secondo anno il PEF di A.T. prenderebbe in considerazione ben centoventi uscite volontarie fra il personale amministrativo, ed altre negli anni successivi, per un totale di centocinquantesette addetti. Tali uscite, ulteriori rispetto a quelle ordinarie per quiescenza, maschererebbero in realtà una riduzione di personale per licenziamento, avuto riguardo al numero eccessivo di dimissioni volontarie previste e alla palese insufficienza del contributo stabilito dal piano in favore di ciascuno dei lavoratori dimissionari.

7.1. Sostiene A.T., dal canto suo, che la previsione di un indice minimo di 51,3 si riferirebbe ai soli primi due anni di contratto, mentre ai concorrenti sarebbe stata lasciata discrezionalità a partire dal terzo anno. Coerentemente l'art. 10 dello schema di contratto prevedrebbe, dal terzo al quinto anno, il mantenimento non dell'indice di occupazione 51,3, ma di quello, anche diverso, indicato dai concorrenti e non costituente un parametro da rispettare a pena di esclusione, ma un criterio di valutazione dell'offerta e di attribuzione del punteggio. E Mobit non avrebbe alcun interesse a far valere l'esistenza di una vera e propria clausola escludente, giacché essa stessa sarebbe incorsa in violazione analoga a quella contestata ad A.T..

Anche la Regione Toscana nega che gli atti di gara prevedano un indice di occupazione minimo inderogabile a pena di esclusione per gli anni dal terzo al quinto. La volontà della Regione sarebbe, in realtà, quella di valorizzare, con l'attribuzione di un punteggio più elevato, il minor ricorso da parte dei concorrenti allo strumento della mobilità.

7.2. La doglianza non è suscettibile di accoglimento.

La più volte menzionata “griglia” di valutazione dell'offerta economica e tecnica, nella parte riservata agli “ulteriori criteri di valutazione dell'offerta tecnica”, al paragrafo “C” assegna un massimo di sette punti al piano occupazionale, prescrivendo ai concorrenti di indicare il numero di addetti, totali e per qualifica, da adibire allo svolgimento del servizio a partire dal terzo anno. L'indicazione, per ogni anno dal terzo al quinto, di un numero di addetti superiore a quelli dell'anno precedente è sanzionata con l'esclusione.

Ai concorrenti è richiesta la compilazione del foglio elettronico denominato “indice di occupazione” (foglio 7), già preimpostato con le formule di calcolo, nel quale indicare il numero di addetti a partire dal terzo anno. Per i primi due anni il numero degli addetti e l'indice di occupazione sono infatti stabiliti dalla Regione in misura predefinita (5.455 addetti, indice 51,3).

Ai fini dell'attribuzione del punteggio, la “griglia” precisa che la valutazione dell'offerta tiene conto dell'indice medio di occupazione calcolato sugli anni terzo, quarto e quinto.

L'insieme delle disposizioni appena richiamate non lascia adito a dubbi circa il fatto che, mentre per i primi due anni del contratto il numero totale degli addetti e, conseguentemente, l'indice di occupazione, sono predeterminati dalla Regione, a partire dal terzo anno l'indicazione compete ai concorrenti, a carico dei quali non sussiste a pena di esclusione alcun obbligo di mantenere il medesimo livello occupazionale dei primi due anni, ma – negli anni dal terzo al quinto – quello di

non aumentare il numero degli addetti rispetto agli anni precedenti. La possibilità di una riduzione del numero degli addetti per gli anni a partire dal terzo è, inoltre, compatibile con la previsione contenuta nell'art. 1 co. 4 del D.P.C.M. 11 marzo 2013 (*“Definizione dei criteri e delle modalità con cui ripartire il Fondo nazionale per il concorso dello Stato agli oneri del trasporto pubblico locale, anche ferroviario, nelle regioni a statuto ordinario”*), che reputa verificabile il conseguimento dell'obiettivo di mantenere adeguati livelli di occupazione anche in presenza di una riduzione del livello degli occupati attuata con il blocco del *turn over* per le figure professionali non necessarie a garantire l'erogazione del servizio, e/o con processi di mobilità del personale verso aziende dello stesso o di altri settori, ovvero di altre misure equivalenti.

Che a partire dal terzo anno l'indice di occupazione non necessariamente debba coincidere con il valore di 51,3 previsto per i primi due anni è confermato dalla circostanza, già rilevata, che il foglio “indice di occupazione” risulta precompilato dalla Regione per i primi due anni, mentre la compilazione dei dati relativi a numero degli addetti e relativo indice è rimessa per gli anni successivi ai concorrenti. Si aggiunga che la valutazione dell'offerta, per il criterio in questione, è espressamente affidata dalla legge di gara al valore dell'indice medio di occupazione riferito agli anni terzo, quarto e quinto calcolato sulla base dei dati occupazionali forniti dai concorrenti. Ne risulta ulteriormente smentita l'esistenza, con riferimento a quegli anni, di una soglia inderogabile dell'indice da rispettare a pena di esclusione, trattandosi non di un requisito di partecipazione, ma di un elemento di valutazione dell'offerta volto a premiare i concorrenti capaci di mantenere il più elevato possibile il livello dell'occupazione.

Le prescrizioni della “griglia” di valutazione trovano pieno riscontro negli artt. 9 e 10 dello schema di contratto di concessione allegato agli atti di gara.

La prima delle due disposizioni citate obbliga il concessionario, ai fini del rispetto

del D.P.C.M. 11 marzo 2013, ad assicurare per ciascun anno di vigenza contrattuale il raggiungimento del valore del rapporto di contribuzione indicato nel PEF.

La seconda esige il rispetto di quanto stabilito dall'art. 1 co. 4 del D.P.C.M. 11 marzo 2013 ed all'uopo obbliga il concessionario ad adottare politiche del personale conformi. Essa, per i primi due anni di vigenza contrattuale, pone a carico del concessionario l'obbligo di mantenere inalterati i livelli occupazionali, fatta eccezione per le ipotesi di quiescenza, deroghe autorizzate e di uscite volontarie dal servizio; mentre, dal terzo al quinto anno, vincola il concessionario al mantenimento dell'indice occupazionale da esso stesso indicato nell'offerta, al lordo di uscite per quiescenza, uscite volontarie, trasferimento di addetti nell'ambito delle procedure per il trasferimento del personale dall'impresa cessante all'impresa subentrante disciplinate dall'art. 18-*bis* della legge n. 42/1998, aumento delle percorrenze o variazione delle proporzioni fra tipologie di servizio.

