

9 SETTEMBRE 2020

Il trasporto a fune: servizio pubblico o
attività economica privata? (Note a
margine di Corte costituzionale,
sentenza n. 103 del 2020)

di Lucia Gizzi
Magistrato T.A.R. Lazio



Il trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?

(Note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 103 del 2020)*

di Lucia Gizzi
Magistrato T.A.R. Lazio

Abstract [It]: Lo scritto affronta la tematica della natura giuridica dei provvedimenti con cui un soggetto pubblico consente a un privato la realizzazione e l'esercizio di un impianto a fune per uso turistico-sportivo nell'ambito di comprensori sciistici, anche alla luce del recente intervento della Corte costituzionale. Dal loro inquadramento, infatti, derivano rilevanti conseguenze applicative, soprattutto in tema di regole procedurali da osservare ai fini dell'individuazione del privato affidatario.

Abstract [En]: The paper treats the topic of the legal nature of the administrative acts through which a public entity allows to a private entity or person the construction and the operating of a touristic ropeway system, also in light of the recent decision of the Constitutional Court. From the relevant legal nature of those acts derive material application consequences, especially in terms of the procedural rules to be applied for the purpose of choosing the private concessionary

Sommario: **1.** Premessa. **2.** I servizi pubblici nel diritto dell'Unione Europea. **3.** La direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. **4.** Il codice dei contratti pubblici: d. lgs. n. 50 del 2016. **5.** Il trasporto a fune: nozione e tipologie. **5.1.** Nella legislazione nazionale. **5.2.** A livello europeo. **5.3.** Nella legislazione regionale. **5.4.** Negli atti delle Autorità indipendenti nazionali. **6.** L'affidamento del servizio di trasporto a fune. **6.1.** Nella legislazione nazionale. **6.2.** Nella giurisprudenza comune. **6.3.** Nella giurisprudenza amministrativa. **7.** Conclusioni: il trasporto a fune per scopi turistico-ricreativi come attività economica privata. **8.** La sentenza n. 103 del 2020 della Corte costituzionale. **9.** La riconducibilità del trasporto a fune per finalità sportivo-turistiche alla nozione di "servizio" ai sensi della c.d. direttiva Bolkestein (direttiva 2006/123/CE) e del d.lgs. n. 59 del 2010. **10.** La necessità della c.d. concessione a fune e dell'esperimento di una procedura di selezione tra operatori economici. **11.** La tutela dell'affidamento dei concessionari uscenti.

1. Premessa

La Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 103 del 29 maggio 2020, è intervenuta sul tema – scarsamente esplorato dalla dottrina e dalla giurisprudenza – della natura giuridica dei provvedimenti con cui un soggetto pubblico consente a un soggetto privato la realizzazione e l'esercizio di un impianto a fune per uso turistico-sportivo nell'ambito di comprensori sciistici¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Sul tema, in generale: L. Gizzi, *Trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2013. Sul trasporto a fune, seppur con specifico riferimento al suo inquadramento

L'occasione è sorta da una questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, nell'ambito di un giudizio per l'annullamento del provvedimento con cui la Provincia autonoma di Bolzano aveva deciso il rinnovo di una concessione per la realizzazione e l'esercizio di una seggiovia nel Comune di Val Senales. Ricorrente per l'annullamento di tale atto era l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), la quale aveva avviato nei confronti della Provincia una pluralità di procedimenti precontenziosi ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990, aventi per oggetto gli atti di rinnovo di concessioni di impianti di risalita per uso turistico-sportivo di cui l'Autorità stessa lamentava la contrarietà alle norme del diritto eurounitario e nazionale in materia di concorrenza, per essere stati affidati senza gara pubblica. Anche in ragione del fatto che l'impianto del Comune di Val Senales insisteva su un terreno del patrimonio indisponibile della Provincia, diversamente dagli altri collocati su fondi privati, l'AGCM aveva deciso di ricorrere giudizialmente soltanto contro il provvedimento in questione, chiudendo il precontenzioso sugli altri.

Nel caso in cui si tratti di un autentico provvedimento di concessione, si sarebbe in presenza di un atto rientrante nella nozione di concessione di lavori (a fronte del quale il concessionario si assume l'obbligo di realizzare l'opera acquistando in cambio il diritto di gestirla, con assunzione del relativo rischio operativo) o di servizi (con affidamento della sola gestione del servizio) o mista, di lavori e servizi. Il che imporrebbe l'obbligo per il soggetto pubblico di affidare la concessione tramite procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto del diritto dell'UE e della legislazione statale adottata in attuazione di quest'ultimo (in particolare, la direttiva 2014/23/UE sulle concessioni e il d.lgs. n. 50/2016, il c.d. codice dei contratti pubblici).

Nel caso in cui, al contrario, si tratti di provvedimento che riveste natura meramente autorizzatoria, nonostante sia assistito da una serie di prescrizioni relative tanto alla realizzazione dell'opera quanto all'esercizio del servizio, l'obbligo di evidenza pubblica non si porrebbe, salva, come si dirà, la natura demaniale o patrimoniale indisponibile dei terreni ove l'impianto insiste².

Come emerge dalla pronuncia della Consulta, non è dirimente il *nomen* attribuito dalla legge, ma verificare «se si tratti di un provvedimento che, «comunque denominato», nella sostanza abbia contenuto autorizzatorio di un'attività economica privata, conformemente ai limiti e alle prescrizioni eventualmente fissati dall'amministrazione competente, ovvero istituisca un vero e proprio rapporto sinallagmatico (id est, un «contratto») con l'amministrazione medesima, con assunzione di obblighi – in particolare – di

contrattuale: R. Tranquilli-Leali, *L. 24 dicembre 2003 n. 363: nuove prospettive in tema di trasporto a fune*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 7.

² Le conseguenze peraltro sono anche processuali, in quanto, come definitivamente chiarito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 2016, alle controversie in tema di concessioni di servizi pubblici si applica il rito speciale di cui agli artt. 119, comma 1, lett. a), e 120 c.p.a.

effettiva prestazione dell'attività oggetto della concessione, a sua volta qualificabile come «servizio pubblico»³.

Peraltro, l'utilizzazione del termine concessione è stato in passato assai frequente nella legislazione statale e regionale, «a indicare provvedimenti nella sostanza autorizzatori di attività economiche o inerenti al diritto di proprietà (come nel caso dei provvedimenti di «concessione edilizia», previsti sino a tempi non lontani anche dalla legislazione nazionale), che nulla avevano in comune con la «concessione di lavori o servizi» (pubblici) di cui parlano ora, all'unisono, la direttiva 2014/23/UE e il codice dei contratti pubblici»⁴.

Ciò che rileva, insomma, come segnalato nella stessa direttiva 2014/23/UE e nello stesso codice dei contratti pubblici, è la natura oggettiva dell'atto e del rapporto giuridico da esso instaurato, che va desunta dal carattere del servizio offerto dal gestore dell'opera: qualora si venga a configurare un servizio pubblico di rilevanza economica, ovvero, nella terminologia del diritto dell'Unione, un servizio di interesse economico generale, il provvedimento dovrebbe senz'altro rientrare nella tipologia delle concessioni, soggette ai principi eurounitari e nazionali sulla tutela della concorrenza e, in particolare, alle regole dell'evidenza pubblica.

Al fine di esaminare la tematica in oggetto, pertanto, è necessario partire dall'analisi della normativa del servizio di trasporto a fune e delle sue caratteristiche, non senza premettere una breve ricognizione della disciplina europea e nazionale di recepimento sull'affidamento dei servizi di interesse economico generale.

2. I servizi pubblici nel diritto dell'Unione Europea

In ambito eurounitario non viene utilizzata l'espressione servizio pubblico⁵, probabilmente in considerazione del fatto che questa nozione non è univoca e presenta, nei vari Stati membri, diversi significati. Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) figura, invece, la nozione di

³ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103

⁴ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103.

⁵ Sui servizi pubblici in generale, per tutti: U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, 1990, Milano, p. 432; M. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, a cura di Mirabelli Centurione, p. 581; R. Villata, *I servizi pubblici*, Padova, 2003; N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; Aa.Vv. (a cura di Villata), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

servizio di interesse economico generale (SIEG)⁶. Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), peraltro, menziona i SIEG⁷.

L'art. 14 TFUE, in particolare, riconosce a questi servizi un'importanza fondamentale per i valori comuni dell'Unione europea, nonché un ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale, attribuendo all'Unione e agli Stati membri la competenza a provvedere «affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti». Le disposizioni dei Trattati, peraltro, lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico⁸.

Il protocollo n. 26 TFUE, poi, chiarisce che tra i valori comuni dell'Unione, con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 14 del Trattato, si individuano: «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle Autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti»; «la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse»; «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente» (art.1).

Come chiarito dalla Corte Costituzionale⁹, «in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno contenuto omologo».

⁶ Rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 TFUE. Si osservi che alla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non è interessata da normative di diritto derivato, si applicano i soli principi dei Trattati nella interpretazione fornita dalla Commissione (tra cui, in particolare, le Comunicazioni del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001 su "I servizi di interesse generale in Europa"; il Libro Verde su "I Servizi di interesse generale" del 21 maggio 2003; il Libro Bianco su "I Servizi di interesse generale" del 12 maggio 2004; la Comunicazione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un impegno europeo" 725 del 20 novembre 2007; la Comunicazione "Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale" del 23 marzo 2011), e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado (tra cui, tra le altre, Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, C-26/03 (Stadt Halle); 13 novembre 2008, C-324/07 (Coditel Brabant); 9 giugno 2009, C-480/06 (Commissione c. Repubblica Federale di Germania); 10 settembre 2009, C-573/07 (Sea); 15 ottobre 2009, C-196/08 (Acoset); nonché dalla sentenza del Tribunale di primo grado 12 febbraio 2008, T-289/03 (British United Provident Association - BUPA).

