

# **BGer 2C 351/2017 vom 12. April 2018**

Bundesgericht, 2018-04-12, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_351\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_351_2017)

FR: TF 2C 351/2017 du 12 avril 2018

IT: TF 2C 351/2017 del 12 aprile 2018

## **Regeste**

Rilascio della concessione di ristrutturazione e di esercizio dell'area di servizio autostradale di Stalvedro | Diritto fondamentale

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Il Tribunale federale esamina d'ufficio e con piena cognizione la propria competenza ( art. 29 cpv. 1 LTF ) rispettivamente l'ammissibilità del rimedio proposto ( DTF 143 IV 85 consid. 1.1 pag. 87 e rinvii).

#### **E. 1.1**

Le memorie delle ricorrenti 1 e 2 sono redatte dai medesimi avvocati, poggiano sulla stessa fattispecie e sono rivolte contro la stessa decisione del Tribunale cantonale amministrativo, che peraltro aveva unito i due gravami distinti che avevano presentato. Gli allegati ricorsuali non contengono invero uguali censure e sollevano questioni giuridiche che non si sovrappongono nemmeno in parte, ma costituiscono piuttosto il primo (2C\_351/2017) l'antefatto parziale, o una componente del secondo (2C\_352/2017), stante anche il forte legame giuridico ed economico che vincola le ricorrenti 1 e 2 (vedasi consid. B). In tali circostanze, si giustifica pertanto di congiungere le cause anche in questa sede ed emanare un giudizio unico (sentenza 2C\_199/2010 del 12 aprile 2011 consid. 1 non pubblicato in DTF 137 II 383 ).

#### **E. 1.2**

La sentenza impugnata dichiara inammissibile, rispettivamente respinge i gravami presentati dalle ricorrenti 1 e 2 contro il bando di concorso. Essa non pone termine alla procedura relativa al rilascio della concessione di ristrutturazione e di esercizio dell'area di servizio autostradale in esame e riguarda soltanto la prima fase del procedimento. Ora, salvo i casi di cui tratta l' art. 92 cpv. 1 LTF (non dati in concreto), una decisione incidentale può essere impugnata immediatamente al Tribunale federale soltanto se è suscettibile di causare un pregiudizio irreparabile ( art. 93 cpv. 1 lett. a LTF ; nel caso di specie, l'ipotesi della lett. b non entra in considerazione). È considerato irreparabile dalla giurisprudenza il pregiudizio di natura giuridica che una successiva decisione finale favorevole al ricorrente non riuscirebbe comunque a sanare completamente; un danno economico o puramente fattuale non costituisce un pregiudizio irreparabile ai sensi dell' art. 93 cpv. 1 lett. a LTF ( DTF 142 III 798 consid. 2.2 pag. 800 seg. con rinvii). Incombe alla parte ricorrente allegare e dimostrare l'esistenza di un tale pregiudizio, a meno che esso non sia di palese evidenza ( art. 42 cpv. 2 LTF ; DTF 141 III 80 consid. 1.2 pag. 80 seg.; 138 III 46 consid. 1.2 pag. 47 e rispettivi richiami). La decisione che nega la qualità ad agire alla ricorrente 1 per non aver partecipato al sopralluogo obbligatorio, precludendosi così la possibilità di inoltrare

un'offerta e perdendo di conseguenza il necessario interesse ad insorgere contro il bando di concorso, è suscettibile di causare alla sua destinataria un pregiudizio irreparabile, in quanto essa non può più prendere parte al concorso. Lo stesso vale per la ricorrente 2, la quale non ha più la possibilità, nell'ambito di un ulteriore eventuale ricorso, di impugnare le condizioni del concorso, dato che le stesse dovevano, se del caso, essere immediatamente contestate (cfr. punto 6a del bando di concorso pubblicato nel Foglio ufficiale ticinese n. 46 del 10 giugno 2016) e non possono più essere rimesse in discussione nel seguito del procedimento. Da questo profilo i ricorsi in questione sono pertanto ricevibili.

### **E. 1.3**

I ricorsi concernono una causa di diritto pubblico ( art. 82 lett. a LTF ), sono rivolti contro una decisione resa in ultima istanza cantonale da un tribunale superiore, senza che sia aperta la via del ricorso al Tribunale amministrativo federale (art. 86 cpv. 1 lett. d e cpv. 2 LTF). La decisione impugnata può quindi in principio essere oggetto di un ricorso in materia di diritto pubblico dinanzi al Tribunale federale, a patto che non ricada nell'ambito di una delle eccezioni previste dall' art. 83 LTF .

### **E. 1.4**

La procedura verte sull'attribuzione di una concessione, nella forma di un contratto di diritto amministrativo, dei diritti di ristrutturazione e di esercizio di un'area di servizio autostradale sui fondi di proprietà dello Stato. Appare chiaro che non si tratta di un appalto pubblico ( DTF 135 II 49 consid. 4.2 e 4.3 pag. 52 in fine e segg.; 125 I 209 consid. 6 pag. 212), bensì di un litigio che riguarda il trasferimento a privati di attività rientranti in un monopolio cantonale ai sensi dell' art. 2 cpv. 7 LMI che, come tale, non ricade sotto l'art. 83 lett. f LTF ( DTF 143 II 120 consid. 2.2 pag. 122 seg.).

### **E. 1.5**

La presenza di circostanze che inficiano la capacità di un ricorrente di essere parte va verificata prima di esaminare il suo diritto di ricorso; la questione non è regolata dall' art. 89 LTF (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Commentaire de la LTF, n. 6 ad art. 89). Il ricorso nella causa 2C\_351/2017 è stato presentato dalla A.Y.\_\_\_\_\_, che è la succursale svizzera della A.X.\_\_\_\_\_, una società costituita nella forma di Societas Europaea . Sebbene disponga di una certa autonomia, la succursale, priva di personalità giuridica, non ha la capacità di essere parte, a meno che non stia in giudizio in virtù di un potere di rappresentanza speciale conferitole dalla società principale (sentenze 2C\_202/2010 e 2C\_199/2010 del 12 aprile 2011 consid. 3.1 non pubblicato in DTF 137 II 383 ; 4A.3/2003 del 28 novembre 2003 consid. 1.2 non pubblicato in DTF 130 III 58 ; 120 III 11 consid. 1a pag. 13). Tale circostanza non è stata rimarcata né dal Tribunale cantonale amministrativo, nella decisione impugnata, né dalle controparti nella procedura di ricorso davanti al Tribunale federale; il Cantone l'aveva invece sollevata nell'ambito del procedimento cantonale, ma unicamente in relazione all'asserita inidoneità di una succursale sprovvista di personalità giuridica a partecipare al concorso in qualità di offerente, questione che sarà affrontata in seguito. Comunque sia, soltanto A.X.\_\_\_\_\_ dispone della capacità di stare in giustizia e dovrebbe pertanto figurare al posto della sua succursale, la quale è stata indicata nel rubrum della decisione querelata. Conformemente alla giurisprudenza, una rettifica nella designazione delle parti è però possibile nei casi in cui è escluso un qualsivoglia rischio di confusione (sentenze 4A\_510/2016 del 26 gennaio 2017 consid. 3.2; 2C\_642/2014 del 22 novembre 2015 consid. 1.2 non pubblicato in DTF 142 II 9 ;