Se ne ricava che l'indice di occupazione – come già detto fisso e predeterminato per i primi due anni - è rimesso al concorrente per gli anni successivi, nei quali la riduzione del personale non è vietata dal D.P.C.M. 11 marzo 2013, a condizione che venga operata mediante uscite volontarie, blocco del *turn-over*, mobilità (mentre dal terzo al quinto anno, il concessionario è obbligato, come si è visto, a mantenere inalterato l'indice proposto in sede di offerta e la mobilità non è consentita al di fuori delle procedure di cui all'art. 18-*bis* l.r. n. 42/1998).

Quanto al numero di uscite volontarie che il PEF di **Autolinee Toscane** presenterebbe già a partire dal secondo anno di contratto, numero che la ricorrente principale ritiene implausibile e, perciò, dissimulante una non consentita riduzione di personale per licenziamento, sia sufficiente osservare che le previsioni sul numero di addetti ricavabili dai piani economico-finanziari di A.T. e di Mobit sono sostanzialmente sovrapponibili; questo contraddice sia la presunta anomalia della

riduzione di personale prevista da A.T., sia l'ipotesi secondo cui il PEF dell'aggiudicataria nasconderebbe un tentativo di aggiramento delle prescrizioni della legge di gara in materia di salvaguardia degli indici occupazionali. Nel periodo compreso tra il primo e il quinto anno di vigenza contrattuale, il PEF di A.T. prevede una riduzione di 454 unità di personale, dato apparentemente superiore a quello di Mobit, che prevede una riduzione di 370 unità, ma a partire da un numero iniziale più basso (per Mobit il personale al primo anno è pari a 5.210 unità, contro le 5.352 di A.T.); se, poi, il calcolo viene effettuato a partire dal totale degli addetti quale risultante dalla ricognizione al 31 agosto 2013, e riportato negli atti di gara come pari a 5.455, la riduzione prevista da Mobit finisce per risultare, al quinto anno di contratto, anche più consistente di quella prevista da A.T. (615 unità in meno per Mobit contro le 557 di A.T.).

8. L'accoglimento (di almeno uno) dei motivi intesi a contrastare l'ammissione alla gara dell'offerta vincitrice esonera il collegio dall'esame dei rimanenti motivi di ricorso principale (dall'VIII al XII), proposti in via dichiaratamente subordinata e in relazione ai quali l'interesse alla decisione deve pertanto intendersi cessato (cfr. Cons. Stato, A.P., 27 aprile 2015, n. 5).

8. Può passarsi, quindi, all'impugnazione incidentale spiegata da **Autolinee Toscane**.

Con il primo motivo quest'ultima lamenta che l'offerta di Mobit non sia stata esclusa dalla gara per incoerenza fra la parte tecnica dell'offerta medesima e il PEF. In particolare, l'offerta tecnica della ricorrente principale recherebbe l'indicazione del numero di 4.544 addetti per ciascuno dei primi cinque anni di esecuzione del contratto, salvo, nella relazione di accompagnamento al PEF, modificare tale dato e prevedere sin dal primo anno un numero di addetti pari a 5.221, inferiore a quello indicato nei documenti di gara e ribadito nella stessa relazione tecnica con riferimento ai costi del personale.

Il numero di 5.221 addetti non sarebbe stato noto ed accessibile a nessun altro dei concorrenti, con chiara violazione della *par condicio*; e, soprattutto, su di esso si baserebbe il costo del personale esposto da Mobit nel proprio PEF, in contrasto con il numero di 5.455 unità di personale indicato dalla stessa Mobit nell'offerta tecnica alla voce "C – Criterio occupazionale". Tale discrasia avrebbe consentito a Mobit, da un lato, di inserire nel PEF minori costi per circa 90,5 milioni di euro, e, dall'altro, di conseguire il migliore punteggio relativamente al criterio valutativo rappresentato dall'indice occupazionale.

Sotto un differente profilo, **Autolinee Toscane** rileva che l'offerta di Mobit evidenzerebbe, nel rapporto fra gli anni 2022/2023 e 2025/2026 un valore in decrescita del rapporto di contribuzione, parametro utilizzato dalla legge di gara come indice di sostenibilità delle offerte e il cui valore deve essere pari o superiore a 0,27 per il primo anno, a 0,29 per il secondo, e non presentarsi in decrescita per gli anni successivi.

Ancora, la ricorrente incidentale aggiunge che, in risposta a un quesito posto da Mobit, la Regione Toscana aveva precisato in corso di procedura che il contributo destinato a finanziamento per il rinnovo del parco autobus avrebbe dovuto essere trattato lungo la vita economica dei mezzi e non imputato agli esercizi in cui sarebbe avvenuta l'erogazione finanziaria.

In difformità dal chiarimento, il PEF di Mobit imputerebbe invece il contributo in questione a ricavo negli esercizi cui l'erogazione si riferisce. Inoltre, dal PEF di Mobit risulterebbe l'erronea imputazione nel conto economico dei crediti di imposta potenzialmente conseguibili nei diversi anni di esercizio della gestione, con l'effetto di ottenere indebitamente un miglior risultato netto a sua volta incidente sull'indice di redditività ROE.

8.1. Le censure sono infondate.

8.1.1. Come si è già osservato, il foglio elettronico "indice di occupazione" (foglio

7), che il paragrafo “C” della griglia di valutazione delle offerte chiedeva ai concorrenti di presentare, era precompilato quanto ai primi due anni di gestione del servizio. Fra i dati preinseriti dalla Regione, vi è quello relativo al numero totale degli addetti, pari a 5.455.

L’art. 10 dello schema di contratto prevede espressamente l’obbligo dei concorrenti di mantenere invariato per i primi due anni il numero degli addetti e l’indice di occupazione predefinito dalla Regione, facendo però salva l’eccezione relativa alle uscite consentite (per quiescenza, dimissioni volontarie, deroghe autorizzate): tanto che, per il primo anno di servizio, sia il PEF di Mobit, sia quello di A.T., espongono un numero di unità di personale inferiore a quello indicato in offerta nel foglio 7 (5.210 unità per Mobit, 5.352 per A.T.).