⁷ Art. 36 (Accesso ai servizi d'interesse economico generale): «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati».

⁸ Art. 2 del Protocollo n. 16 TFUE.

⁹ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325.

Entrambe le nozioni, infatti, fanno riferimento a un servizio che è reso mediante attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa quale attività di offerta di beni e servizi sul mercato, e fornisce prestazioni considerate necessarie, dirette cioè a realizzare fini sociali, nei confronti di una generalità indifferenziata di soggetti¹⁰.

Le due nozioni, inoltre, assolvono la stessa funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica¹¹. Il Trattato, in particolare, prescrive che i servizi di interesse economico generale, in linea di principio, siano assicurati da imprese pubbliche e/o private in concorrenza. Tuttavia, il principio di concorrenza può essere derogato se la sua applicazione rischia di compromettere la “missione di interesse generale” affidata ai soggetti pubblici. Se le finalità di interesse generale sono, cioè, compromesse dall’applicazione del diritto europeo, lo Stato membro è legittimato a riconoscere diritti speciali ed esclusivi ad un’impresa pubblica, in deroga all’ordinaria regola della concorrenza¹².

Il Trattato, quindi, non esclude qualsiasi limitazione del mercato. Per contro, laddove le energie concorrenziali non assicurino un’adeguata tutela dei fini di interesse generale che il servizio è diretto a soddisfare, si legittima l’intervento pubblico. Gli Stati membri possono, allora, istituire enti pubblici o imprese pubbliche nazionali, attribuendogli diritti speciali ed esclusivi, purché ciò avvenga nel rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. La deroga all’ordinario regime di concorrenza, giustificata da esigenze di interesse generale individuate dallo Stato membro, dovrà avvenire mediante una misura proporzionata alla tutela di quelle stesse esigenze¹³.

In conclusione, deve osservarsi come sia riconosciuta ampia discrezionalità agli Stati membri in ordine all’individuazione dei servizi che intendono assumere come SIEG, con l’unico limite, sindacabile dalle istituzioni europee, dell’“errore manifesto”¹⁴. Laddove un determinato servizio sia stato legittimamente

¹⁰ Principio ribadito dalla recente sentenza n. 103 del 2020 della Corte costituzionale. Sul rapporto tra SIEG e servizi pubblici locali di rilevanza economica: F. Midiri, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 17; M. Calaresu, *Effetti del Referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *For. amm. Tar*, 2011, p. 2159; P. Sabbioni, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4654; D. Sorace, *I servizi “pubblici” economici nell’ordinamento Nazionale ed Europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 1; E. Bergamini, *La nozione di servizio di interesse generale nel diritto dell’Unione europea: evoluzione e rapporto con le nozioni nazionali*, in *Dir. pol. unione eur.*, 2007, p. 3.

¹¹ Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325.

¹² Art. 106 TFUE, secondo cui «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell’Unione».

¹³ G. Marchianò, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 1021; F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in www.federalismi.it, 2012; F. Costantino, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in www.rivistaaic.it, 2011; M. Lottini, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, p. 1351.

¹⁴ F. Cintioli, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, cit.

assunto come SIEG, le Autorità pubbliche sono sostanzialmente libere di scegliere non solo come organizzarlo, ma anche come gestirlo, secondo una delle seguenti modalità: mediante gestione diretta, rimessa alle proprie strutture e ai propri servizi; mediante affidamento diretto della gestione a figure soggettive sostanzialmente pubbliche, che posseggano i noti requisiti del modello *in house*; mediante affidamento diretto a società miste, purché sia rispettato il principio della gara a doppio oggetto; infine, mediante affidamento a imprenditori e società private individuati attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, in un'ottica di concorrenza per il mercato¹⁵.

Il diritto europeo mostra, infatti, un'indifferenza di principio circa la possibilità che l'Ente pubblico svolga il servizio di interesse economico generale direttamente, ovvero ne affidi la gestione all'esterno della sua organizzazione, purché ciò avvenga in favore di soggetti selezionati tramite procedure competitive, che garantiscano eque condizioni di accesso per tutti gli operatori economici potenzialmente in grado di prestare il servizio¹⁶.

Insomma, Unione europea e Stati membri hanno competenze distinte in materia di servizi pubblici, pur assumendo una responsabilità condivisa per renderli compatibili con un mercato aperto e concorrenziale. Mentre agli Stati membri spetta il potere di individuare le attività economiche da qualificare come servizi pubblici, il livello territoriale della loro prestazione, nonché le modalità della loro erogazione, anche assegnando specifici obblighi di servizi agli operatori economici; alle istituzioni europee spetta il compito

Il diritto europeo riconosce agli Stati membri ampia libertà nel definire quali servizi sono di interesse economico generale. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea ha fissato dei limiti a tale discrezionalità (CGUE, G.T. - Link A/S, 242/95, 17 luglio 1997: non la gestione di qualsiasi porto commerciale rientra «nella gestione di un servizio d'interesse economico generale, né, in particolare tutte le prestazioni fornite in siffatto porto rientrano in tale missione»), ritenendo che «gli Stati membri possono, nel rispetto del diritto dell'UE, definire l'ampiezza e l'organizzazione dei loro servizi di interesse economico generale. In particolare essi possono prendere in considerazione obiettivi propri della loro politica nazionale» (CGUE, Grande sez., Causa C-265/08, Federutility, 20 aprile 2010, che rinvia alla sentenza 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany; anche CGUE 21 dicembre 2011, Causa C 242/10, Enel Produzione SpA). Tale ampio potere discrezionale può essere messo in discussione dalla Commissione solo in caso di errore manifesto (CGUE, 18 febbraio 2016, Germania/Commissione, C 446/14 P) e, comunque, non può essere illimitato, dovendosi verificare se l'impresa beneficiaria sia effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, nonché se tali obblighi siano chiaramente definiti dal diritto nazionale, dovendosi rinvenire atti di diritto pubblico che definiscano in maniera sufficientemente precisa almeno la natura, la durata e la portata di tali obblighi (CGUE, 20 dicembre 2017, Comunidad Autónoma del País Vasco, cause riunite da C-66/16 P a C-69/16 P; anche CGUE, 26 aprile 2018, Cellnex Telecom e Telecom Castilla-La Mancha/Commissione, C 91/17 P e C 92/17 P).

¹⁵ C. Volpe, *La disciplina delle società pubbliche e l'evoluzione normativa*, in www.giustamm.it, 12/2014, p. 6; G. Gruner, *Liberalizzazioni ed autonomie locali*, in www.giustamma.it, n. 10/2012, p. 40; F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, parte V, p. 106; F. Trimarchi Banfi, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2012, p. 723.

¹⁶ M. Luciani, *"Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, in www.giustamm.it, n. 10/2012, p. 40. In questa prospettiva, la direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.12.2006 (c.d. direttiva Bolkestein), relativa i servizi nel mercato interno riconosce agli Stati membri di individuare, in conformità al diritto comunitario, i SIEG, di deciderne le modalità organizzative e finanziarie, di stabilire gli obblighi di servizio pubblico da imporre ai prestatori. Gli stati membri possono quindi scegliere di liberalizzare il servizio, ovvero di mantenerlo in regime di esclusiva in favore di Enti pubblici o privati, in base a congrue motivazioni di interesse generale.

di fissare la disciplina di principio affinché l'erogazione e il finanziamento del servizio avvenga in conformità alle norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato, che come si è visto si applicano anche ai SIEG, salvo che ciò non ostacoli il loro svolgimento e la soddisfazione delle fondamentali esigenze dei cittadini¹⁷.

3. La direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

La direttiva 2014/23/UE, approvata il 26.2.2014 dal Parlamento europeo e dal Consiglio, dettando la disciplina dell'aggiudicazione dei contratti di concessione, ha colmato un vuoto normativo esistente da tempo. Essa non ha l'obiettivo di definire la nozione di SIEG; la sua base giuridica, del resto, non è costituita dall'art. 14 TFUE (stabilire principi e condizioni che consentano ai SIEG di assolvere i propri compiti), bensì gli artt. 53.1, 62 e 114 (ossia il riavvicinamento delle legislazioni in materia di libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi) ed è ispirata dall'esigenza di rimediare all'«assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione», cosa che «dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno»¹⁸.

Come chiarito dal considerando n. 5, la direttiva in esame «riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione di lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi».

Inoltre, prosegue il considerando n. 6, «gli Stati membri sono liberi di decidere, in conformità ai principi del TFUE in materia di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e libera circolazione delle persone, di organizzare la prestazione di servizi come servizi di interesse economico generale o come servizi non economici di interesse generale ovvero come una combinazione di tali servizi. È altresì opportuno ricordare che la presente direttiva lascia impregiudicata la libertà delle autorità nazionali, regionali e locali di definire, in conformità del diritto dell'Unione, i servizi d'interesse economico generale, il relativo ambito e le caratteristiche del servizio da prestare, comprese le eventuali condizioni relative alla

¹⁷ M. Luciani, *“Pubblico” e “privato” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria*, cit., p. 27.

¹⁸ In generale, sul tema: G. Greco, *La Direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2015, p. 1095; V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la Direttiva 2014/23/UE*, *ivi*, 2015, p. 835. Con particolare riferimento al servizio di trasporto: N. Aicardi, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/ue ed il rapporto con il regolamento (ce) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, *ivi*, 2018, p. 533.

qualità del servizio, al fine di perseguire gli obiettivi delle politiche pubbliche. Anche la facoltà delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, affidare e finanziare i servizi di interesse economico generale, conformemente all'articolo 14 TFUE e al protocollo n. 26 allegato al TFUE e al trattato sull'Unione europea (TUE), dovrebbe restare impregiudicata».