2C\_199/2010 citata consid. 3.1 non pubblicato in DTF 137 II 383 ; 131 I 57 consid. 2.2 pag. 62 in fine e seg. con rispettivi riferimenti). In concreto, molti elementi indicano chiaramente il legame tra le due entità ed escludono un qualsiasi rischio di confusione: la denominazione specifica della succursale, simile a quella della società principale; l'estratto del registro di commercio, che esplicita il legame con quest'ultima, come pure la carta intestata di tutte le comunicazioni avvenute tra le parti anche precedentemente alla presente procedura, tutte versate agli atti. È pertanto possibile (e necessario) procedere alla rettifica della designazione delle parti rimpiazzando la succursale in causa con A.X.\_\_\_\_\_.

### **E. 1.6**

I ricorsi sono stati presentati entro i termini dalle destinatarie del giudizio contestato ( art. 100 cpv. 1 LTF ), le quali hanno un interesse degno di protezione al suo annullamento ( art. 89 cpv. 1 LTF ). Essi sono pertanto ammissibili come ricorsi in materia di diritto pubblico giusta l'art. 82 segg. LTF.

### **E. 2.1**

Con il ricorso in materia di diritto pubblico può tra l'altro venir censurata la violazione del diritto federale ( art. 95 lett. a LTF ), nozione che comprende i diritti costituzionali dei cittadini ( DTF 141 I 78 consid. 4.1 pag. 82 e rinvio). Salvo che per i casi citati dall' art. 95 LTF , con questo rimedio non può invece essere criticata la violazione del diritto cantonale come tale, di cui può semmai venire denunciata un'applicazione che lede il diritto federale, segnatamente il divieto dell'arbitrio ( art. 9 Cost. ; DTF 133 III 462 consid. 2.3 pag. 466).

### **E. 2.2**

Di regola, il diritto federale è applicato d'ufficio ( art. 106 cpv. 1 LTF ). Tuttavia, secondo l' art. 42 cpv. 1 e 2 LTF , il ricorso deve contenere le conclusioni ed i motivi su cui queste si fondano. Indicandoli, va spiegato in modo conciso perché l'atto impugnato viola il diritto; semplici rimandi alle argomentazioni addotte davanti alle autorità cantonali non sono sufficienti (sentenza 2C\_301/2017 del 13 novembre 2017 consid. 2.1 e riferimenti). Esigenze più severe si applicano in relazione alla violazione di diritti fondamentali; il Tribunale federale la esamina infatti solo se il ricorrente ha sollevato e motivato una critica in tal senso; è quindi necessario che egli specifichi quali diritti ritiene lesi ed esponga le sue censure in modo preciso ( art. 106 cpv. 2 LTF ; sentenza 2C\_301/2017 citata consid. 2.1 e richiami).

### **E. 2.3**

Per quanto riguarda i fatti, il Tribunale federale fonda il suo ragionamento giuridico sugli accertamenti svolti dall'autorità inferiore ( art. 105 cpv. 1 LTF ; DTF 134 II 244 consid. 2.2 pag. 246; 133 II 249 consid. 1.2.2 pag. 252). Può scostarsene se sono stati eseguiti ledendo il diritto ai sensi dell' art. 95 LTF o in modo manifestamente inesatto, ovvero arbitrario ( art. 9 Cost. ), profilo sotto il quale viene esaminato anche l'apprezzamento delle prove ( DTF 136 III 552 consid. 4.2 pag. 560). L'eliminazione del vizio deve inoltre poter influire in maniera determinante sull'esito della causa ( art. 97 cpv. 1 LTF ). Vi è arbitrio nell'accertamento dei fatti o nell'apprezzamento delle prove quando il giudice non ha manifestamente colto il senso e la portata di un mezzo di prova, non ha tenuto conto di un mezzo di prova importante, suscettibile di modificare la decisione impugnata, o se, sulla base degli elementi raccolti, ha tratto conclusioni insostenibili. Incombe al ricorrente dimostrare l'arbitrio, con una motivazione che risponda alle esigenze poste dall' art. 42 cpv. 2 LTF , rispettivamente dall' art. 106 cpv. 2 LTF ; il Tribunale federale non entra nel merito

di critiche puramente appellatorie ( DTF 142 II 355 consid. 6 pag. 358; 140 III 264 consid. 2.3 pag. 266; 139 II 404 consid. 10.1 pag. 445; 138 I 305 consid. 4.3 pag. 319). Causa 2C\_351/2017

### **E. 3.1**

Controversa innanzitutto è la legittimazione della ricorrente 1 ad impugnare il bando di concorso. In effetti, il Tribunale cantonale amministrativo ha dichiarato inammissibile il suo ricorso sottolineando che, a prescindere dalla questione se la succursale sprovvista di personalità giuridica di una ditta estera possa o meno partecipare al concorso, quest'ultima non aveva partecipato al sopralluogo obbligatorio del 21 luglio 2016 e si era quindi preclusa la possibilità d'inoltrare un'offerta. Di conseguenza, ai fini della qualità per agire, non era possibile considerarla un soggetto che avrebbe potenzialmente potuto partecipare alla gara. Al riguardo la ricorrente 1 invoca, da un lato, un accertamento manifestamente errato dei fatti, poiché al sopralluogo in realtà erano presenti anche due suoi dipendenti (i signori C.\_\_\_\_\_ e D.\_\_\_\_\_), i cui nominativi sono stati iscritti nel verbale con l'aggiunta di un esplicito riferimento a "A.\_\_\_\_\_". D'altro lato, sostiene che il fatto di non aver considerato che la presenza dei due rappresentanti summenzionati indicava (implicitamente) l'esistenza di un consorzio con altre due società presenti al sopralluogo (la E.\_\_\_\_\_ SA, rispettivamente la B.\_\_\_\_\_ SA) - consorzio peraltro consentito dal bando - configura un formalismo eccessivo e viola quindi l' art. 29 cpv. 1 Cost.

### **E. 3.2**

La qualità per ricorrere contro un bando di concorso per una concessione cantonale è una nozione di diritto processuale cantonale. Il Tribunale federale si limita quindi a rivederne l'interpretazione unicamente dal ristretto profilo dell'arbitrio, a meno che in questione non vi sia la sua conformità con principi e regole del diritto federale. In questa eventualità, il Tribunale federale può, di principio, esaminare liberamente l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni del diritto cantonale fatta dalle autorità cantonali (per analogia, in materia di commesse pubbliche, si veda DTF 131 I 153 consid. 5 pag. 159 con i relativi rinvii). Occorre quindi stabilire quale normativa determini la legittimazione ricorsuale della ricorrente 1 e se la decisione impugnata ne abbia rispettato la portata.