Per gli anni dal terzo al quinto, lo schema di contratto prevede il mantenimento dell’indice occupazionale indicato in offerta, ancora una volta al lordo delle ipotesi di uscita consentita dal servizio, ovvero di aumento delle percorrenze o variazione delle proporzioni fra tipologia di servizio; correlativamente, i dati riportati dalle concorrenti in offerta (si vedano i fogli 7 di Mobit e di A.T.) non coincidono con quelli riportati nei rispettivi piani economico-finanziari, a testimonianza del fatto che ambedue le odierne contendenti hanno dato, *in parte qua*, identica – e corretta – lettura della legge di gara (nel PEF di A.T., in particolare, il “totale organico” al 1 gennaio 2016 coincide con i dati contenuti nel foglio 7, mentre l’”organico di partenza” utilizzato per il calcolo del costo del lavoro/FTE esibisce, a partire dal secondo anno, valori via via inferiori). Lettura, questa, conforme ai chiarimenti resi dalla Regione, la quale, in risposta a un quesito di Mobit, aveva giusto precisato come le unità di personale nel foglio 7 dell’offerta dovessero venire indicate al lordo delle fattispecie in uscita contemplate dall’art. 10 dello schema di contratto, mentre, ai fini del costo del personale da esporre nel PEF, si sarebbe dovuto fare riferimento al numero degli addetti al netto delle uscite.

La circostanza che A.T., al pari di Mobit, mostri di aver tenuto conto dello scarto esistente fra i dati dell'organico al lordo delle uscite, utilizzato ai fini del calcolo dell'indice di occupazione, e dell'organico effettivo, utilizzato ai fini della programmazione dei costi nel PEF, contraddice altresì l'affermazione della stessa ricorrente incidentale, secondo cui la sola Mobit avrebbe beneficiato della conoscenza dei dati relativi al numero degli addetti in carico al servizio alla data di avvio della concessione.

8.1.2. Fra gli altri indici di sostenibilità/congruità delle offerte, la griglia di valutazione allegata alla lettera di invito utilizza il "rapporto di contribuzione", stabilendo che esso debba presentare per il primo anno un valore pari o superiore a 0,27, per il secondo anno un valore pari o superiore a 0,29 e per gli anni successivi un valore non in decrescita rispetto a quello dell'esercizio precedente.

Analogamente prevede l'art. 9 dello schema di contratto. Il rapporto di contribuzione, chiariscono le Linee Guida per la redazione del PEF, è pari al rapporto tra ricavi da traffico e la somma di ricavi da traffico, corrispettivo pubblico e contributo per programma di rinnovo straordinario dei bus.

La legge di gara, come si vede, prende in esame l'indice rappresentato con due sole cifre decimali, e non con quattro, come la ricorrente incidentale pretenderebbe per evidenziare, nel PEF di Mobit, la presenza di valori in decrescita fra gli anni 2022/2023 e 2025/2026. Al contrario, la rappresentazione a due decimali, conforme alla legge di gara, presenta valori corretti – non in decrescita – sia se ottenuta mediante troncatura, sia se ottenuta mediante arrotondamento.

8.1.3. Lo schema di contratto di concessione prevede, agli artt. 6 e 7, l'erogazione in favore del concessionario di un contributo regionale per la realizzazione del programma di rinnovo del parco autobus.

Le Linee Guida per la redazione del PEF collocano detto contributo tra i ricavi e "suggeriscono" di contabilizzarlo con il metodo indiretto. In sede di chiarimenti, la

Regione Toscana ha escluso l'esistenza di possibili contraddizioni fra le previsioni contrattuali e le Linee Guida, attenendo le seconde alle modalità applicative del principio di competenza economica del contributo: questo, secondo i chiarimenti regionali, "deve essere trattato lungo la vita economica dei mezzi e non imputato agli esercizi in cui avviene l'erogazione finanziaria", senza che perciò ne muti la natura di corrispettivo.

Pacifico dunque che, nella specie, il contributo in questione è trattato nel PEF di Mobit alla stregua di un corrispettivo, la contabilizzazione secondo il metodo indiretto (principi contabili O.I.C. 16) forma oggetto non di una clausola prescrittiva, ma di un'indicazione non cogente, com'è reso inequivocabile dal tenore letterale delle Linee Guida ("viene suggerito di contabilizzare tale contributo con il metodo indiretto"), che, coerentemente, non contengono alcuna sanzione – tantomeno quella espulsiva – per l'ipotesi di inosservanza dell'indicazione. Né della natura chiaramente non prescrittiva della clausola può dubitarsi in virtù dei chiarimenti resi dalla Regione, i quali non possono mai integrare la legge di gara, ovvero rappresentarne una sorta di interpretazione autentica vincolante (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708).

Nessun effetto escludente è del pari ricollegabile, sulla base della *lex specialis*, alla scelta di Mobit di iscrivere al conto economico i crediti di imposta potenzialmente conseguibili durante l'esercizio della gestione. Si tratta, semmai, di un profilo che investe l'attendibilità della stima che ha portato Mobit a iscrivere negli anni dal primo al quarto le imposte anticipate, in previsione degli utili prodotti a partire dal quinto anno: una valutazione che non appare di per sé irragionevole e che non è scalfita dalle generiche allegazioni della ricorrente incidentale in ordine alla pretesa contrarietà dell'iscrizione ai principi di correttezza fiscale e prudenza contabile.

9. Con il secondo motivo di ricorso incidentale, **Autolinee Toscane** – svolgendo una censura esattamente corrispondente a quella di cui al quinto motivo del ricorso

principale – afferma che il PEF presentato da Mobit a corredo della propria offerta mancherebbe dell'asseverazione richiesta dalla legge di gara, tale non potendosi considerare la relazione della società di revisione PwC inserita nella busta contenente l'offerta economica. Detta relazione, al di là degli aspetti testuali (la parola “asseverazione” non vi sarebbe mai menzionata), non certificherebbe l'avvenuto svolgimento di alcuna delle attività o verifiche poste a carico dell'asseveratore dall'art. 96 D.P.R. n. 207/2010; in ogni caso, mancherebbe della effettiva riferibilità al PEF prodotto in gara, non sottoscritto, né siglato, dalla predetta società PwC e pertanto non riconoscibile come allegato alla relazione stessa. Questa, per di più, non si concluderebbe con alcuna asseverazione o attestazione di sostenibilità/congruità economico finanziaria del servizio e sarebbe priva di riferimenti agli elementi concreti della gara.