Peraltro, non rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva in esame i servizi non economici di interesse generale (anche art. 164, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Ciò premesso, la direttiva chiarisce che «l'assenza di una chiara normativa che disciplini a livello dell'Unione l'aggiudicazione dei contratti di concessione dà luogo a incertezza giuridica, ostacola la libera fornitura di servizi e provoca distorsioni nel funzionamento del mercato interno». Infatti, come è noto, «l'aggiudicazione delle concessioni di servizi con interesse transfrontaliero è soggetta ai principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, nonché ai principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza»: vi è pertanto il rischio di «mancanza di certezza giuridica dovuto a interpretazioni divergenti dei principi del trattato da parte dei legislatori nazionali e a profonde disparità tra le legislazioni dei diversi Stati membri».

Per questo, il considerando n. 8 prevede che, «nel caso di concessioni pari o superiori a un determinato valore, [sia] opportuno procedere a un coordinamento minimo delle procedure nazionali per l'aggiudicazione di tali contratti sulla base dei principi del TFUE, nell'ottica di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza e un adeguato livello di certezza giuridica».

Ai sensi dell'art. 1, infatti, «la presente direttiva stabilisce le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore alla soglia indicata all'articolo 8».

L'art. 2 riconosce poi «il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici» e l'art. 4 – in ossequio del resto a quanto affermato dal Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale e in armonia con l'art. 36 CDFUE – «fa salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti». Il che significa, come chiarito dalla Corte

costituzionale¹⁹, che «ciascuno Stato, e ciascun ente territoriale dotato di autonomia politica, resta libero, in linea di principio, di stabilire quali prestazioni debbano costituire «servizi di interesse economico generale» per le proprie comunità di riferimento (Corte di giustizia dell'Unione europea, sentenze 21 dicembre 2011, in causa C-242/10, Enel Produzione SpA, e 20 aprile 2010, in causa C-265/08, Federutility), ed eventualmente di affidarne l'erogazione a imprese private mediante la stipula di contratti di concessione ai sensi della stessa direttiva 2014/23/UE».

L'art. 10 della direttiva prevede le esclusioni dal relativo ambito di applicazione, tra cui vi sono «le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007», il quale si applica solamente «all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada»²⁰. L'unico riferimento agli impianti a fune finalizzati ad attività sportive e turistico-ricreative può essere invece rinvenuto nel considerando n. 75, che contiene un riferimento espresso alla «gestione di impianti sportivi o turistici in montagna», in tema di modifiche apportabili alle concessioni in corso, con ciò implicitamente ma chiaramente ritenendo tali servizi non esclusi *a priori* dall'applicabilità della direttiva stessa²¹.

È importante sottolineare infine che, al considerando n. 14, la direttiva afferma che «non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con

¹⁹ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103.

²⁰ L'art. 5, comma 1, lett. a), poi, definisce le «concessioni di lavori» come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo»; e la lett. b) definisce le «concessione di servizi» come «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Peraltro, chiarisce la direttiva, «l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

²¹ Il considerando n. 75 affronta il tema della necessità o meno di bandire una nuova gara pubblica in caso di modifiche sostanziali alla concessione iniziale, stabilendo che le modifiche minori del valore del contratto sino a una determinata soglia dovrebbero essere sempre possibili senza bisogno di nuova gara (l'Allegato I contiene tali soglie, ivi comprese quelle per la costruzione di impianti sportivi – n. 45.23 –, quali «stadi, piscine, palestre, campi da tennis, campi da golf ed altre installazioni sportive»). Per le modifiche sopra-soglia, il considerando n. 75 afferma che la gara potrebbe essere superflua qualora le modifiche necessarie siano «dettate dalla necessità di accogliere richieste delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori riguardanti la sicurezza, tenuto conto delle specificità di attività come, ad es., la gestione di impianti sportivi o turistici in montagna, qualora la legislazione sia suscettibile di evolversi per affrontare i rischi correlati [...]».

cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica, inclusa la condizione di eseguire una determinata operazione, concesse di norma su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e nel cui quadro l'operatore economico rimane libero di recedere dalla fornitura dei lavori o servizi». Tuttavia, per tali casi non esiste un vuoto di disciplina dell'Unione Europea, posto che a essi, prosegue il considerando n. 14, «si applicano le disposizioni specifiche della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio [c.d. direttiva servizi o Bolkestein]»²².

A distinguere il primo di tipo di atti (cioè le concessioni oggetto della direttiva 2014/23/UE) dal secondo tipo sarebbe – sempre per il considerando n. 14 – il dato del c.d. “sinallagma” tra amministrazione e gestore privato insito nei rapporti concessori: a differenza dei servizi privati disciplinati dalla direttiva Bolkestein, «i contratti di concessione stabiliscono obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva».

4. Il codice dei contratti pubblici: d.lgs. n. 50 del 2016

La direttiva 2014/23/UE è stata attuata dal d.lgs. 50 del 2016, che costituisce il nuovo “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” ed ha dedicato, alla materia delle concessioni, una disciplina sintetica, ma comunque significativa se si considera che si è trattato della prima sistemazione organica di una complessa materia²³. Il contratto di concessione è definito dall'art. 3 del codice, precisando che l'elemento distintivo rispetto all'appalto (di lavori o servizi) è individuato, conformemente alla direttiva, nel rapporto sinallagmatico tra amministrazione pubblica e concessionario, il quale si assume il rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi²⁴.

²² Con la direttiva 2006/123/CE, i servizi ai consumatori sono stati liberalizzati, con l'imposizione agli Stati membri dell'obbligo di eliminare il regime autorizzatorio per le attività economiche, sottoponendole a dichiarazione di inizio di attività o silenzio-assenso. Tale direttiva non si applica ai trasporti ferroviari, su strada e per vie navigabili (art. 2.1.d), mentre si applica ai servizi ai consumatori, «quali i servizi nel settore del turismo, compresi i servizi delle guide turistiche, i servizi ricreativi, i centri sportivi, i parchi di divertimento» (considerando n. 33). Tale liberalizzazione, tuttavia, può incontrare limiti, permanendo il potere degli stati di subordinare ad autorizzazione determinate attività private per motivi imperativi di interesse generale (art. 9); qualora, però, il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato, gli Stati sono tenuti a una procedura concorrenziale per la selezione dei candidati potenziali (art. 12). Sul punto comunque, vedi infra.

²³ Sul tema, in generale: G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi (dalla Direttiva 2014/23/UE alla parte terza del d.lgs. n. 50/2016)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2018, p. 505.

²⁴ Dalla disciplina codicistica delle concessioni sono escluse, perché coperte da altre fonti regolatrici, le concessioni nel settore idrico, quelle relative alle reti pubbliche di telecomunicazioni, quelle aggiudicate in base ad un accordo internazionale, quelle tradizionalmente estranee alla disciplina europea dell'evidenza pubblica di cui all'art. 17. Infine, ai sensi dell'art. 18, «le disposizioni del presente codice non si applicano: a) alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 (...)». Il terzo

L'art. 164 definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione della nuova disciplina nazionale in tema di concessioni, prevedendo una clausola di esclusione corrispondente a quella di cui al considerando n. 14 della direttiva 2014/23/UE e che mira, al pari di quest'ultimo, a distinguere dai provvedimenti (e rapporti) concessori, quei provvedimenti amministrativi meramente autorizzatori pure assistiti da particolari prescrizioni. Chiarisce, infatti, che le disposizioni della Parte III «non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici».

La clausola di esclusione in esame, da un lato, omette di specificare quanto indicato dal considerando n. 14 della direttiva 2014/23/UE sull'applicabilità della direttiva servizi a ciò che non rientra tra le autentiche concessioni di servizi; dall'altro lato, specifica ulteriormente che non basta il semplice utilizzo di beni immobili pubblici a trasformare una mera autorizzazione in un'autentica concessione di lavori o servizi²⁵. Essa sembra, in effetti, implicitamente descrivere attività economiche private che sfruttano beni pubblici, come il demanio marittimo, e che pertanto sono soggette a un provvedimento di immissione da parte dell'autorità pubblica, come le concessioni demaniali²⁶.

comma dell'art. 166 esclude, dall'ambito di applicazione della normativa europea, i servizi non economici di interesse generale, in quanto, trattandosi appunto di attività non economiche, sono considerate estranee alla concorrenza e al mercato.

²⁵ Si osservi però che il considerando n. 15 della direttiva 2014/23/UE prevede un'altra causa di esclusione per gli «accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici», i quali «non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva». Ciò vale di norma, prosegue il considerando n. 15, «per i contratti di locazione di beni o terreni di natura pubblica che generalmente contengono i termini che regolano la presa di possesso da parte del conduttore, la destinazione d'uso del bene immobile, gli obblighi del locatore e del conduttore per quanto riguarda la manutenzione del bene immobile, la durata della locazione e la restituzione del possesso del bene immobile al locatore, il canone e le spese accessorie a carico del conduttore». Come chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il considerando fa riferimento alle ipotesi in cui le concessioni vertono non su una prestazione di servizi determinata dall'ente aggiudicatore, bensì sull'autorizzazione a esercitare un'attività economica in un'area demaniale. Nel qual caso, la concessione non rientra nella categoria delle concessioni di servizi (Sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis e a.).

²⁶ Sul punto, vedi infra.

5. Il trasporto a fune: nozione e tipologie

5.1. Nella legislazione nazionale

Il trasporto a fune è il trasporto effettuato mediante impianti funiviari non terrestri, ossia senza rotaie al suolo, e comprende le funivie, le seggiovie, le cabinovie, le sciovie e altri analoghi impianti di risalita. Esso trova disciplina in alcune leggi nazionali e, soprattutto, nella legislazione regionale²⁷.