### **E. 3.3**

La presente fattispecie ha per oggetto il trasferimento di una concessione portante sul diritto esclusivo di ristrutturare e di gestire l'esercizio di un'area di servizio autostradale su fondi di proprietà del Cantone Ticino. Come già rilevato (cfr. consid. 1.4), l'aggiudicazione di una simile concessione non rientra nella nozione di appalto pubblico ( DTF 135 II 49 consid. 4.2 e 4.3 pag. 52 in fine e segg.; 125 I 209 consid. 6 pag. 212), bensì nel campo di applicazione dell' art. 2 cpv. 7 LMI (cfr. ETIENNE POLTIER, in: Commentaire romand - Droit de la concurrence, 2aed. 2013, n. 23 segg. e n. 35 ad art. 2 cpv. 7 LMI ; si veda anche NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, RDS 133/2014 I pag. 219 segg., segnatamente pag. 223 e DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l' art. 2 al. 7 LMI , DC/BR 2006 pag. 203). Il Tribunale federale ha recentemente precisato che questa disposizione non ha l'effetto di subordinare l'aggiudicazione di concessioni di monopoli cantonali o comunali all'insieme della normativa in materia di commesse pubbliche ma si limita a rinviarvi per analogia, rendendone applicabili determinate garanzie minime ( DTF 143 II 120 consid. 2.2 pag. 122; 142 I 99 consid. 2.2.3 pag. 109 segg.; 135 II 49 consid. 4.1 pag. 52). L'ente pubblico può

quindi impostare la procedura di concorso ispirandosi al diritto delle commesse pubbliche, applicandone solo alcune regole, oppure creando una procedura propria (DIEBOLD, op. cit., pag. 224 seg.), che non deve essere così formalista come quella in materia di appalti pubblici (DANIEL KUNZ, Die Konzessionserteilung, in: Die Konzession, 2011, pag. 27 segg., specialmente pag. 42 e 48), ma che deve perlomeno rispettare l'esigenza di pubblicare un bando con le relative condizioni e il divieto di discriminare le persone con domicilio o sede in Svizzera (cfr. DTF 143 II 598 consid. 4.1.2 pag. 605 e 4.3 pag. 609; 143 II 120 consid. 6.4.1 pag. 129 e 6.4.2 pag. 130). La prima esigenza implica una serie di obblighi procedurali per l'ente pubblico il quale deve, da un lato, organizzare una procedura che permetta ai privati interessati ad esercitare l'attività di monopolio in questione di depositare un'offerta e, d'altro lato, attribuire la concessione mediante una decisione impugnabile. Il divieto delle discriminazioni, invece, dev'essere garantito sia nel bando stesso, sia nella determinazione dei criteri di selezione e nella scelta del concessionario, ed implica anche il rispetto della trasparenza, suo corollario (POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, pag. 118; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3aed. 2013, n. 212; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, n. 791 segg., n. 814 segg.; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTEWER, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, AJP/PJA 2007 pag. 585 segg., pag. 591 seg.).

### **E. 3.4**

Per quanto attiene in particolare alla cerchia dei privati che possono avvalersi di un trattamento indiscriminato nel contesto del trasferimento di un'attività rientrante in un monopolio cantonale, e quindi essere compresi nel novero dei potenziali concorrenti (rispettivamente ricorrenti), l'art. 2 cpv. 7 LMI è formulato in maniera analoga all'art. 5 cpv. 1 seconda frase LMI. Per determinarne la portata, è quindi possibile fare riferimento a quest'ultima disposizione (POLTIER, Commentaire romand, n. 66 ad art. 2 cpv. 7 LMI), che prevede che le prescrizioni di diritto cantonale (o intercantonale) in materia di mercati pubblici e le decisioni fondate sulle stesse non devono discriminare coloro che hanno il proprio domicilio o la propria sede in Svizzera. Inoltre, agli atti fondati sull'art. 2 cpv. 7 LMI è applicabile l'art. 9 LMI, che sancisce in particolare la necessità di adottare atti che rivestano la forma di decisioni impugnabili (cpv. 1) nonché di prevedere almeno un rimedio giuridico presso un'autorità cantonale indipendente dall'amministrazione (cpv. 2; vedasi DTF 135 II 49 consid. 4.1 pag. 52; ETIENNE POLTIER/EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand - Droit de la concurrence, 2aed. 2013, n. 52 segg. ad art. 9 LMI). Quanto alla qualità per ricorrere contro un bando di concorso, per analogia con il diritto delle commesse pubbliche (POLTIER/CLERC, op., cit., n. 85 ad art. 9 LMI), va condivisa la posizione del Tribunale cantonale amministrativo secondo cui essa deve essere riconosciuta a tutti i soggetti che potrebbero potenzialmente partecipare alla gara (cfr. sentenza cantonale consid. 1.2 pag. 4).

### **E. 4.1**

Alla luce di quanto precede, occorre ora in concreto esaminare l'accertamento dei fatti e l'apprezzamento operato dalla precedente istanza. Al riguardo, va premesso che secondo il punto 5c) del bando di concorso, la partecipazione al sopralluogo era obbligatoria. Appare quindi chiaro che il verbale di sopralluogo costituisce un mezzo probatorio importante poiché attesta l'adempimento di un requisito formale necessario sia per partecipare al

concorso sia, di conseguenza, per presentare ricorso contro il bando. L'accertamento e l'apprezzamento di tale mezzo di prova sono suscettibili di modificare l'esito della causa (vedasi consid. 2.3).

#### **E. 4.1.1**

Dal verbale di sopralluogo del 21 luglio 2016 agli atti emerge che quel giorno erano presenti le società F. \_\_\_\_\_ SA, G. \_\_\_\_\_ SA, H. \_\_\_\_\_ GmbH e la B. \_\_\_\_\_ SA, tutte rappresentate da più persone; la società E. \_\_\_\_\_ SA (che, assieme a A.Y. \_\_\_\_\_ partecipa alla B. \_\_\_\_\_ SA) era stata inizialmente indicata sul verbale, ma poi stralciata con una riga. Tra i sei rappresentanti indicati nella tabella delle firme per la B. \_\_\_\_\_ SA, figurano anche i signori C. \_\_\_\_\_ e D. \_\_\_\_\_ e, accanto ai loro nominativi, è stata aggiunta l'indicazione " (A. \_\_\_\_\_) "; il secondo figura peraltro quale " procurista" della succursale della ricorrente 1 nel registro di commercio. È quindi chiaro che, contrariamente a quanto accertato nella decisione impugnata, al sopralluogo erano presenti anche dei rappresentanti della ricorrente 1, malgrado la ragione sociale di quest'ultima non fosse esplicitamente menzionata. Il Tribunale cantonale amministrativo ha ciononostante considerato, in maniera del tutto inspiegabile e quindi arbitraria, che la ricorrente 1 si era disinteressata del concorso.