Ribatte Mobit che l'asseverazione da essa allegata all'offerta economica sarebbe pienamente rispondente alla lettera di invito, in linea con gli elevati standard di una delle principali società di revisione a livello mondiale, risultandone rispettato altresì il disposto dell'art. 96 D.P.R. n. 207/2010, cit..

Aggiunge la Regione che la riconducibilità dell'asseverazione al PEF presentato in gara da Mobit sarebbe indiscutibilmente confermata dai precisi riferimenti alla procedura di gara, presenti nel documento redatto dalla società PwC.

9.1. Su tale punto si è già osservato, esaminando il ricorso principale di Mobit, che secondo l'art. 96 D.P.R. n. 207/2010 l'attività di asseverazione di piani economico-finanziari consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fonti di finanziamento, nonché nella verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati con la bozza di convenzione. La valutazione deve ricadere almeno sugli elementi, desunti dalla documentazione messa a disposizione ai fini dell'asseverazione, elencati al quinto comma della ricordata disposizione

regolamentare.

La relazione della società di revisione PricewaterhouseCoopers (PwC) del 21 luglio 2015, in atti, attesta l'avvenuto esame del piano economico finanziario predisposto da Mobit nell'ambito della procedura per l'affidamento in concessione dei servizi di TPL indetta dalla Regione Toscana (l'intestazione della relazione contiene anche il riferimento al CIG della gara, nonché agli estremi identificativi della lettera di invito). La società PwC vi riferisce di aver operato secondo le procedure previste dall'*International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3400*, emesso dall'*International Federation of Accountants*, e di aver verificato la coerente e ragionevole predisposizione dei dati previsionali descritti nella relazione di accompagnamento al PEF di Mobit.

Stando alla relazione accompagnatrice, cui l'attestazione di PwC rinvia *per relationem*, i prospetti previsionali elaborati da Mobit per la stesura del PEF consistono nel conto economico, nello stato patrimoniale e nel rendiconto finanziario, ed evidenziano il raggiungimento dei valori degli indici di redditività e di bancabilità del piano prescritti dalla Regione con la lettera di invito. Il piano economico-finanziario di Mobit è articolato su un periodo temporale di undici anni, comprensivo cioè dei due anni di proroga della concessione, e considera, fra gli altri ricavi stimati nel conto economico, anche i corrispettivi da contributi pubblici, così come sono rappresentati tutti i costi operativi. Lo stato patrimoniale dà conto di tutte le attività e delle fonti finanziarie, e il rendiconto finanziario descrive la struttura finanziaria dell'operazione, soffermandosi sui profili di complessiva sostenibilità e bancabilità dell'operazione.

Poiché, pertanto, l'attestazione della società PwC ricade sul complesso di tali elementi previsionali, considerati nel loro insieme, non può dubitarsi che essa presenti contenuti corrispondenti a quelli descritti dall'art. 96 D.P.R. n. 207/2010, con riguardo sia ai profili di ordine generale indicati dalla norma (valutazione degli

elementi economici e finanziari, verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi), sia agli elementi che la stessa norma richiede specificamente di analizzare (contributi pubblici, durata prevista della concessione, struttura finanziaria dell'operazione comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario, costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe applicate).

L'argomento lessicale che si fonda sul mancato ricorso, da parte del revisore di Mobit, al lemma "asseverazione" è dunque superato dalla sostanza dell'attività svolta, che corrisponde nei suoi contenuti alla ricordata nozione normativa.

Per quel che attiene, poi, alla pretesa non riferibilità dell'attestazione di PwC al PEF presentato in gara da Mobit, la sua presenza – incontestata – all'interno della busta contenente l'offerta economica, ovvero il PEF e la relazione di accompagnamento, unitamente ai riferimenti agli atti di gara contenuti nell'attestazione, rende di per sé scarsamente plausibili i dubbi sollevati dalla ricorrente incidentale. Dubbi peraltro definitivamente fugati dalla nota del 31 maggio 2016, proveniente dalla stessa società di revisione PwC e integrante mezzo di prova atipico, ove si conferma la coincidenza fra il PEF prodotto in gara da Mobit e quello oggetto dell'asseverazione, senza che l'attendibilità e la genuinità ne siano confutate da emergenze istruttorie di segno contrario.

10. Con il terzo motivo di ricorso incidentale, **Autolinee Toscane** impugna i verbali di gara e la verifica dei requisiti di partecipazione, operata dalla Regione, nella parte in cui l'amministrazione procedente non avrebbe esercitato i propri poteri di soccorso istruttorio per consentire di completare e/o integrare le dichiarazioni rese da A.T. circa il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006.

La censura, dichiaratamente subordinata al favorevole scrutinio del sesto motivo di

ricorso principale, che va invece respinto, è da reputarsi improcedibile per difetto di interesse.

Analogamente, è da ritenersi non più sostenuto da interesse processuale il quarto motivo di ricorso incidentale, subordinato all'accoglimento dei primi tre motivi di ricorso principale, che sono stati disattesi.

Il motivo investe la partecipazione alla gara di Mobit, una delle cui consorziate – Busitalia Sita Nord S.r.l. – sarebbe titolare di affidamenti diretti non conformi al combinato disposto degli artt. 5 e 8, paragrafo 3, del Regolamento n. 1370/2007. L'assenza di interesse alla decisione, sul punto, rende superfluo l'approfondimento istruttorio sollecitato dalla ricorrente incidentale.