Pur nella varietà e nella non omogeneità del panorama legislativo relativo alla realizzazione e all'esercizio degli impianti a fune, è possibile distinguere tra due fattispecie diverse tra loro, anche se spesso disciplinate congiuntamente dalla normativa regionale – di cui si dirà nei prossimi paragrafi – soprattutto agli effetti dei procedimenti abilitativi e concessori.

Si deve distinguere, infatti, tra impianti a fune c.d. di collegamento, i quali comprendono le linee che costituiscono, da sole o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi²⁹; e impianti a fune volti alla pratica degli sport invernali³⁰.

Questa distinzione viene fatta risalire alla disciplina nazionale che, per le due diverse tipologie di impianti, sarebbe riconducibile a due diversi testi normativi.

La legge n. 1110 del 1927 – recante “Provvedimenti per la concessione all'industria privata dell'impianto e dell'esercizio di funicolari aeree e di ascensori in servizio pubblico” – disciplinerebbe gli impianti c.d. di collegamento, prevedendo che la costruzione e l'esercizio di funivie in servizio pubblico, per il trasporto sia di persone sia di cose, avvenga previo rilascio, prima dell'inizio dei lavori, di una concessione

²⁷ Si ricordi infatti che il D.P.R. del 14 gennaio 1972, n. 5 ha trasferito alle Regioni le funzioni amministrative degli organi centrali e periferici dello Stato in materia di tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale, chiarendo che sono di interesse della Regione nel cui ambito si svolgono i pubblici servizi tranviari, i servizi filoviari, funicolari terrestri e i servizi esercitati con funivie di ogni tipo (art. 1). Il D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, poi, ha stabilito che le funzioni amministrative relative alle materie tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale concernono i servizi pubblici di trasporto di persone e merci (esclusi gli effetti postali) esercitati con linee tranviarie, metropolitane, filoviarie, funicolari e funiviari di ogni tipo, automobilistiche (anche sostitutive di linee tranviarie e ferroviarie in concessione e di linee delle ferrovie dello Stato definitivamente soppresse a norma del regio decreto 21 dicembre 1931, n. 1575), anche se la parte non prevalente del percorso si svolge nel territorio di un'altra regione.

²⁸ Nella normativa dell'Unione Europea, il servizio di trasporto a fune è specificatamente menzionato soltanto dal regolamento (UE) 2016/424 del 2016 relativo agli impianti a fune, che abroga la direttiva 2000/9/CE (attuata in Italia dal d.lgs. n. 210 del 2003). Tale regolamento disciplina, però, solo gli aspetti legati alla sicurezza dei componenti meccanici degli impianti e della loro produzione, commercializzazione e installazione, a tutela dell'incolumità degli utenti, lasciando impregiudicati gli altri profili legati alla disciplina concorrenziale e/o della regolazione del mercato dei servizi resi tramite questi impianti. Ne deriva che l'uso del termine “autorizzazione”, impiegato in tale regolamento in relazione ai provvedimenti adottati dagli Stati per la costruzione e la messa in servizio degli impianti a fune, non è indicativo del regime giuridico che, nella prospettiva del diritto europeo, questi servizi devono assumere negli ordinamenti nazionali.

²⁹ Questa è la definizione che si rinviene, ad esempio, nella legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 1 del 2006, come modificata dalla legge provinciale n. 10 del 2018 (oggetto del giudizio di costituzionalità che ha originato la pronuncia della Consulta n. 103 del 2020), all'art. 4.

³⁰ Il medesimo art. 4 della legge provinciale di Bolzano distingue, ad esempio, tra impianti a fune in servizio di trasporto pubblico generale e impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo.

di durata massima quarantennale (a seconda dei casi del Comune, della Provincia o del Ministero dei trasporti). L'art. 2 chiarisce, in particolare, che il decreto di concessione implica la dichiarazione di pubblica utilità per tutto quanto concerne le funivie in servizio pubblico, applicandosi le disposizioni relative alle espropriazioni nei riguardi delle ferrovie in regime di concessione all'industria privata. Il concessionario ha quindi diritto di passare sulle altrui proprietà con le funi delle vie funicolari aeree, previo pagamento di un indennizzo. Se le funivie sono destinate a servire Comuni isolati o a favorire comunicazioni tra centri abitati o fra essi e stazioni ferroviarie, tramviarie e lacuali o rivestono, comunque, notevole interesse pubblico, poi, è prevista la possibilità di accordare una sovvenzione statale.

La legge n. 1696 del 1938 – recante “Norme per l'impianto e l'esercizio delle slittovie, sciovie e altri mezzi di trasporto terrestre a funi senza rotaie” – invece, disciplinerebbe gli impianti a fune destinati agli sport invernali. Anch'essa stabilisce che l'impianto e l'esercizio, in servizio pubblico, di slittovie, sciovie e altri mezzi di trasporto terrestre a funi senza rotaie sia soggetto a concessione, di durata massima però decennale.

A differenza della normativa del 1929, poi, questa legge non concede alcuna sovvenzione statale e prevede che il richiedente debba dimostrare la proprietà dei suoli occorrenti alla realizzazione dell'impianto, ovvero di poterne disporre per la durata della concessione, salva la possibilità che l'impianto sia riconosciuto di particolare importanza turistica, nel qual caso può esserne dichiarata la pubblica utilità, con conseguente facoltà di esproprio e di imposizione di servitù coattive.

5.2. A livello europeo

La distinzione tra le due tipologie di impianti a fune è stata confermata anche a livello eurounitario: la Comunicazione della Commissione europea 2002/C 172/02³¹, ad esempio, fa discendere da questa differenza importanti conseguenze in tema di aiuti di Stato.

La Commissione distingue, espressamente, gli impianti destinati al trasporto di collegamento urbano e gli impianti destinati agli sport invernali in stazioni turistiche: i primi sono volti principalmente al trasporto di persone e merci in sostituzione di altre forme di trasporto; i secondi invece ad attività sportive. In questo secondo caso, gli impianti di risalita sono destinati a una specifica categoria di utenti, che sono consumatori di un servizio che non è il trasporto in sé considerato, bensì il trasporto funzionale alla

³¹ Si tratta della Comunicazione indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato n. 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune. Sebbene abbia ad oggetto la compatibilità con il diritto dell'Unione in materia di aiuti di Stato delle sovvenzioni pubbliche fornite agli impianti a fune per uso turistico-sportivo e non l'esigenza di sottoporre alla disciplina della concorrenza l'affidamento di questi servizi, la Comunicazione in questione è, forse, l'unico atto istituzionale dell'Unione Europea in cui si offre un inquadramento giuridico di essi, con particolare riguardo alla nozione di SIEG di cui all'art. 86.2 TCE (oggi, art. 106.2 TFUE).

pratica di uno sport. Gli impianti a fune appartenenti a questa categoria, infatti, non forniscono un servizio di trasporto generale e non soddisfano esigenze di mobilità generale.

La distinzione tra gli impianti destinati a soddisfare esigenze generali di trasporto della popolazione e quelli destinati ad attività sportive deve essere fatta – chiarisce la Commissione – tenendo conto di una pluralità di elementi e circostanze, quali l'ubicazione degli impianti (nel contesto urbano o di collegamento tra centri abitati), i loro tempi di funzionamento (stagionale anziché annuale, diurno oppure ad orario prolungato), la caratterizzazione, prevalentemente locale, dell'utenza (numero di skipass giornalieri rispetto a quelli settimanali), il numero e la capacità degli impianti rispetto al numero degli utenti residenti e la presenza, nella zona, di altre installazioni finalizzate al turismo.

Secondo la Commissione, in conclusione, «gli impianti a fune finalizzati ad un'attività sportiva non forniscono un servizio di interesse economico generale (...), [in quanto] essi non soddisfano esigenze fondamentali di carattere generale della popolazione, ma sono finalizzati a generare profitti per il tramite degli sport invernali. Il livello effettivo di prezzo delle tariffe pagate dagli utilizzatori mostra che questo servizio non è un bene essenziale. Ovviamente, in linea di principio spetta agli Stati membri definire i servizi che considerano di interesse economico generale. Tuttavia, il concetto di servizio di interesse economico generale non può essere esteso a servizi che rivestono carattere puramente commerciale e non rispondono ad esigenze generali e fondamentali della popolazione relative a servizi considerati come una parte essenziale della vita quotidiana. Tali considerazioni non sono infirmate dal fatto che la costruzione e il funzionamento degli impianti a fune sono soggetti a concessione, il che obbliga l'impresa ad effettivamente gestire l'impianto e a trasportare tutti gli utenti ai prezzi correnti. È prassi normale che un certo numero di professioni e di attività siano soggetti ad una speciale autorizzazione e a determinati requisiti»³².