#### **E. 4.1.2**

Resta ora da chiarire se tale presenza fosse da considerare sufficiente al fine di permettere alla ricorrente 1 di partecipare al concorso o se fossero richieste altre formalità. Il bando, al punto 4 (partecipazione al concorso), specificava che " il concorso è aperto a tutte le ditte del ramo carburanti e lubrificanti che esplicano attività in Svizzera e che hanno un capitale azionario di almeno un milione di fr. Al concorso è ammessa anche la partecipazione di ditte riunite in società semplice (art. 530 ss CO) con la ditta del ramo carburanti. Una ditta può presentare per questo concorso una sola offerta, sia singolarmente sia riunita." Le condizioni di concorso, in relazione a questo aspetto, si limitavano ad aggiungere che nei documenti di offerta dovevano figurare anche il patto di società semplice, per ditte concorrenti riunite, e/o i patti di collaborazione, per la partecipazione di terzi all'esercizio (cfr. condizioni di concorso agli atti, punto 4.2, n. 14 e 15). Il bando specificava poi che il sopralluogo era aperto unicamente ai rappresentanti delle ditte che avessero in precedenza ritirato gli atti di concorso. Resterebbe quindi ancora da chiarire se la ricorrente 1 abbia ritirato tale documentazione. Tale circostanza non emerge dagli atti, ma può invero restare indecisa, siccome ciò che conta a questo stadio è la constatazione che dei rappresentanti della ricorrente 1 si sono presentati, assieme a quelli della ricorrente 2 al sopralluogo, e che per la semplice partecipazione non era richiesta alcuna formalizzazione di eventuali collaborazioni o partecipazioni in vista della successiva presentazione delle offerte. A quella fase iniziale della procedura, costituirebbe infatti un formalismo eccessivo considerare che la ricorrente 1 fosse assente dal sopralluogo solo perché i suoi rappresentanti non sono stati registrati in qualità di rappresentanti di un'entità autonoma (in pratica, nel verbale, in una tabella a sé stante), bensì assieme alla ricorrente 2. La ricorrente 1 doveva pertanto essere considerata come entità interessata a partecipare al concorso, ad un titolo che sarebbe presumibilmente stato chiarito al momento della presentazione delle offerte. Del resto, né il Cantone né il Tribunale cantonale amministrativo potevano ignorare tale circostanza ritenuto che le due società sono già legate nell'esercizio dell'attuale concessione e che per di più entrambe, con scritto datato lo stesso giorno del sopralluogo, hanno inoltrato congiuntamente al Cantone alcune considerazioni e domande riguardo alle

"condizioni di concorso, capitolo 5, incombenze punto c", ovvero proprio al sopralluogo.

#### **E. 4.1.3**

In queste circostanze, è arbitrario desumere che la ricorrente 1 si sarebbe "disinteressata" al concorso. Su questo punto, la censura si rivela quindi fondata.

#### **E. 4.2.1**

Accertato l'adempimento del requisito formale necessario per la partecipazione al concorso per la concessione, occorre ora esaminare se, in virtù delle esigenze poste dagli art. 2 cpv. 7, 5 e 9 LMI, la precedente istanza avrebbe dovuto riconoscere alla ricorrente 1 la legittimazione a contestare il bando, nella sua veste di potenziale concorrente. Il Cantone aveva sollevato la questione dinnanzi alla precedente istanza, che tuttavia l'aveva lasciata aperta (cfr. sentenza impugnata, consid. 1.2 pag. 4). Nella sua memoria di ricorso, la ricorrente 1 la affronta comunque, per scrupolo, lamentando una violazione della LMI, nonché di alcuni Accordi bilaterali vigenti tra Svizzera e Stati membri dell'Unione europea. Va quindi approfondita innanzitutto la prima censura.

#### **E. 4.2.2**

Analogamente a quanto osservato in relazione alla corretta designazione della parte ricorrente (cfr. consid. 1.5), una succursale, nonostante la sua relativa autonomia dal profilo del diritto civile, non può essere considerata un'offerente giuridicamente autonoma nel diritto delle commesse pubbliche né vedersi aggiudicare un appalto o, per analogia, una concessione, ritenuto tra l'altro che, anche dal profilo contrattuale, un'offerta da lei presentata rientra sotto la responsabilità della società principale a cui essa fa capo (BEYELER, Der Geltungsanspruch, n. 2554, nonché n. 1409 segg. e 1436 segg.). Tuttavia, la società a cui la succursale appartiene avrebbe potuto presentare un'offerta, pur essendo straniera. In effetti, come già rilevato, il bando (punto 4) specifica che il concorso era aperto " a tutte le ditte del ramo carburanti e lubrificanti che esplicano attività in Svizzera e che hanno un capitale azionario di almeno un milione di fr.". Non esige che le ditte abbiano la propria sede in Svizzera, bensì che esercitino (segnatamente attraverso una succursale, come nel concreto caso) un'attività in Svizzera. Tale impostazione del bando è del resto conforme - e in questo senso va interpretata - all'art. 2 cpv. 7 nonché all' art. 5 LMI . Ai sensi di queste disposizioni sono da considerare quali "offerenti svizzeri" tutti gli operatori economici che hanno il proprio domicilio, la propria sede o, se hanno sede all'estero, perlomeno una succursale sul territorio svizzero. In questi casi, essi hanno diritto a partecipare al concorso pubblico ed eventualmente anche ad avvalersi dei rimedi giuridici ( art. 9 cpv. 2 LMI ) per far valere tale diritto (BEYELER, Der Geltungsanspruch, n. 1348 e 1406 segg.; POLTIER/CLERC, op. cit., n. 110 ad art. 5 LMI ). In definitiva, posto inoltre che, come risulta dall'iscrizione nel registro di commercio, la ricorrente 1, per mezzo della sua succursale (il cui scopo è la gestione di imprese commerciali e industriali di ogni tipo, in particolare nel settore dell'industria petrolifera), svolge in Svizzera un'attività nel ramo richiesto al punto 4 del bando (" carburanti e lubrificanti" ), occorre ammettere che essa poteva concorrere alla gara in questione.

#### **E. 4.2.3**

In conclusione, la constatazione di fatto dei giudici cantonali secondo cui la ricorrente 1 non avrebbe preso parte al sopralluogo obbligatorio svoltosi il 21 luglio 2016 è manifestamente inesatta e deve essere rettificata, nel senso che al sopralluogo hanno preso parte due rappresentanti della società in questione ( art. 105 cpv. 2 LTF ). Ne consegue che la

ricorrente 1, per mezzo della sua succursale svizzera (vedasi consid. 1.5), sarebbe stata legittimata, in virtù del diritto federale, a presentare ricorso contro il bando di concorso per la concessione di ristrutturazione e di esercizio dell'area di servizio autostradale in questione, in qualità di potenziale offerente, eventualmente unita alla ricorrente 2. Alla luce di queste conclusioni, non occorre più esaminare le censure relative alla violazione degli Accordi bilaterali Svizzera - Stati membri dell'Unione europea.