11. Con il quinto motivo di gravame incidentale, A.T. – per l'ipotesi, verificatasi, di accoglimento del quarto motivo di ricorso principale, riguardante il PEF da essa presentato – impugna la legge di gara e, in particolare, le Linee Guida per la redazione del PEF, nella parte in cui non chiariscono che l'indice di bancabilità DSCR debba essere calcolato con esclusione dei periodi di *cash flow* negativo, trattandosi di un indice che, per natura e finalità, è determinato in funzione del momento successivo all'utilizzo dei finanziamenti concessi. Ogni diversa lettura o interpretazione, indotta dalla inadeguata redazione delle Linee Guida, sarebbe manifestamente illogica e contraria, traducendosi in corrispondenti vizi della *lex specialis*.

11.1. A confutazione di tali doglianze, possono qui integralmente richiamarsi tutte le considerazioni esposte ai paragrafi da 4.2.1. a 4.2.4. in ordine al significato da attribuire all'indice DSCR, per come adoperato dalla Regione Toscana ai fini della verifica di bancabilità dei piani economico-finanziari presentati in gara dalle imprese concorrenti.

Merita unicamente prendere atto che **Autolinee Toscane** concorda sull'erroneità delle operazioni compiute dalla commissione di gara, la quale ha ritenuto di poter

aggiungere al dato del *free cash flow* esposto nel PEF di A.T. la componente aggiuntiva di debito, ottenendo sì un valore medio del DSCR superiore all'unità, ma in aperta violazione delle Linee Guida.

Deve inoltre aggiungersi come sia rimasta indimostrata l'affermazione di A.T., secondo cui la legge di gara, se intesa nel senso di riferire il calcolo del DSCR anche agli anni del tiraggio bancario, renderebbe inattuabile la partecipazione di qualsiasi soggetto diverso dal gestore uscente. A differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente incidentale, le scelte che la Regione ha trasfuso nella legge di gara impongono ai concorrenti l'adozione di una specifica struttura finanziaria; e, al di là della contestazione astratta, non vi è alcun serio principio di prova circa il fatto che questo comporti l'assunzione di oneri insostenibili ed effettive ricadute anticoncorrenziali a favore del gestore uscente.

11.2. Ancora nell'ambito del quinto motivo di ricorso incidentale, è dedotta l'illegittimità e illogicità di una lettura delle Linee Guida per la redazione del PEF che consentisse, come fatto dalla ricorrente principale Mobit, di estendere a dismisura il periodo di durata dei finanziamenti, rilevante ai fini del calcolo dell'indice DSCR.

Il PEF di Mobit sarebbe articolato a tal fine su di un periodo di ventuno anni, a fronte degli undici anni di durata massima della concessione, con il risultato che il valore dell'indice esibito sarebbe da considerarsi meramente virtuale e che l'offerta, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa. In contrario non varrebbe invocare la previsione delle Linee Guida sulle modalità di calcolo del DSCR, che, nel consentire di estendere l'orizzonte temporale della concessione, si riferirebbe al solo periodo di proroga tecnica di dodici mesi previsto dall'art. 5 dello schema di contratto per il passaggio delle consegne al nuovo gestore. Una diversa interpretazione sarebbe illogica e contraria alle disposizioni dello schema di contratto e alle norme imperative che limitano la durata della concessione e della

proroga tecnica.

A.T. impugna, pertanto, i verbali di gara nella parte in cui la Regione ha giudicato congruo il PEF di Mobit e ammesso l'offerta, nonostante la previsione di un periodo di rimborso dei finanziamenti esteso a dismisura. Essa impugna, altresì, la legge di gara e la lettera di invito, ove dovessero essere interpretate nel senso di consentire l'inserimento nel PEF di una previsione siffatta.

Mobit, relativamente a questo aspetto, sostiene di essersi avvalsa di un'opzione alla quale ben avrebbe potuto fare ricorso la stessa A.T., e che si giustificerebbe in ragione della necessità di consentire ai concorrenti di rientrare comunque dei finanziamenti assunti negli ultimi anni di esercizio della gestione, segnatamente nell'ultimo.

La Regione Toscana ribadisce che le Linee Guida avrebbero inteso tenere conto della possibilità, del tutto fisiologica, che rilevanti investimenti di sviluppo fossero proposti dai concorrenti non nella fase iniziale, ma in quella terminale della gestione, con la conseguenza che il termine di restituzione dei finanziamenti eventualmente assunti allo scopo eccedesse la durata della concessione.

11.2.1. Il tema del metodo di calcolo dell'indice DSCR seguito da Mobit, e della correttezza e attendibilità di tale metodo alla luce delle Linee Guida regionali, ha costituito oggetto del secondo quesito rivolto dal collegio al consulente tecnico d'ufficio.

Il C.T.U., nel rispondere al predetto quesito, muove dai diversi riferimenti temporali che le Linee Guida assumono per la redazione del PEF e per il calcolo dell'indice DSCR.

Quanto al primo, il paragrafo 1. delle Linee Guida è inequivocabile nel sancire che lo sviluppo del PEF va riferito agli undici anni di durata della concessione, comprensivi del biennio di proroga previsto dall'art. 5 dello schema di contratto.

Quanto al secondo, l'ultimo paragrafo delle Linee Guida appare altrettanto

inequivoco nel riferire il calcolo di ambedue gli indici DSCR e LLCR alla durata complessiva del finanziamento: il fatto che tale durata non necessariamente debba coincidere con quella della concessione del servizio è reso chiaro, sul piano logico, dalla possibilità, offerta ai concorrenti, di estendere “eventualmente l’orizzonte temporale della concessione a parità di condizioni operative dell’ultimo esercizio della concessione”.

Il PEF di Mobit, ai fini della redazione dello stato patrimoniale, del conto economico e del rendiconto finanziario si sviluppa lungo gli undici anni di durata della concessione. Il valore del DSCR medio è stato invece ottenuto a partire dai dati puntuali calcolati anno per anno dal 2016 al 2036, quindi per altri dieci anni oltre la durata della concessione e l’orizzonte temporale dei prospetti contabili da cui i valori stessi sono tratti. Per i dieci esercizi successivi al termine della concessione, il DSCR medio fa riferimento, come rilevato dal C.T.U., al valore di FCF derivante dallo svolgimento dei servizi nell’ultimo esercizio del piano, quale risultante dal rendiconto finanziario, mentre i valori relativi al servizio del debito sono calcolati analiticamente sino al termine del periodo previsto per la restituzione.