Ancorché specificamente riferita al tema degli aiuti di Stato, ad avviso di chi scrive, la distinzione tracciata dalla Commissione europea nella Comunicazione del 2002 ha portata generale e conferma quella che emerge dalla normativa nazionale. Da tale distinzione si desume, quale fondamentale conseguenza, la non

³² La Comunicazione del 2002 ha, tuttavia, concesso un periodo transitorio nel quale gli aiuti di Stato possono essere tollerati, ammettendo che gli aiuti «potrebbero svolgere un ruolo importante per sostenere uno sviluppo economico equilibrato del territorio. In particolare, per quanto concerne le regioni di montagna, gli aiuti di Stato in passato hanno permesso lo sviluppo di una delle poche attività economiche locali possibili in queste zone, con conseguenze benefiche per l'occupazione e, in ultima analisi, per il radicamento della popolazione e per la difesa del territorio». Per l'avvenire, però, la Commissione, preso atto della crescente concorrenza transfrontaliera su questo tipo di servizi, ha ritenuto «necessario che in futuro la politica della Commissione nel settore sia definita più chiaramente, interpretata in maniera più rigorosa e applicata con maggior uniformità». Successivamente, nel 2014, la Commissione ha però approvato un regolamento in materia di aiuti di stato (Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione del 17 giugno 2014, art. 55), ove si considerano compatibili con le norme dei TFUE gli aiuti «per la costruzione, l'ammodernamento e/o la gestione dell'infrastruttura sportiva o dell'infrastruttura ricreativa multifunzionale», che alcune amministrazioni regionali e provinciali hanno ritenuto applicabile anche ai contributi per gli impianti di risalita e sciistici.

qualificabilità, come servizio pubblico, dell'attività di trasporto di persone mediante impianti a fune, se destinata essenzialmente alla pratica di sport invernali, e la non sottoposizione a un vero e proprio regime concessorio della sua gestione, con la conseguenza che non è necessario il ricorso al mercato per l'affidamento a soggetti terzi.

5.3. Nella legislazione regionale

Come si è detto, la disciplina del trasporto a fune è dettata, prevalentemente, dalla legislazione regionale. A livello regionale, pur nella varietà e nella non omogeneità del panorama legislativo, il trasporto di persone mediante impianti funiviari è qualificato come servizio pubblico, senza che venga operata alcuna distinzione tra impianti finalizzati a soddisfare esigenze di trasporto generale dei cittadini ovvero esigenze di mobilità sportivo-turistica, o comunque a prescindere da essa. La realizzazione e l'esercizio dell'impianto è, inoltre, normalmente soggetto a regime concessorio: alla concessione, necessaria per l'esecuzione dei lavori e la gestione dell'impianto, segue normalmente un'autorizzazione, rilasciata previa apposita verifica tecnica, per l'apertura al pubblico esercizio.

Così ad esempio, la legge della Valle d'Aosta n. 20 del 2008 stabilisce che «Sono considerate in servizio pubblico tutte le linee funiviarie ed in particolare quelle destinate al trasporto, con offerta indifferenziata, dei clienti degli alberghi o in generale di esercizi pubblici di tipo ricettivo, commerciale o sportivo, degli ospiti dei convitti, collegi e comunità in genere e degli allievi delle scuole di sci, ancorché in uso gratuito o gestite dai titolari dei rispettivi esercizi. Non sono, invece, considerate in servizio pubblico le linee funiviarie utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dal proprietario, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e dalle persone che devono servirsi occasionalmente della linea per assistenza medica, pubblica sicurezza o simili». Il successivo art. 5 prevede poi che «La costruzione e l'esercizio di linee funiviarie, destinate al trasporto in servizio pubblico di persone ovvero di persone, di cose e animali, sono subordinati a concessione per la costruzione e l'esercizio rilasciata con deliberazione della Giunta regionale», che «sostituisce ogni altro provvedimento autorizzatorio di competenza regionale ai fini della realizzazione della linea funiviaria e delle relative opere complementari». Peraltro, «La deliberazione della Giunta regionale che rilasci la concessione di linee (...) costituisce ad ogni effetto dichiarazione di pubblica utilità», con la conseguenza che il concessionario può ottenere in via coattiva la titolarità della proprietà delle aree necessarie alla costruzione delle stazioni e delle aree limitrofe destinate a parcheggi necessari ad integrare le finalità dell'impianto; della servitù sulle aree su cui insistono i sostegni dell'impianto, della servitù aerea, della servitù di transito sul terreno di sciatori al traino di sciovie, delle servitù di elettrodotto interrato o aereo, della servitù di passo a piedi e con veicoli per consentire il raccordo con il più vicino impianto a fune e delle eventuali altre servitù ritenute necessarie

per la costruzione e l'esercizio dell'impianto. Ultimata la costruzione dell'impianto secondo il progetto appositamente approvato, il concessionario deve conseguire l'autorizzazione all'apertura dell'impianto al pubblico esercizio, previa apposita verifica tecnica da parte dell'Amministrazione competente.

La legge del Piemonte n. 74 del 1989, ugualmente, disciplina «la costruzione e l'esercizio degli impianti funiviari in servizio pubblico per il trasporto di persone, diretti ad assolvere funzioni turistiche e sportive o funzioni di collegamento tra località diverse di uno o più Comuni». L'art. 2 chiarisce che «non sono considerati impianti in servizio pubblico [solamente] gli impianti funiviari per il trasporto di persone utilizzati esclusivamente dal proprietario, dai suoi congiunti e dagli ospiti occasionali, qualora il servizio sia totalmente gratuito, non compreso in altre prestazioni e l'impianto non interessi in alcun modo proprietà od attività pubbliche». Anche questa normativa stabilisce che «la costruzione e l'esercizio di impianti funiviari in servizio pubblico per il trasporto di persone sono soggetti a concessione», rilasciata previa approvazione del relativo progetto. Peraltro, il concessionario che intende promuovere l'espropriazione di beni immobili o l'imposizione di servitù ad immobili per la realizzazione degli impianti a fune, può richiederne la dichiarazione di pubblica utilità, solamente «qualora si tratti di: a) impianti funiviari di collegamento di centri abitati o di località in cui vi siano strutture ricettive, commerciali o impianti produttivi, sostitutivi o integrativi della viabilità ordinaria; b) impianti funiviari di «arroccamento» nelle aree sciabili, funzionali all'utilizzo di altri impianti funiviari; c) impianti funiviari di collegamento tra aree sciabili diverse, che migliorino la funzionalità complessiva del sistema sciistico; d) impianti funiviari di particolare interesse funzionale, rispetto agli obiettivi di utilizzo dell'area sciabile; e) impianti e strutture strettamente necessarie all'esercizio degli impianti funiviari indicati ai punti precedenti». Anche questa normativa prevede, infine, che l'apertura al pubblico esercizio di un impianto funiviario dopo l'ultimazione dei lavori di costruzione avvenga previa apposita autorizzazione rilasciata all'esito di apposite verifiche e prove funzionali.

La legge del Veneto n. 21 del 2008 stabilisce che «sono impianti a fune gli impianti destinati al servizio pubblico autorizzati all'esercizio per il trasporto di persone e cose» e, in particolare, quelli che «da soli o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, costituiscono in preminenza un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi», nonché quelli «che consentono di raggiungere l'area adatta agli sport sulla neve superando zone inadatte alla loro pratica, denominati impianti di arroccamento, (...) che consentono il collegamento tra aree sciabili attrezzate superando zone inadatte o non destinate alla pratica degli sport sulla neve, denominati impianti di collegamento, (...) che consentono all'utente di superare ripetutamente il dislivello necessario a raggiungere la partenza di una pista, denominati impianti di ricircolo» (art.17). L'art. 18 chiarisce che «l'esercizio degli impianti è subordinato al rilascio di una concessione di linea». Peraltro, «nel provvedimento di concessione sono

specificati gli obblighi che gravano sul concessionario», quali il trasporto gratuito della posta nei periodi e orari di esercizio, su richiesta del soggetto gestore del servizio pubblico postale; il trasporto di cose secondo le caratteristiche tecniche dell'impianto; il trasporto gratuito di personale degli enti competenti alla vigilanza, nell'esercizio delle proprie funzioni; il trasporto gratuito di personale incaricato delle operazioni di soccorso. L'apertura al pubblico esercizio degli impianti, infine, è subordinata al rilascio di un'apposita autorizzazione, previa verifiche tecniche dell'impianto realizzato.

Ugualmente la legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 1 del 2006, come modificata nel 2018, stabilisce che «tutte le linee funiviarie sono considerate impianti in servizio pubblico, escluse quelle adibite al trasporto di materiale e quelle utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dall' esercente, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e da persone addette all'assistenza medica, alla sicurezza pubblica, alla manutenzione ed altro». Sono comunque soggette alle disposizioni che regolano gli impianti in servizio pubblico anche «le linee funiviarie destinate al trasporto di clienti a esercizi pubblici e ristori di campagna, di appartenenti a convitti, collegi e comunità e di allievi/allieve delle scuole di sci, anche se tali linee funiviarie sono gestite dai/dalle titolari dei rispettivi esercizi». L'art. 2 distingue poi tra «impianti a fune in servizio pubblico [che sono] gli impianti destinati al pubblico esercizio» e «impianti a fune in servizio privato» che sono gli impianti non rientrano tra quelli in servizio pubblico. La realizzazione e la gestione di detti impianti è subordinata a «concessione» (art. 5) nel caso degli impianti in servizio pubblico e a mera «autorizzazione» (art. 31) nel caso degli impianti in servizio privato. Al rilascio della concessione e alla realizzazione dell'impianto, deve seguire, all'esito del collaudo funzionale, «il nullaosta all'apertura dell'impianto al pubblico esercizio». Ai sensi dell'art. 4, le funivie «in servizio pubblico» si distinguono, a loro volta, in tre categorie: a) «impianti a fune in servizio di trasporto pubblico generale che costituiscono, da soli o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi, e che sono realizzati con veicoli chiusi aventi le caratteristiche fissate con regolamento di esecuzione»; b) «impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo», a loro volta suddivisi in quattro subcategorie; c) «sciovie ad uso sportivo e turistico-ricreativo» che non fanno parte di un sistema di linee collegate o interdipendenti tra loro.