### **E. 4.3**

Il ricorso nella causa 2C\_351/2017 va pertanto accolto e la sentenza impugnata parzialmente annullata, nella misura in cui dispone l'inammissibilità del gravame della ricorrente 1 (cfr. dispositivo n. 2 della sentenza cantonale). Per motivi di economia procedurale, non si giustifica per contro di rinviare la causa all'autorità inferiore per nuovo giudizio. In effetti, nella procedura cantonale, la ricorrente 2 e la ricorrente 1 (che peraltro già oggi fa parte della ricorrente 2) erano rappresentate dai medesimi avvocati ed hanno presentato due allegati di ricorso con argomentazioni praticamente identiche, tant'è che il Tribunale cantonale amministrativo ha conseguentemente unificato le procedure. In queste circostanze occorre presumere che, se fosse entrato nel merito del ricorso della ricorrente 1, il Tribunale cantonale amministrativo avrebbe sviluppato argomentazioni identiche a quelle di merito contenute nella decisione impugnata dalla ricorrente 2 nella causa 2C\_352/2017, le cui censure verranno evase nei considerandi successivi. Causa 2C\_352/2017

### **E. 5.1**

Nel proprio gravame la ricorrente 2 solleva (talvolta tuttavia con un'argomentazione di carattere appellatorio) tutta una serie di censure rispetto a varie richieste delle condizioni di gara in relazione al business plan, alle garanzie bancarie e alla tassa annua di concessione, la cui impostazione sarebbe lesiva di diversi principi e diritti costituzionali ( art. 8, 9 e 29 Cost. ).

#### **E. 5.1.1**

Al riguardo va anzitutto osservato che, contrariamente ad una gara per un appalto pubblico nella quale l'ente pubblico, nel ruolo di consumatore, acquista da un privato beni e prestazioni di cui ha bisogno per lo svolgimento dei suoi compiti pubblici ( DTF 141 II 113 consid. 1.2.1 pag. 117; 125 I 209 consid. 6b pag. 212 seg.), l'attribuzione di una concessione di monopolio cantonale o comunale pone l'autorità concedente nel ruolo di offerente, poiché essa cede, dietro pagamento di una tassa annua ed eventuali prestazioni accessorie, il diritto di utilizzare il demanio pubblico a fini commerciali ( DTF 135 II 49 consid. 4.2 pag. 52 seg.; 125 I 209 consid. 6b pag. 213). Siccome l'ente pubblico resta libero di svolgere lui stesso l'attività in questione, non esiste alcun diritto all'attribuzione di una concessione di monopolio ( DTF 142 I 99 consid. 2.2.1 pag. 108 seg.; 128 I 3 consid. 3b pag. 12 in fine e seg.). Tali sostanziali differenze giustificano che alla collettività sia lasciata una maggiore libertà rispetto a quanto avviene in materia di commesse pubbliche, sia nell'impostazione della procedura (cfr. supra, consid. 3.3), sia nella tipologia e nel contenuto del bando (POLTIER, Commentaire romand, n. 62 seg. ad art. 2 cpv. 7 LMI ), sia infine nella scelta dei criteri che il concessionario deve soddisfare e delle condizioni che possono essergli imposte nell'esercizio del monopolio ( DTF 143 II 120 consid. 6.4.1 pag. 129; 143 II 598 consid. 4.1.2 pag. 605 segg.). In questo contesto, è quindi ammissibile che l'ente pubblico tenga in considerazione tutti i criteri suscettibili di misurare e valutare il carattere appropriato generale, e non solo da un punto di vista economico, delle prestazioni promesse

dai concorrenti rispetto agli obiettivi di interesse pubblico fissati dall'ente pubblico. Inoltre, il concedente dispone di un margine di apprezzamento molto ampio anche nella valutazione dei dossier ricevuti, poiché l'attribuzione di una concessione autorizza appunto, per sua natura, i Comuni e i Cantoni a tenere in considerazione una gamma più ampia di interessi pubblici (ESSEIVA, op. cit., pag. 205 seg.; POLTIER, Commentaire romand, n. 71 seg. ad art. 2 cpv. 7 LMI ).

### **E. 5.1.2**

Non occorre quindi che il carattere economico sia preponderante (MARC-OLIVIER BESSE, L'investiture du délégataire, in: La délégation d'activités étatiques au secteur privé, 2016, pag. 67 segg., specialmente pag. 105). Nella misura in cui sia i criteri posti, sia la scelta operata rispettino i principi di non discriminazione e di trasparenza - ciò che comporta sostanzialmente che tutte le imprese alle quali si applica la LMI abbiano avuto la medesima possibilità di depositare la loro offerta e di ottenerne una valutazione in totale trasparenza e imparzialità (FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions?, in: Marchés publics, 2012, pag. 167 segg., in particolare pag. 199 e 201) - la collettività deve potersi scostare dal criterio dell'offerta più favorevole dal profilo economico, caratterizzante le commesse pubbliche, per fondarsi anche su considerazioni legate ad altri interessi pubblici ( DTF 143 II 120 consid. 6.4 pag. 129 seg.; vedasi anche POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, pag. 118; JACQUES DUBEY/JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, n. 1435 pag. 507).

### **E. 5.2**

Alla luce di quanto precede, occorre ora verificare se la decisione impugnata abbia conferito alla procedura di trasferimento a privati di un'attività rientrante in un monopolio cantonale una portata che tenga conto delle specificità proprie dell' art. 2 cpv. 7 LMI .

#### **E. 5.2.1**

La prima censura sollevata dalla ricorrente 2 riguarda l'esigenza, posta dal punto 4.2. n. 17 delle condizioni di concorso, di allegare all'offerta un piano degli affari ( business plan ) secondo un modello prestabilito e allegato alle condizioni stesse.

##### **E. 5.2.1.1**

La sentenza impugnata ha respinto le argomentazioni che la ricorrente 2 aveva sollevato in sede cantonale in merito a questa condizione del bando: essa aveva sostanzialmente censurato che tale richiesta fosse irrealistica poiché era impossibile allestire un business plan attendibile in condizioni di grande incertezza riguardo a tutta una serie di aspetti della futura evoluzione del comparto interessato dall'area della concessione (lavori in atto nella galleria dello Stalvedro, continui spostamenti del semaforo di dosaggio del traffico per l'accesso al traforo del San Gottardo, possibile realizzazione di un'area di dosaggio per i camion a Giornico e futuro cantiere per la seconda canna del tunnel del San Gottardo). La decisione impugnata ha per contro rilevato che il business plan è un documento di pianificazione strategica che per sua natura confronta il suo autore con l'esigenza di valutare e gestire incognite e incertezze legate allo sviluppo futuro di un progetto. Inoltre, ha sottolineato che, pur con ancora alcune incognite, con le quali comunque tutti i potenziali concorrenti si trovano confrontati allo stesso modo, il quadro della situazione viaria lungo l'asse sud-nord del San Gottardo risultava oggi nel suo complesso sufficientemente delineato per poter elaborare un business plan , ritenuta anche la possibilità offerta ai concorrenti di porre quesiti all'ente concedente e raccogliere informazioni supplementari.