Nel reputare non contrario alle Linee Guida il comportamento di Mobit, il consulente d’ufficio ha però sottolineato come il calcolo del DSCR effettuato oltre la scadenza del periodo massimo di durata della concessione possa in concreto ridurre la già rilevata finalità e la conseguente valenza informativa dell’indice e, in definitiva, l’attendibilità dello stesso; ciò a maggior ragione se si considera che, per i primi dieci anni, con l’eccezione del nono, il PEF di Mobit esibisce un indice DSCR inferiore all’unità (nei primi cinque anni il valore è addirittura negativo), mentre i valori più elevati dell’indice – grazie ai quali la media complessiva risulta superiore all’unità – si registrano soprattutto negli ultimi anni del piano, via via che si riduce il servizio del debito, con un picco nel ventesimo anno. Da qui i dubbi

sollevati dal C.T.U. circa la effettiva bancabilità del PEF, stante la difficoltà di immaginare l'esistenza di flussi di cassa attivi nel periodo successivo alla scadenza della concessione.

Preso atto della scelta operata dalla Regione, di prevedere per il calcolo del DSCR medio un orizzonte temporale più esteso rispetto alla durata della concessione, il C.T.U. ha tuttavia ribadito il valore convenzionale e non assoluto degli indicatori e delle soglie previsti dalla legge di gara ai fini della valutazione di bancabilità del progetto industriale; pertanto lo stesso consulente ha concluso per la formale aderenza del PEF di Mobit alle indicazioni delle Linee Guida. Al contempo, tuttavia, egli ha avvertito che lo scenario ipotizzato da Mobit ben potrebbe non realizzarsi, qualora, al termine della concessione, nel servizio dovesse subentrare un gestore differente; evenienza che potrebbe ingenerare rilevanti dubbi sulla sostanziale attendibilità dei flussi finanziari utilizzati da Mobit per il calcolo del DSCR puntuale riferito ai dieci anni successivi alla scadenza, non potendosi realisticamente prevedere se in quegli anni il servizio sarà ancora attivo.

Le valutazioni del C.T.U. sono criticate dalla difesa di **Autolinee Toscane**, la quale ne contesta l'irrazionalità nella parte in cui non solo attestano la correttezza del PEF di Mobit rispetto alle Linee Guida, ma non si esprimono chiaramente sulla sua bancabilità, diversamente da quanto fatto per il PEF di A.T.. Seguendo l'impostazione del C.T.U., sostiene la ricorrente incidentale, le Linee Guida porterebbero all'irragionevole risultato di considerare corretto un PEF certamente irrealizzabile, quello di Mobit, e inattendibile un PEF certamente bancabile, quello di A.T..

Mobit, dal canto suo, invoca le conclusioni della consulenza tecnica d'ufficio a conferma della tesi circa la piena rispondenza del proprio PEF alle prescrizioni impartite dalla Linee Guida ed insiste nell'affermare la ragionevolezza di tali prescrizioni, le quali rivestirebbero la funzione pro concorrenziale di assicurare, al

termine della gestione, la sostenibilità del debito e le condizioni per la regolare prosecuzione del servizio da parte del gestore subentrante: laddove la bancabilità non venisse valutata lungo l'intera vita del finanziamento (pur ampiamente eccedente la durata del servizio), i concorrenti sarebbero incentivati a presentare offerte comportanti la concentrazione di nuovi finanziamenti negli ultimi anni della gestione e determinanti un debito non sostenibile a carico del subentrante.

La Regione Toscana per sostenere la bontà delle Linee Guida rimarca, quanto all'attendibilità e bancabilità del PEF di Mobit, che lo stesso C.T.U., da un lato, avrebbe riconosciuto a Mobit la possibilità, nell'ipotesi di perdita dell'affidamento al termine degli undici anni di durata della concessione, di realizzare un flusso di cassa dalla cessione degli *asset* utilizzati per il progetto, come infatti previsto nel PEF di A.T.; e, dall'altro, avrebbe escluso timori per la perdita dei medesimi *asset*, avendo l'offerta di Mobit evidenziato la disponibilità di idonee coperture finanziarie di origine non operativa.

11.2.2. Ricostruite in tal modo le contrapposte posizioni, il collegio osserva quanto segue.

Le Linee Guida allegate alla lettera di invito attribuiscono al piano economico finanziario presentato dai concorrenti una triplice dimensione: economica, patrimoniale e finanziaria. Quest'ultima mira ad accertare il raggiungimento dell'equilibrio di tesoreria, tale da assicurare il piano degli investimenti e il rimborso dei finanziamenti.

Come già ricordato, il periodo di riferimento per la redazione del PEF è di undici anni, parametrato alla durata della concessione comprensiva dei due anni di proroga (art. 5 dello schema di contratto). Il calcolo degli indici di bancabilità del piano, a norma delle stesse Linee Guida, è invece riferito al diverso orizzonte temporale previsto per la durata dei finanziamenti, eventualmente più esteso rispetto alla durata della concessione.

La non coincidenza fra orizzonte temporale dei finanziamenti, cui riferire il calcolo degli indici DSCR e LLCR, e orizzonte temporale della concessione costituisce dunque – in virtù della chiara lettera delle Linee Guida (paragrafo 5.) – un’eventualità fisiologica.

È, però, di tutta evidenza che consentire ai concorrenti di estendere potenzialmente a dismisura e ad libitum l’arco temporale di rimborso dei finanziamenti (Mobit, come detto, si è avvalsa di tale possibilità per un decennio successivo alla scadenza della concessione, poiché nelle Linee Guida non sembrano esservi ostacoli testuali che impediscano di concordare ed utilizzare finanziamenti per un’estensione ventennale o trentennale) tanto più svisciva il significato informativo degli indici così ricavati, quanto più esteso è il lasso di tempo cui il calcolo viene riferito.

Supporre, ai fini del giudizio di bancabilità, che le condizioni operative dell’ultimo esercizio della concessione siano riproducibili, dopo la scadenza della concessione, per un periodo liberamente commisurato dai concorrenti alle necessità della propria pianificazione finanziaria equivale, in buona sostanza, a rinunciare alle indicazioni cui gli indici in questione, e in particolare il DSCR, sono preposti e che consistono, lo si ripete, nell’esprimere la capacità del progetto di sostenere il servizio del debito durante il periodo di esercizio della concessione.