Anche secondo la legge della Provincia autonoma di Trento n. 7 del 1987, «sono considerate in servizio pubblico tutte le linee funiviarie, ad eccezione di quelle utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dal proprietario, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e dalle persone che devono servirsi occasionalmente della linea per fini di assistenza medica, di sicurezza pubblica o simili. Non sono considerate in servizio pubblico le linee funiviarie realizzate mediante impianti scioviari di tipo spostabile, leggero, ad uso esclusivo e gratuito per lo sci agonistico. Sono considerate in ogni caso in servizio pubblico le linee destinate al trasporto dei clienti degli alberghi, degli appartenenti a convitti, collegi e

comunità in genere e degli allievi delle scuole di sci, anche se gestite dai titolari dei rispettivi esercizi». Prevede, inoltre, che «la costruzione e l'esercizio di linee funiviarie adibite al trasporto in servizio pubblico di persone, cose o misto, sono soggetti a concessione da parte della Giunta provinciale» e che, effettuato il collaudo funzionale, viene rilasciata «l'autorizzazione all'apertura dell'impianto al pubblico esercizio».

La legge del Friuli Venezia Giulia n. 15 del 1981 prevede che «sono da considerarsi linee di trasporto pubblico di persone con impianti a fune quelle realizzate mediante sistemi che impiegano una o più funi destinate a sostenere, trasmettere o regolare il moto dei veicoli e che siano aperte al pubblico indipendentemente dal pagamento di un corrispettivo» e che «La costruzione e l'esercizio di impianti a fune in servizio pubblico di cui al precedente articolo sono soggetti a concessione regionale». Il successivo art. 15 chiarisce che «nessuna linea di trasporto a fune può essere aperta al pubblico esercizio senza la preventiva autorizzazione (...)», che «è subordinata al favorevole esito di verifiche e prove funzionali rivolte ad accertare che sussistano le necessarie condizioni perché il servizio possa svolgersi con sicurezza e regolarità, e che sia stato ottemperato alle eventuali prescrizioni impartite». Peraltro, il successivo art. 17 stabilisce che «L'approvazione del progetto equivale a dichiarazione di pubblica utilità delle opere e delle aree individuate dal progetto come necessarie alla funzionalità degli impianti, comprese quelle relative agli accessi ed ai parcheggi, nonché di urgenza ed indifferibilità dei relativi lavori».

Anche la legge dell'Emilia Romagna n. 1 del 1995, dopo aver chiarito che «disciplina la realizzazione, l'adeguamento e l'esercizio di impianti a fune adibiti a pubblico servizio di trasporto», distingue tra «a) impianti di arroccamento, che consentono di raggiungere l'area sciabile o la stazione sciistica superando zone inadatte alla pratica dello sci; b) impianti di collegamento, che consentono il raccordo tra aree sciistiche attrezzate, superando zone inadatte o non destinate alla pratica dello sci; c) impianti di ricircolo, che consentono allo sciatore di superare ripetutamente il dislivello necessario a raggiungere la partenza di una pista da sci in discesa; d) impianti in funzione mista, che sommano due o più delle funzioni elencate ai punti precedenti». Essa prevede poi che «L'esercizio di linee funiviarie e degli impianti e le modifiche non configuranti mero adeguamento tecnico ai fini della sicurezza sono subordinate al rilascio della concessione da parte degli Enti competenti» e che «Quando il richiedente non abbia la disponibilità dei terreni interessati dall'impianto la dichiarazione di pubblica utilità, urgenza e indifferibilità delle opere approvate comporta la potestà di chiedere la costituzione coattiva di servitù per ogni tipo di impianto approvato dall'Ente competente, previo pagamento dell'indennità». «Gli impianti», infine, «possono essere aperti al pubblico esercizio solo previa autorizzazione dell'Ente concedente».

La legge del Lazio n. 59 del 1983, nel dettare la disciplina «delle funivie, delle seggiovie, delle sciovie e delle slittovie adibite a pubblico servizio di trasporto di persone», prevede che «Gli impianti a fune, di cui alla presente legge, sono gestiti in uno dei seguenti modi: a) in economia dagli enti locali; b) mediante

aziende speciali; c) in regime di concessione. Le concessioni per la costruzione e l'esercizio degli impianti a fune predetti sono accordate alle aziende speciali pubbliche ed alle imprese private sulla base della normativa recata dalla presente legge». «L'ente concedente» peraltro, «provvede all'esame delle domande di concessione in modo da garantire la partecipazione degli interessati e la pubblicità degli atti afferenti il procedimento istruttorio per il rilascio della concessione stessa». L'art. 12 chiarisce però che «Nel rilascio delle concessioni, a parità di condizioni ritenute ammissibili, il concessionario di un impianto a fune ha titolo di prelazione per qualsiasi altro impianto a fune nel territorio di utenza indicato dal piano particolareggiato o da strumenti urbanistici od in mancanza, nella zona interessata dagli impianti».

Come risulta evidente da questo breve *excursus* normativo, la maggior parte delle legislazioni regionali qualifica l'attività di trasporto a fune come servizio pubblico, indipendentemente dalla finalità turistica ovvero di trasporto generale dalla stessa perseguita. La qualificazione in termini di servizio pubblico concerne cioè «tutte le linee funiviarie» per il trasporto di persone, siano esse dirette ad assolvere funzioni turistiche e sportive ovvero funzioni di collegamento tra località diverse di uno o più Comuni. Inoltre, come si è visto, la legislazione regionale prevede, generalmente, che la costruzione e l'esercizio di impianti funiviari siano soggetti al rilascio di apposita concessione.

Tuttavia, questa circostanza non è di per sé sufficiente a qualificare la fattispecie in termini di concessione di lavori o di servizi e a rendere necessaria l'applicazione della relativa disciplina, in particolare ad imporre all'Ente pubblico concedente l'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione Europea e il diritto nazionale di recepimento (in particolare, la direttiva 2014/23/UE sulle concessioni e il d.lgs. n. 50 del 2016).

Anche secondo la Commissione europea, peraltro, è irrilevante, ai fini della relativa qualificazione, il fatto che la costruzione e il funzionamento degli impianti a fune siano soggetti, per espressa previsione legislativa, a concessione, il che obbliga l'impresa a gestire effettivamente l'impianto e a trasportare tutti gli utenti ai prezzi correnti. Ciò perché è prassi normale che un certo numero di professioni e di attività siano soggetti ad una speciale autorizzazione e a determinati requisiti³³.

In questi termini si è espressa anche la recente sentenza della Corte costituzionale³⁴, intervenuta proprio a vagliare la legittimità di una legge regionale, in particolare dell'art. 45 della legge prov. Bolzano n. 10 del 2018, ai sensi del quale «[l]e concessioni di cui alle leggi provinciali 8 novembre 1973, n. 87, e successive modifiche, e 30 gennaio 2006, n. 1, e successive modifiche, che autorizzano la costruzione e l'esercizio di impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo, e i relativi rinnovi, rilasciati prima dell'entrata in vigore della presente legge si configurano come provvedimenti autorizzatori ai sensi e per gli effetti di cui

³³ Comunicazione indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato n. 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune.

³⁴ Sentenza n. 103 del 2020.

all'articolo 164, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50». In relazione ad esso, sono stati sollevati dubbi di incostituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, e secondo comma, lett. e), Cost., per presunta incompatibilità della disposizione censurata con la disciplina, di diritto dell'Unione (ex artt. 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE) e nazionale (ex artt. 30 e 164, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016), che impone procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni di servizi pubblici.

Il *thema decidendum* del giudizio costituzionale consisteva «in buona sostanza, nel determinare se il legislatore provinciale fosse legittimato a stabilire (...) che le concessioni rilasciate ai sensi della legge prov. Bolzano n. 1 del 2006 non necessitassero di alcuna procedura a evidenza pubblica in forza del richiamato art. 164, comma 1, secondo periodo, cod. contratti pubblici, che per l'appunto esenta talune categorie di provvedimento dall'obbligo, a carico dell'amministrazione, di indire procedure a evidenza pubblica».

Per far ciò, la Corte ha dovuto «chiarire se la «concessione» di impianti a fune (*recte*, della realizzazione e della gestione di tali impianti, e poi dei relativi rinnovi) prevista dalla legge prov. Bolzano n. 1 del 2006 rientrasse effettivamente tra i «contratti di concessione di lavori o servizi» – soggetti come tali all'obbligo di indizione di procedure a evidenza pubblica, ai sensi della direttiva 2014/23/UE e della stessa Parte III cod. contratti pubblici –, o invece tra i provvedimenti autorizzatori, «comunque denominati», di attività economiche private semplicemente regolate dall'amministrazione, ma al di fuori di un rapporto sinallagmatico che crei «obblighi reciprocamente vincolanti» tra quest'ultima e il privato».

A tal fine, la sentenza n. 103 ha espressamente rilevato che «non può attribuirsi rilievo decisivo all'uso dell'espressione «concessione» nella legge prov. Bolzano n. 1 del 2006», come in molte altre leggi regionali, «né può attribuirsi rilievo decisivo all'espressa (auto)qualificazione degli impianti a fune, ad opera dell'art. 3 della legge prov. Bolzano n. 1 del 2006, come «servizio pubblico». Ad avviso della Consulta, «tale qualificazione ha l'evidente finalità di distinguere le funivie destinate a una generalità di utenti e quelle destinate invece a uso privato, secondo la formula definitoria contenuta nello stesso art. 3 (...). Quest'ultima è normalmente di dimensioni assai più contenute e, proprio perché utilizzata da una cerchia ristretta di persone, non richiede l'ampio spettro di verifiche e controlli che caratterizza invece, a tutela primariamente dell'incolumità pubblica, le funivie utilizzate da una pluralità indeterminata di persone. Nella logica della legge prov. Bolzano n. 1 del 2006, la nozione di impianto «in servizio pubblico» coincide dunque con quella di impianto «destinato al pubblico esercizio», come precisato ora dal nuovo comma 2-bis dell'art. 2 della legge, inserito dall'art. 44, comma 1, della legge prov. Bolzano n. 10 del 2018; restando invece ancora da dimostrare che, alla stregua della disciplina allora vigente, i gestori di simili impianti esercitassero un servizio pubblico». Tale dimostrazione, in conclusione, va svolta in base ad un esame

sostanziale delle caratteristiche dell'attività e della sua disciplina positiva, a prescindere da eventuali qualificazioni in termini di servizio pubblico di essa e di concessione dell'atto autorizzatorio, presenti come si è visto in molte leggi regionali.