Senza invero spiegare precisamente per quali ragioni essa sarebbe in chiaro contrasto con gli atti o manifestamente insostenibile, la ricorrente 2 adduce che la decisione impugnata viola il divieto dell'arbitrio ( art. 9 Cost. ). I giudici cantonali non avrebbero a suo dire esaminato " gli aspetti giuridici del concorso legati al business plan" e molti elementi determinanti per l'aggiudicazione (la taxa di concessione proposta, gli investimenti prospettati e la loro plausibilità) che presentano un fattore di ponderazione elevato, sarebbero a suo avviso tributari di un business plan che in realtà è impossibile da allestire.

#### **E. 5.2.1.2**

Ora, al di là del fatto che la ricorrente 2 non spiega compiutamente (art. 42 cpv. 2 e 106 cpv. 2 LTF; consid. 2.1-2.2) quale dovrebbe essere la reale portata del business plan in una procedura di aggiudicazione di una concessione, se non per affermare che esso è l'elemento principale per le scelte aziendali e che la sua portata sarebbe " ben diversa da quella - semplicistica e, dunque, arbitraria ( art. 9 Cost. ) - che gli ha conferito la sentenza impugnata" , va rilevato che, secondo costante giurisprudenza, una decisione non è arbitraria per il solo fatto che un'altra soluzione appare sostenibile (sulla nozione d'arbitrio DTF 137 I 1 consid. 2.4 pag. 5 e riferimenti). In concreto, in considerazione del fatto che, nel contesto di una procedura per il trasferimento di un monopolio ad un privato, l'ente pubblico gode di un ampio margine di manovra sia nell'impostazione del bando che nell'individuazione dei criteri e nella loro valutazione, che non occorre applicare il medesimo formalismo a cui fanno ricorso le procedure sulle commesse pubbliche e che, infine, interessi pubblici diversi, più ampi e non strettamente economici possono essere perseguiti dall'ente pubblico (consid. 5), non si ravvedono ragioni per le quali il giudizio impugnato - nella motivazione e nel suo risultato - sia manifestamente insostenibile, leda in modo grave una norma o un principio giuridico indiscusso o si scontri con il sentimento di giustizia ed equità ( DTF 137 I 1 consid. 2.4 pag. 5 e richiami). Peraltro, i giudici cantonali hanno anche giustamente rilevato che ad ogni modo il divieto delle discriminazioni era stato rispettato poiché tutti gli offerenti, nell'allestimento del business plan , si sono trovati nelle medesime condizioni e davanti alle stesse (comunque limitate) incertezze. È anzi semmai legittimo pensare che la ricorrente 2, nella sua veste di attuale concessionaria già confrontatasi in questi anni con le implicazioni della gestione di quel comparto viario sull'asse autostradale sud-nord, godesse di un certo vantaggio concorrenziale. La censura d'arbitrio, nella misura in cui si presta ad un esame di merito, è pertanto infondata.

#### **E. 5.2.1.3**

Sempre in merito all'esigenza di allegare un business plan , la ricorrente 2 denuncia poi il fatto che la sentenza impugnata non rispetterebbe il principio della buona fede ( art. 5 Cost. ). Su questo aspetto, tuttavia, la ricorrente si limita a menzionare la garanzia costituzionale in questione, asserendo genericamente che il Governo cantonale, che inizialmente condivideva le incertezze esistenti in merito ai punti evocati in precedenza, avrebbe poi "cambiato direzione" nella procedura di ricorso cantonale; non spiega però in maniera precisa ed esauriente perché ed in che misura sarebbero state disattese aspettative degne di essere tutelate da questo principio (art. 42 cpv. 2 e 106 cpv. 2 LTF). La censura sfugge ad un esame di merito.

#### **E. 5.2.2**

La seconda critica riguarda l'entità delle garanzie bancarie richieste dalle condizioni di gara (punto 6.21), considerate dalla ricorrente " avulse dalla realtà", anche alla luce delle

incertezze gravanti sul futuro del tratto autostradale in questione. La sentenza impugnata constata che l'entità degli importi richiesti non è certo insignificante, ma comunque non è nemmeno inusuale rispetto ad altre concessioni analoghe e concerne indistintamente tutti i potenziali concorrenti. Rileva ad ogni modo che l'eventuale difficoltà di un concorrente ad ottenerle dalla banca non sarebbe da ricondurre semplicemente alle già menzionate incognite, bensì piuttosto all'esame della solidità finanziaria del richiedente operato dagli istituti bancari in questi contesti. La ricorrente 2 adduce al riguardo la violazione del diritto di essere sentito ( art. 29 Cost. ), della parità di trattamento ( art. 8 Cost. ) e dell'arbitrio ( art. 9 Cost. ).

#### **E. 5.2.2.1**

Innanzitutto, va rammentato che per ossequiare il diritto delle parti di essere sentite, qui concretato nella forma di una motivazione sufficiente ( art. 29 cpv. 2 Cost. ), l'autorità è tenuta sì a motivare le proprie decisioni al fine di permettere al cittadino di comprenderle ed esercitare il suo diritto di ricorso con cognizione di causa, menzionando anche solo brevemente i motivi che l'hanno guidata, ma non ha l'obbligo di discutere tutti gli argomenti sollevati dalle parti. L'importante è che la decisione indichi chiaramente i fatti accertati e le conseguenze giuridiche che ne sono derivate ( DTF 142 II 154 consid. 4.2 pag. 157; 138 I 232 consid. 5.1 pag. 237; DTF 137 II 266 consid. 3.2 pag. 270). A dire della ricorrente 2, la sentenza impugnata sarebbe lesiva del suo diritto di essere sentita poiché la Corte cantonale, con un'argomentazione apodittica che non le permetterebbe di esprimersi al riguardo, avrebbe fatto allusione ad altre procedure di aggiudicazione con richieste di garanzie analoghe, senza però indicarne il riferimento preciso. Nondimeno, nel suo ricorso davanti al Tribunale cantonale amministrativo, la ricorrente 2 ha dedicato cinque righe al carattere inadeguato degli importi delle garanzie (vedasi n. 33 della memoria ricorsuale nella procedura cantonale, agli atti), limitandosi a rilevare che " nell'attuale e futuro contesto di incertezza descritto, simili richieste sono avulse dalla realtà. Non potendo allestire un business plan adeguato, è impensabile ottenere garanzie di quegli importi". Nella sua replica ha poi aggiunto alcune brevi e generiche considerazioni di carattere invero non dirimente, destinate a dimostrare il carattere non paragonabile di altre due aree di servizio. Orbene, occorre ritenere che nonostante una così scarna contestazione da parte della ricorrente 2, la Corte cantonale ha esposto in maniera sufficientemente diffusa i motivi sui quali ha fondato il proprio giudizio. La censura deve quindi essere respinta.