Il valore medio dell’indice calcolato lungo un (peraltro indeterminato) lasso temporale eccedente la durata della concessione finisce, dunque, per assumere una connotazione puramente virtuale, com’è dimostrato, nel caso del PEF di Mobit, dalla già evidenziata circostanza che nei primi dieci anni, salvo che per un anno, il FCF prodotto è insufficiente a coprire il servizio del debito. In altri termini, nonostante l’esibizione di un DSCR medio superiore all’unità, il PEF di Mobit evidenzia durante il periodo di vigenza della concessione una costante crisi di liquidità, dovuta allo sbilancio pressoché costante tra i flussi di cassa generati dalla

gestione del servizio e il debito da rimborsare al sistema bancario.

Il consulente tecnico d'ufficio, al riguardo, ha precisato che una tale situazione non è necessariamente rappresentativa di uno scenario di *default*, atteso che il PEF espone coperture finanziarie di origine non operativa, ma certo il ricorso a simili coperture conferma l'effettiva inadeguatezza del rapporto tra flussi di cassa operativi e servizio del debito, in contraddizione con la formale corrispondenza del DSCR medio al valore richiesto dalla legge di gara.

La sostanziale inattendibilità (inutilità) del dato ottenuto calcolando il valore medio del DSCR lungo un arco temporale di gran lunga eccedente la durata della concessione induce a interrogarsi se non vi siano convincenti interpretazioni alternative delle Linee Guida, diversa da quella invocata da Mobit.

Su tale punto, non è stato affrontato, fino ad ora, il nodo relativo al significato da attribuire al requisito della "parità di condizioni operative", previsto dalle Linee Guida ai fini del calcolo degli indici di bancabilità lungo un periodo temporale più esteso di quello della concessione.

Mobit, è pacifico, ha utilizzato il valore di FCF relativo all'ultimo anno di durata della concessione per tutti gli anni successivi, fino al termine (ventennale) di durata dei finanziamenti, assumendo l'assenza, nelle Linee Guida, di limiti temporali per la validità di tali condizioni. Le difese della ricorrente principale e, allo stesso modo, la relazione del suo consulente tecnico di parte rinvengono la *ratio* della facoltà di estendere oltre il termine di durata della concessione il periodo rilevante ai fini del giudizio di bancabilità del progetto aziendale nel fine di assicurare la sostenibilità del debito per il soggetto subentrante al termine della concessione e di evitare che il concessionario possa pregiudicare, con il suo operato, le condizioni necessarie per garantire al subentrante la possibilità di erogare il servizio nel rispetto degli standard previsti. Qualora la bancabilità non venisse valutata lungo l'intera durata del finanziamento, i concessionari sarebbero indotti a presentare

offerte caratterizzate da investimenti per il rinnovo del parco autobus e nuovi finanziamenti concentrati negli ultimi anni della gestione, determinando lo sviluppo di progetti comportanti l'assunzione di un debito non sostenibile per il nuovo gestore subentrante.

Questa prospettiva non è accoglibile.

Essa, innanzitutto, presuppone che, per aversi un risultato significativo, il PEF del concessionario subentrante debba presentare valori sovrapponibili a quello del gestore uscente, condizione che ragionevolmente può realizzarsi quando vi sia coincidenza fra uscente e subentrante, cioè quando non vi sia soluzione di continuità nella gestione per effetto della stipula, da parte del gestore uscente, di un nuovo contratto di servizio alla scadenza della concessione. Al di fuori di tale (del tutto ipotetica) evenienza, tuttavia, il subingresso del nuovo concessionario nei beni del gestore uscente, previsto dalla legge (artt. 15 e 16 l. r. n. 42/1998) e dal contratto di servizio, non comporta certo l'integrale trasferimento dal vecchio al nuovo gestore dei criteri di programmazione economico-finanziaria che stanno alla base del PEF.

Più in generale, l'impostazione di Mobit confonde due piani distinti, giacché la valutazione di bancabilità del PEF riguarda la capacità dei concorrenti di sostenere, in caso di aggiudicazione, il progetto di gestione presentato in gara, e non la sostenibilità (anche) delle gestioni successive a quella oggetto di affidamento. Nell'ottica di Mobit, la "parità di condizioni operative" viene ridotta a una mera finzione, essendo fondata su di un dato previsionale – la permanenza del precedente operatore nella gestione del servizio anche alla scadenza degli undici anni di durata del contratto e per altri dieci anni – privo di consistenza, non sussistendo elementi obiettivi in virtù dei quali un simile esito possa essere preconizzato con una qualche verosimiglianza.

La esposta criticità, peraltro, sembra essere colta dalla stessa Regione Toscana, la

quale, dopo aver anch'essa ribadito come l'estensione decennale del periodo di rimborso dei finanziamenti si spieghi con la volontà di agevolare l'effettuazione di investimenti in corso di concessione, e non solo al suo inizio, afferma che la continuità di valori ipotizzata dal Mobit tra periodo a regime e periodo successivo alla scadenza della durata della concessione si verifica "comunemente" in situazioni di servizio pubblico quali quella in esame, e allega a sostegno i casi di *prorogatio* a parità di condizioni, che da anni, presso alcuni ambiti provinciali della Toscana, sono gestiti dalle amministrazioni competenti attraverso lo strumento unilaterale dell'obbligo di servizio *ex art. 5 par. 5* del Regolamento n. 1370/2007 (si vedano le osservazioni del C.T.P. di parte della Regione Toscana in data 25 luglio 2016, pag. 26).

La tesi regionale tenta di conferire un qualche margine di concretezza alla previsione operata nel PEF di Mobit (e ammessa dalle Linee Guida), ma si risolve anch'essa in una congettura di assai incerta, se non improbabile, verifica.