5.4. Negli atti delle Autorità indipendenti nazionali

Secondo altro orientamento, invece, la gestione di impianti a fune si qualifica sempre come servizio pubblico locale: è questa, ad esempio, l'opinione dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), espressa nel parere precontenzioso n. 135 del 2015³⁵.

La costruzione e la gestione di impianti a fune, compresi gli impianti sciistici, finalizzati allo sviluppo turistico del territorio, costituirebbe un servizio pubblico locale di rilevanza economica, «in quanto ha una sua soggettiva e oggettiva qualificazione, la quale deve garantire la realizzazione di prevalenti fini sociali, oltre che la promozione dello sviluppo economico e civile delle relative comunità; nel caso in cui l'Ente scelga di non gestire direttamente il servizio pubblico bensì di affidare la gestione ad altri tramite concessione, la scelta del concessionario dovrà necessariamente rispettare i principi dell'ordinamento comunitario volti a valorizzare e salvaguardare i principi di trasparenza, massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità che, nel nostro ordinamento sono significativamente ribaditi non solo dall'art. 1 della legge fondamentale sull'esercizio dei pubblici poteri, vale a dire la legge n. 241 del 1990, ma anche dall'art. 27 e, ancor più significativamente, dall'art. 30 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, tenendo conto che tale ultimo articolo disciplina l'affidamento di concessioni di servizi».

Pertanto, conclude l'ANAC, «l'affidamento della concessione del servizio pubblico locale in oggetto deve avvenire tramite procedura ad evidenza pubblica nel rispetto dell'art. 30 d.lgs. 163/2006».

Questo orientamento è stato condiviso anche dall'AGCM, che, in diverse occasioni, ha dimostrato di ritenere gli affidamenti operati dagli Enti locali dei servizi di trasporto a fune per scopo turistico-sportivo come vere e proprie concessioni di servizi pubblici, come tali da sottoporre a evidenza pubblica.

Con riferimento all'impianto di risalita nel Terminillo, ad esempio, l'AGCM è stata all'origine del provvedimento di annullamento in autotutela del rinnovo della concessione senza gara, poi ritenuto conforme al diritto dell'Unione Europea da parte del Tar Lazio³⁶ e del Consiglio di Stato³⁷. Rispetto a tale

³⁵ ANAC, parere n. 135 del 29 luglio 2014, reso nei confronti dell'affidamento della costruzione e della gestione di un impianto sito in un Comune della Provincia di Bolzano (Comune di Valle Aurina). La Provincia si era rifiutata di affidare direttamente all'impresa privata tale concessione, ritenendo che si sarebbe trattato di un servizio pubblico locale da affidarsi tramite gara; al contrario, il Comune (richiedente il parere all'ANAC) aveva ritenuto che si trattasse di un mero provvedimento autorizzatorio, a cui non avrebbe dovuto applicarsi la disciplina (allora stabilita dal d.lgs. n. 163 del 2006) dell'evidenza pubblica.

³⁶ Tar Lazio, Roma, sentenza n. 9264 del 2014.

³⁷ Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

impianto, l'AGCM ha ritenuto trattarsi di affidamento di servizi da svolgersi mediante procedure ad evidenza pubblica, invitando la Giunta provinciale di Rieti a disapplicare la norma regionale posta alla base dell'atto di rinnovo in ossequio ai «principi fondamentali del diritto comunitario a tutela della concorrenza»³⁸.

Anche con riferimento a una pluralità di concessioni di funivie per uso turistico-sportivo della Provincia di Bolzano, l'AGCM, in una serie di pareri formulati ai sensi dell'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990, ha ritenuto i relativi rinnovi restrittivi della concorrenza e basati su una normativa provinciale contrastante «con i principi fondamentali del diritto comunitario a tutela della concorrenza, trasparenza e pubblicità, e come tale disapplicabile». A seguito delle risposte fornite dalla Provincia di Bolzano, tuttavia, l'Autorità ha archiviato alcuni procedimenti «in ragione della diversa situazione di fatto che interessa i relativi impianti di risalita», ritenendo, probabilmente, rilevante il dato relativo alla natura pubblica o privata delle aree su cui essi insistevano. Rispetto all'unico impianto insistente su terreni appartenenti al patrimonio indisponibile della Provincia, infatti, l'AGCM ha formulato parere negativo³⁹ e poi, nell'inerzia dell'amministrazione provinciale, ha impugnato il provvedimento di rinnovo della concessione dinanzi al TRGA Trentino-Alto Adige, innescando il giudizio che ha dato luogo alla questione di legittimità costituzionale decisa con la sentenza n. 103 del 2020 della Corte costituzionale, di cui si è detto.

Da ultimo, l'AGCM ha formulato, su richiesta del Dipartimento per gli Affari Regionali e le Autonomie presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, un parere sulla legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 10 del 2018, che ha modificato la legge provinciale n. 1 del 2006, recante la “Disciplina degli impianti a fune”, e i cui artt. 44 e 45 sono stati oggetto della questione di costituzionalità suindicata⁴⁰.

Ad avviso dell'Autorità, la normativa provinciale contrasterebbe con l'art. 117, commi primo e secondo, lettera e), Cost., nonché con le disposizioni di cui agli artt. 2, 30 e 164 del codice dei contratti pubblici «nella misura in cui sottraggono l'Ente pubblico concedente all'obbligo di procedere alla selezione dei concessionari [del servizio di trasporto a fune] mediante l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità».

Gli atti di affidamento del servizio di trasporto a fune, infatti, non costituirebbero mere «autorizzazioni amministrative, non essendo volte a rimuovere ostacoli all'esercizio di un'attività economica, bensì ad affidare a un soggetto privato un compito di rilievo pubblicistico, quale la costruzione di un impianto

³⁸ AGCM, Parere AS958 – Provincia di Rieti, relativo alla concessione di esercizio dell'impianto seggiovia biposto Monte Terminillo, del 6 luglio 2012.

³⁹ AGCM, Parere AS1508 - Provincia autonoma di Bolzano, relativo alla concessione impianto funiviario Gletschersee II nel Comune di Val Senales, del 26 gennaio 2018.

⁴⁰ Parere dell'AGCM del 5 settembre 2018, AS1537.

funzionalizzato al soddisfacimento di un interesse di rilievo pubblicistico e/o la gestione di un servizio di interesse economico generale destinato a soddisfare specifiche esigenze di trasporto nell'ambito del territorio della Provincia»⁴¹.

6. L'affidamento del servizio di trasporto a fune

6.1. Nella legislazione nazionale

Un'espressa menzione dei servizi di trasporto a fune – sotto il profilo del loro affidamento – veniva fatta dal d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL). L'art. 113 TUEL – relativo alle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – prevedeva espressamente che le relative disposizioni non si applicassero «al settore del trasporto pubblico locale che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni» (al comma 1 bis), nonché «agli impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane» (comma 2 bis).

La norma in esame, quindi, distingueva il trasporto a fune destinato ad attività sportive dal servizio pubblico di trasporto locale, dedicandogli un'apposita previsione che lo sottraeva all'ambito di applicazione della disciplina, dettata dallo stesso art. 113, delle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Nonostante questa disciplina fosse espressamente qualificata inderogabile ed integrativa delle discipline di settore, insomma, dal suo ambito di operatività era esclusa appunto quella degli impianti a fune.

Questa norma, peraltro, è stata interpretata, da una parte della giurisprudenza amministrativa, nel senso di qualificare anche gli impianti a fune turistico-sportivi come servizi pubblici locali di rilevanza economica. Si è osservato, infatti, che «la specificazione contenuta nel comma suddetto circa la deroga all'applicazione della normativa contenuta negli altri commi trova la sua esclusiva *ratio* nella naturale riconducibilità del servizio in questione nel novero dei servizi pubblici locali a rilevanza economica cui si riferisce la rubrica dell'articolo richiamato. Non avrebbe, infatti, alcun senso, in caso contrario, la previsione della specifica deroga alla normativa esposta»⁴².

⁴¹ Il parere non è stato seguito da alcuna iniziativa del Governo contro la legge provinciale n. 10 del 2018.

⁴² Tar Lazio, Roma, sentenza n. 9012 del 2011: «Peraltro, ai sensi dell'art.113 del D.Lgs.n.267del2000, rubricato "Gestione delle reti ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", al comma 2-bis, inserito dall'articolo1, comma 48, della legge 15dicembre 2004, n.308, è testualmente disposto che "2-bis. Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane". È evidente, pertanto, la qualificazione in termini di servizio pubblico locale a rilevanza economica dell'attività di cui trattasi, in quanto riconducibile al disposto del richiamato comma 2 bis, trattandosi, appunto, della gestione degli impianti sciistici del comune. La specificazione contenuta nel comma suddetto circa la deroga all'applicazione della normativa contenuta negli altri commi trova, infatti, la sua esclusiva *ratio* nella naturale riconducibilità del servizio in questione nel novero dei servizi pubblici locali a rilevanza economica cui si riferisce la rubrica dell'articolo richiamato. Non avrebbe, infatti, alcun senso, in caso contrario, la previsione della specifica deroga alla normativa esposta. Ne consegue che le norme contenute nel testo del richiamato art. 113 – comprese quindi le norme che impongono il rispetto

L'art. 113 TUEL, tuttavia, è stato abrogato dal comma 11 dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008⁴³, recante la nuova disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nelle parti incompatibili con le disposizioni da esso dettate⁴⁴. L'art. 23 bis, inoltre, nel far salve le discipline di settore di alcuni servizi pubblici locali, limitava il suo riferimento, per quanto concerne il trasporto locale, alle disposizioni del d. lgs. n. 422 del 1997 “relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale”.