#### **E. 5.2.2.2**

Ciò vale a maggior ragione se si considera che la sentenza cantonale ha sottolineato chiaramente il fatto che la procedura rispettava il principio cardine della parità di trattamento. Contrariamente a quanto asserisce la ricorrente 2, il divieto delle discriminazioni nel contesto del trasferimento a privati di attività in monopolio (art. 5 cpv. 1 in relazione con l' art. 2 cpv. 7 LMI ) comporta tra l'altro il diritto ad un accesso indiscriminato al mercato in questione, nonché la parità di trattamento e trasparenza nella valutazione delle offerte ma, tenuto conto anche della latitudine del margine di manovra a disposizione dell'ente pubblico, non implica il diritto dei concorrenti ad ottenere, rispettivamente il dovere dell'ente pubblico di bandire condizioni di concessione simili per infrastrutture diverse, ancorché con caratteristiche analoghe. Altrimenti detto, il divieto delle discriminazioni non conferisce alle imprese concorrenti un diritto alla parità di trattamento in relazione a concessioni in luoghi e situazioni differenti. Il paragone dei giudici cantonali costituiva evidentemente un argomento aggiuntivo volto semplicemente a

riprendere, rispettando così il diritto di essere sentito, le argomentazioni sollevate dalle parti nella procedura e a stabilire che l'entità delle garanzie richieste si situasse entro un ordine di grandezza usuale, non costituendo di conseguenza una scelta totalmente sprovvista di fondamento e, quindi, arbitraria. Tale paragone non può però costituire il punto di partenza per una censura di violazione della parità di trattamento posto che, come giustamente rileva il giudizio contestato, l'obbligo di presentare garanzie concerne indistintamente tutti i potenziali concorrenti. La censura relativa alla violazione della parità di trattamento è quindi priva di fondamento e va respinta.

### **E. 5.2.2.3**

Inoltre, le argomentazioni e i documenti sulla base dei quali la ricorrente 2 pretende di dimostrare che non avrebbe alcuna possibilità di ottenere le garanzie richieste (n. 33 dell'allegato ricorsuale) sono per la maggior parte di carattere meramente appellatorio: nella misura in cui non sfuggono ad un esame di merito, si rivelano comunque privi di pertinenza. Occorre a tal fine rammentare che nel contesto di un trasferimento di un monopolio ad un privato non sussiste alcun diritto all'ottenimento della concessione: l'ente pubblico resta libero di esercitare lui stesso l'attività in questione e, se invece decide di cederla ad un privato, gode di una grande libertà in relazione alla scelta delle condizioni alle quali può imporre a costui l'esercizio di un determinato monopolio. Le garanzie bancarie richieste nel caso concreto sono destinate a provare che gli offerenti hanno la capacità finanziaria necessaria per garantire la sostenibilità economica del progetto durante tutta la durata della concessione e per adempiere agli obblighi derivanti dall'aggiudicazione (cfr. punti 1.4 lett. b e 6.21 delle condizioni di concorso agli atti). La loro produzione è concepita come un criterio di idoneità (per analogia, nelle commesse pubbliche DTF 141 II 353 consid. 7.2 pag. 369). Se già nell'ambito delle commesse pubbliche è riconosciuta l'esistenza di un interesse pubblico dell'ente aggiudicatore a concludere un appalto di grossa portata con un'impresa che presenti le necessarie capacità finanziarie ( DTF 141 II 353 consid. 7.4.1 pag. 370 seg.), tale interesse va a fortiori ammesso nel contesto della concessione di un diritto all'uso privativo del comparto autostradale finalizzata alla ristrutturazione e all'esercizio di un'area di servizio autostradale, la quale presenta un evidente interesse pubblico per l'utenza autostradale. Anche nella fissazione dell'entità delle garanzie che intende richiedere, l'autorità concedente deve quindi poter disporre di un ampio margine di manovra, che il Tribunale cantonale amministrativo ha a ragione riconosciuto, limitandosi a constatare che la parità di trattamento è stata rispettata e che gli importi richiesti sembravano in linea con le garanzie usuali in questo settore, non essendovi elementi che lasciassero pensare ad un esercizio abusivo del potere di apprezzamento da parte del Cantone. Del resto, va rilevato che, stante l'ampia libertà di manovra di cui beneficia il Cantone in questo contesto, la precedente istanza non avrebbe comunque potuto sostituirvi il proprio apprezzamento poiché si sarebbe intromessa indebitamente nella libertà decisionale dell'ente pubblico (sentenza 2D\_30/2017 del 29 novembre 2017 consid. 4.1). Per finire, alla ricorrente 2 non giovano nemmeno i documenti da lei versati agli atti quali doc. R, U, V: si tratta di semplici dati statistici che ella non si premura di contestualizzare e che comunque, da soli, non dimostrano certo l'impossibilità di ottenere le garanzie richieste. Ad ogni modo, il fatto che i giudici cantonali abbiano menzionato confronti generici con altre procedure di concorso per delle concessioni, senza illustrare in maniera più compiuta gli elementi sui quali si basavano, non può essere considerato arbitrario nemmeno in tale contesto, giacché tale confronto costituiva al limite un argomento supplementare, ma non indispensabile per la motivazione. Le censure relative alla richiesta di garanzie bancarie

vanno quindi integralmente respinte.

### **E. 5.2.3**

Medesimo destino va riservato ai rimproveri mossi alla sentenza impugnata in relazione all'ammontare della tassa annua di concessione. Per quanto attiene alle censure relative alla violazione del diritto di essere sentito e della parità di trattamento, il gravame non adempie le esigenze di motivazione poste dall' art. 106 cpv. 2 LTF e sfugge quindi ad un esame di merito. La ricorrente 2 ritiene poi che la tassa richiesta e confermata dalla sentenza impugnata, che va qualificata come tributo causale, sia fondata su semplici criteri commerciali, non rispetti il principio dell'equivalenza e quindi, in definitiva, violi il divieto dell'arbitrio ( art. 5 cpv. 2, 8 e 9 Cost. ).