In realtà, se pure è verosimile che la ragion d'essere della clausola risieda nel favorire l'ammortamento degli investimenti eseguiti dal concessionario negli ultimi anni della gestione, il requisito della parità di condizioni operative dell'ultimo esercizio, cui è subordinata l'estensione del periodo lungo il quale calcolare il DSCR medio, può essere ipotizzato con sufficiente grado di ragionevolezza e attendibilità per periodi brevi e avuto riguardo alle sole evenienze plausibilmente suscettibili di verificarsi alla scadenza della concessione, quali, ad esempio, la prosecuzione del servizio per i dodici mesi che il concessionario uscente è comunque tenuto a garantire a norma dell'art. 5 co. 2 dello schema di contratto.

D'altro canto, non va dimenticato che il trasferimento, al gestore subentrante, dei beni essenziali per lo svolgimento del servizio permette al gestore uscente di realizzare un flusso di cassa utilizzabile per il servizio del debito, come rimarcato nella C.T.U. e come riconosciuto anche dalla Regione (il PEF di **Autolinee**

Toscane presenta appunto al dodicesimo anno il flusso di cassa generato dalla cessione degli *asset*). Se il trasferimento dei beni essenziali – valorizzati a prezzo di mercato, secondo i criteri stabiliti dalla Regione con le linee guida approvate con decreto n. 3462/2013 – permette comunque al gestore uscente di rientrare degli investimenti effettuati, ancorché nella fase terminale della gestione, a più forte ragione si impone una lettura della *lex specialis* che contenga l'estensione del periodo di riferimento per il rimborso dei finanziamenti entro limiti temporali tali da rendere non implausibile la continuità nel servizio, con corrispondente onere di motivazione a carico dell'amministrazione precedente in sede di valutazione delle offerte.

È, questa, l'unica possibilità di dare un'interpretazione conservativa delle Linee Guida (art. 1367 c.c.), le quali, diversamente, dovrebbero reputarsi viziate da illogicità e irragionevolezza, nella parte in cui consentono (*rectius*: sembrano consentire) la potenzialmente illimitata estensione del lasso temporale in relazione al quale eseguire il calcolo degli indici di bancabilità. Anche per questo aspetto deve quindi escludersi che le Linee Guida siano neutrali rispetto alle scelte industriali dei concorrenti; ma, di nuovo, non vi è alcuna dimostrazione del fatto che esse determinino un condizionamento tale da pregiudicare la presentazione di progetti finanziariamente sostenibili (nello specifico, lo si ripete, il rientro degli investimenti effettuati è comunque assicurato dalla cessione onerosa, a valore di mercato, dei beni essenziali al gestore subentrante).

L'offerta di Mobit, il cui PEF esibisce un valore dell'indice DSCR superiore all'unità ottenuto grazie all'estensione del periodo temporale di riferimento per ben dieci anni successivi alla scadenza della concessione, avrebbe, dunque, dovuto essere esclusa dalla gara, alla stregua di una corretta interpretazione delle Linee Guida.

È appena il caso di aggiungere, relativamente all'eccezione di inammissibilità

dell'impugnazione incidentale sollevata dalla difesa di Mobit (A.T. non avrebbe interesse a far valere l'illegittimità dell'estensione oltre la durata della concessione, essendosi a propria volta avvalsa di tale facoltà), che l'aggiudicataria si è avvalsa della facoltà nei limiti che possono ritenersi consentiti da una corretta interpretazione della legge di gara.

12. Con il sesto motivo di ricorso incidentale, **Autolinee Toscane** impugna, tuzioristicamente e in via subordinata, la disposizione della lettera di invito relativa alle condizioni di partecipazione alla gara, ove suscettibile di essere interpretata nel senso di dare rilievo autonomo alle cause ostative previste dall'art. 5 del Regolamento n. 1370/2007, al di fuori del combinato disposto con l'art. 8 par. 3 dello stesso Regolamento.

La doglianza è da ritenersi assorbita per effetto di tutte le considerazioni poste a corredo del rigetto dei primi tre motivi di ricorso principale, alle quali si rinvia.

13. Giunge a compimento un percorso motivazionale reso giocoforza ponderoso dalla complessità e quantità delle questioni proposte e affrontate, e dall'esigenza di dare esaustivo conto delle articolate argomentazioni difensive – giuridiche e tecnico-scientifiche – delle parti.

La conclusione è che ambedue le offerte presentate in gara avrebbero dovuto essere escluse per ragioni speculari, attinenti alla medesima fase procedimentale di valutazione delle offerte economiche, e, segnatamente, dei piani economico-finanziari presentati dai due raggruppamenti concorrenti a corredo delle rispettive offerte.

In accoglimento tanto del ricorso principale (quarto motivo), quanto di quello incidentale (quinto motivo), gli atti e provvedimenti impugnati vanno dunque annullati, a partire dall'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata **Autolinee Toscane**, la cui offerta non corrisponde ai requisiti stabiliti dalla legge di gara. Non diversamente è a dirsi per l'offerta presentata dalla ricorrente

principale Mobit, la quale avrebbe dovuto essere a sua volta esclusa e non può, pertanto, subentrare nell'aggiudicazione. L'annullamento non si estende alle previsioni della *lex specialis*, da interpretarsi nel senso che è stato precisato nei paragrafi precedenti.

13.1. La soccombenza reciproca delle parti private giustifica l'integrale compensazione delle spese processuali, ivi comprese quelle per la C.T.U., che sono poste a carico solidale delle parti stesse (con ripartizione in parti uguali nei rapporti interni) e liquidate, a norma dell'art. 2 del D.M. 30 maggio 2002, nell'importo di complessivi euro 22.000,00 (euro 11.000,00 il compenso base, raddoppiato, ai sensi dell'art. 52 co. 1 D.P.R. n. 115/2002, in ragione dell'eccezionale importanza e complessità della prestazione, che tengono anche conto dell'urgenza connaturata alla specialità del rito), oltre agli accessori di legge se e in quanto dovuti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale e il ricorso incidentale nei sensi e per gli effetti di cui in parte motiva.

Dichiara integralmente compensate le spese processuali.

Pone a carico delle parti in solido (*pro quota* in parti uguali nei rapporti interni) le spese di C.T.U., che liquida in favore del prof. Marco Allegrini nell'importo di euro 22.000,00, oltre agli accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 21 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Armando Pozzi

IL SEGRETARIO

Sezioni del sito (piè di pagina)

- [Torna su](#)