#### **E. 5.2.3.1**

Le tasse di concessione sono in effetti dei tributi causali, indipendenti dai costi, poiché, ad eccezione dei costi amministrativi, la concessione non genera nessun altro costo per la collettività. Esse non soggiacciono pertanto al principio della copertura dei costi ( DTF 143 II 283 consid. 3.7.2 pag. 294; 131 II 735 consid. 3.2 pag. 740 con rinvii; sentenza 2C\_729/2013 del 3 aprile 2014 consid. 2.3; DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., n. 1847 e 1835 pag. 651), ma sono comunque sottoposte al principio dell'equivalenza ( DTF 138 II 70 consid. 7.2 pag. 76; 131 II 375 consid. 3.2 pag. 739; sentenze 2C\_329/2008 del 15 ottobre 2008 consid. 4.2 parzialmente pubblicata in: SJ 2009 I pag. 262 e 1P.645/2004 del 1° giugno 2005 consid. 3.4 parzialmente pubblicata in: ZBl 107/2006 pag. 478 e RDAF 2007 I pag. 576; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7aed. 2016, n. 2760 seg. e n. 2778 segg. segnatamente n. 2784), che costituisce una concretizzazione del divieto d'arbitrio ( DTF 130 III 225 consid. 2.3 pag. 228 seg.; DTF 128 I 46 consid. 4a pag. 52 seg.) e della proporzionalità ( DTF 131 II 735 consid. 3.2 pag. 739). La tassa di concessione deve quindi nel contempo essere stabilita sulla base di criteri adeguati ed oggettivi e situarsi entro limiti ragionevoli; non può creare differenze che non siano sorrette da motivi pertinenti e, inoltre, non deve trovarsi in una sproporzione manifesta con il valore oggettivo della prestazione connessa ( DTF 132 II 371 consid. 2.1 pag. 374 seg.; 131 II 735 consid. 3.2 pag. 739 seg.; 130 III 225 consid. 2.3 pag. 228 seg.; 128 I 46 consid. 4a pag. 52 seg.; 126 I 180 consid. 3a/bb pag. 188).

#### **E. 5.2.3.2**

Nella sua impugnativa la ricorrente 2 afferma che tali principi sono stati violati dal Tribunale cantonale amministrativo, il quale non avrebbe spiegato come possa giustificarsi il passaggio della tassa di concessione dagli attuali fr. 150'000.-- ai fr. 400'000.-- fissati nelle condizioni di concorso della nuova concessione. Inoltre, sarebbe inammissibile escludere una contrazione della tassa in caso di diminuzione dell'indice nazionale dei prezzi al consumo, ammettendo invece una possibile variazione in caso di aumento dello stesso. La ricorrente 2 non si confronta però da vicino con ragionamenti e calcoli che proverebbero l'esistenza di una sproporzione manifesta con il valore oggettivo dell'esercizio ceduto in uso esclusivo. I documenti da lei prodotti illustrano tra l'altro alcune cifre relative all'andamento degli affari negli scorsi anni, ma non si rapportano a riflessioni che potrebbero concretamente evidenziare la sproporzione tra gli oneri finanziari richiesti alla concessionaria e le condizioni commerciali della concessione, legate alla sostenibilità dell'azienda e alle effettive condizioni economiche e del traffico nello scomparto interessato. Tali critiche sono di natura appellatoria e sfuggono quindi ad un esame di

merito. La ricorrente 2 non sostiene nemmeno che l'importo indicato nel bando non rispetti i criteri di commisurazione delle tasse di concessione fissati all'art. 21 della legge ticinese sul demanio pubblico del 18 marzo 1986 (RL/TI 9.4.1.1), a cui la tassa di concessione deve comunque sottostare ( DTF 131 II 735 consid. 3.2 pag. 739 seg.) e che stabilisce che " le singole tasse sono determinate secondo prudenziali e criteri commerciali tenendo in considerazione, in particolare, il vantaggio economico per il richiedente e l'importanza della limitazione dell'uso comune (cpv. 1). Adottando la decisione, l'autorità deve considerare gli interessi in gioco, in particolare l'interesse pubblico e l'utilizzazione economica del demanio (cpv. 2) " . In questa sede non occorre quindi esaminare tale argomento, siccome il Tribunale federale è in principio tenuto ad esaminare solo le censure debitamente invocate e non ad approfondire, come lo farebbe un'autorità di prima istanza, tutte le questioni giuridiche sollevate dalla causa ma che non sono più state discusse dinanzi a lui ( DTF 137 III 580 consid. 1.3 pag. 584 e rinvii; ad ogni modo, sull'ammissibilità di una base legale che consente anche la presa in considerazione di vantaggi economici nella commisurazione della tassa di concessione, si veda DTF 143 II 283 consid. 3.7.3 e 3.7.4 pag. 294 seg. nonché sentenza 2C\_729/2013 citata consid. 4.4. e 4.5).

#### **E. 5.2.4**

Resta ancora da esaminare il rimprovero mosso in merito all'ultimo considerando della decisione impugnata, la quale ha ritenuto che l'apertura di un nuovo concorso tramite la pubblicazione del bando contestato non ledeva l'attuale concessione di cui la ricorrente 2 è titolare. Secondo quest'ultima invece, la sentenza querelata non avrebbe tenuto conto del tempo necessario per ammortizzare gli investimenti effettuati e violerebbe quindi il principio di buona fede ( art. 5 Cost. ). Anche tale censura è infondata. La concessione è un atto la cui durata, necessariamente determinata ( DTF 127 II 69 consid. 4 pag. 72 seg.), è fissata in maniera tale da permettere al suo beneficiario di ammortizzare gli investimenti che ha acconsentito di effettuare al fine di svolgere l'attività economica legata alla concessione. Di regola, le problematiche legate alla destinazione delle installazioni realizzate ai fini della precedente concessione vanno risolte in virtù del regime instaurato dal relativo atto di concessione o dalla legge; inoltre, eventuali diritti acquisiti in virtù della concessione valgono unicamente per la durata della stessa (DUBEY/ZUFFEREY, op. cit., n. 1461). Pertanto, alla scadenza della concessione, il precedente titolare non ha diritto al suo rinnovo ed è posto, nella nuova procedura di concorso relativa al suo rinnovo, sul medesimo piano dei suoi concorrenti (POLTIER, Commentaire romand, n. 50 ad art. 2 cpv. 7 LMI ; BEYELER, Der Geltungsanspruch, n. 796 e 818). È quindi evidente che nel concreto caso la concessionaria, che per di più ha potuto beneficiare di un'estensione - chiaramente limitata a due anni, ovvero fino al 30 giugno 2019 - della durata originaria della concessione, non ha diritto di invocare la lesione del principio di buona fede, che peraltro nel suo ricorso non sostanzia minimamente. Anche questa censura deve quindi essere respinta.

#### **E. 5.3**

Per quanto precede, il ricorso nella causa 2C\_352/2017 va respinto.

#### **E. 6.1**

Considerato l'esito del giudizio, le spese nella causa 2C\_351/2017 vanno poste a carico dello Stato del Cantone Ticino, i cui interessi finanziari sono in gioco (art. 66 cpv. 1 e 4 e contrario LTF). Esso verserà alla ricorrente 1, patrocinata da due avvocati, un'indennità per

ripetibili della sede federale ridotta ( art. 68 cpv. 2 LTF nonché art. 8 del regolamento del 31 marzo 2006 sulle spese ripetibili accordate alla parte vincente e sull'indennità per il patrocinio d'ufficio nelle procedure davanti al Tribunale federale [RS 173.110.210.3]).

#### **E. 6.2**

Le spese nella causa 2C\_352/2017 seguono la soccombenza e vanno poste a carico della ricorrente 2 ( art. 66 cpv. 1 LTF ), alla quale non vengono assegnate ripetibili ( art. 68 cpv. 3 LTF ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.