L'art. 23 bis, nel testo risultante dalle modifiche successivamente approvate, è stato dichiarato abrogato dal decreto del Presidente della Repubblica n. 113 del 2011, a seguito degli esiti delle consultazioni referendarie del 12 e 13 giugno 2011. Le disposizioni dell'art. 113 TUEL abrogate per incompatibilità con l'art. 23 bis non sono tuttavia tornate a rivivere a seguito dell'abrogazione referendaria dello stesso art. 23 bis (come espressamente dichiarato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 320 del 2011).

A seguito del vuoto normativo successivo alla pronuncia referendaria⁴⁵, il Governo è intervenuto sulla materia con l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011. Tale articolo ha introdotto una disciplina generale dei servizi pubblici locali, le cui linee portanti in tema di affidamenti hanno ripreso la disciplina varata nel 2008.

delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica – non possono trovare applicazione relativamente agli impianti di cui trattasi». Nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3989, secondo cui «l'articolo 113, comma 2 bis, del d.lgs. n. 267/2000, nell'esentare gli “impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane” dall'osservanza delle modalità ivi stabilite per la gestione delle reti dei servizi pubblici locali, conferma espressamente la loro appartenenza a tale *genus*».

⁴³ L'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), rubricato “Servizi pubblici locali di rilevanza economica”, aveva l'obiettivo di favorire la diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi. A tal fine è stato previsto: il principio della procedura a evidenza pubblica come regola generale per gli affidamenti dei servizi pubblici a rilevanza economica; la possibilità di affidamento a una società mista a condizione che venisse espletata una gara «a doppio oggetto» per l'affidamento del servizio e per la scelta del socio privato, con una partecipazione non inferiore al 40% e l'attribuzione di specifici compiti operativi; l'eccezione dell'affidamento *in house*, subordinato a un parere (non vincolante) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'esistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato». In tema di modalità di affidamento, la Corte costituzionale ha evidenziato (in particolare con la sentenza n. 325 del 2010) come l'introduzione nell'ordinamento nazionale di regole concorrenziali, come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici, più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento europeo «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri». Sulla sentenza 325: L. Cuocolo, *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 484; A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 4642; S. Musolino, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, in *Urb. app.*, 2011, p. 48.

⁴⁴ Il D.P.R. n. 168 del 2010 ha abrogato espressamente solamente i commi 5, 5 bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15 bis, 15 ter e 15 quater dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000.

⁴⁵ A. Avino, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale e il referendum abrogativo*, in www.costituzionalismo.it, 2011.

Sulla disciplina dei servizi pubblici locali dettata dal legislatore del 2011 è però nuovamente intervenuta la Corte Costituzionale, che, con la sentenza n. 199 del 2012, ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, desumibile dall'art. 75 Cost.⁴⁶.

Nel vuoto normativo venutosi a creare a seguito della sentenza n. 199 del 2012 della Corte Costituzionale, il legislatore è nuovamente intervenuto nella materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, anche se in maniera minimale, con l'emanazione dell'art. 34 del d.l. n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012⁴⁷⁴⁸.

⁴⁶ La Consulta ha osservato come, a distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia con l'art. 4, il quale, nonostante sia intitolato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house* rispetto a quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo. Essa, infatti, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità», analogamente a quanto disposto dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008; ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Ciò in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'Ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'Ente stesso (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del c.d. controllo analogo e dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante. Inoltre, la disciplina dettata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 riproduce, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione, con l'unica differenza dell'esclusione, dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, del servizio idrico integrato. Le poche novità introdotte dall'art. 4, peraltro, accentuano la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, che invece la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Infine, in considerazione del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ai quali si applicava l'art. 23 bis, e non solo il servizio idrico, secondo la Consulta non può ritenersi che l'esclusione di detto servizio dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare.

⁴⁷ Sugli interventi normativi in tema di servizi pubblici locali e sulla disciplina applicabile dopo la sentenza n. 199 del 2012: M. Midiri, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 133; G. Marchianò, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei Sieg*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 1021; C. Volpe, *Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art. 23-bis al decreto legge manovra di ferragosto 2011 attraverso il referendum: l'attuale quadro normativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011; C. Volpe, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustamm.it, 2013; F. Zammartino, *Problemi e prospettive in materia di gestione dei servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in www.giustamm.it, 2013; Parisio V., *Gestione dei servizi pubblici, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro amm. Tar*, 2013, p. 385. Con particolare riferimento al servizio di trasporto: A. Cabianca, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della corte costituzionale n. 199/2012 e il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2010)*, in www.federalismi.it, 2012.

⁴⁸ Da ultimo, gli artt. 16 e 19 della legge n. 124 del 2015 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) avevano delegato il Governo «ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, ovvero entro il diverso termine previsto dall'articolo 17, decreti legislativi di semplificazione dei seguenti settori: (...) c) servizi pubblici locali di interesse economico generale». Nell'esercizio di questa delega, il

La nuova normativa dispone che l'affidamento del servizio venga effettuato sulla base di un'apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che deve dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche (se previste) (comma 20).

È inoltre prevista una normativa transitoria, nel senso che gli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del decreto non conformi ai requisiti previsti dalla normativa europea devono essere adeguati entro il termine del 31 dicembre 2013 pubblicando, entro la stessa data, la relazione prevista al comma 20 e che, per gli affidamenti in cui non è prevista una data di scadenza, gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento, prescrivendo, comunque, che il mancato adempimento degli obblighi previsti nel presente comma determina la cessazione dell'affidamento alla data del 31 dicembre 2013 (comma 21).

Il comma 22 prevede poi che gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020.

Si specifica, inoltre, che a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto *in house* può avvenire senza alcun limite di importo, purché in favore di società a capitale interamente pubblico e nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house* (comma 27).

Le nuove disposizioni non sono applicabili per il servizio di distribuzione di gas naturale, il servizio di distribuzione di energia elettrica e la gestione delle farmacie comunali (comma 25).

In conclusione, ai sensi della normativa da ultimo dettata, la scelta delle modalità di affidamento del servizio viene nuovamente rimessa agli Enti locali che eserciteranno un potere discrezionale, ma nel rispetto: a) dei principi europei di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; b) dell'obbligo di motivazione; c) dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

Le modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica sono dunque quelle dell'affidamento a imprenditori e società private individuati attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica che, costituendo il sistema ordinario, non si ritiene abbisogni di particolare motivazione. È poi consentito

Governo aveva adottato lo schema di decreto legislativo recante «la disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale» (art. 1, comma 1), che, però, non è mai stato approvato ed entrato in vigore.

l'affidamento del servizio a una società mista costituita ad hoc, previa gara a doppio oggetto, ossia riguardante, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione allo stesso dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, senza alcun limite minimo di partecipazione in capo al socio privato. È infine consentito l'affidamento diretto della gestione a figure soggettive sostanzialmente pubbliche, che posseggano i requisiti del modello *in house*⁴⁹.

Tornando al tema della disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici di trasporto a fune, possono enuclearsi due diverse opzioni interpretative.

Da un lato, può ben ritenersi che l'art. 113 TUEL, laddove escludeva dal suo ambito di applicazione, oltre al trasporto pubblico locale, «gli impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane», sia stato tacitamente abrogato dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, il quale ha voluto introdurre una disciplina generale delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, salve le specifiche esclusioni e deroghe da esso stesso previste.

Poiché a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis per effetto della consultazione referendaria non si è avuta una reviviscenza della norma abrogata, ossia della deroga introdotta per il trasporto a fune dall'art. 113 TUEL, e poiché anche la successiva normativa, dettata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, è venuta meno, il servizio pubblico di trasporto funiviario deve ritenersi assoggettato alla disciplina generale dettata in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica.

In tal senso, si è espresso il Consiglio di Stato, secondo cui il comma 2 bis dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 sarebbe stato abrogato dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, in quanto indubbiamente incompatibile con la suddetta disposizione⁵⁰. Il primo comma dell'art. 23 bis, infatti, per un verso stabiliva, in termini generali: «Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili»; per altro verso, contemplava delle specifiche eccezioni alla regola appena trascritta tra le quali non rientrava, però, quella degli impianti di trasporto a fune (ma solo, nel settore dei trasporti, quella del trasporto ferroviario regionale).

È tuttavia possibile una diversa lettura interpretativa, secondo la quale il comma 2 bis dell'art. 113 TUEL, laddove escludeva dal suo ambito di applicazione gli impianti di trasporto funiviario, non sarebbe stato

⁴⁹ Sul problema che si è, successivamente, posto se l'*in house* sia divenuto o meno modalità di affidamento del servizio equivalente al ricorso all'evidenza pubblica (con gara semplice o a doppio oggetto ai fini della costituzione di una società mista) e pienamente alternativo allo stesso, si veda di recente: Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui prevede che le stazioni appaltanti danno conto, nella motivazione del provvedimento di affidamento *in house*, delle ragioni del mancato ricorso al mercato, per violazione dell'art. 76 Cost.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171.

abrogato dalla successiva disciplina: non è ricompreso, infatti, tra le disposizioni del testo unico espressamente abrogate dal regolamento di attuazione dell'art. 23 bis (art. 12 del D.P.R. n. 168 del 2010). Detta disposizione, insomma, sarebbe ancora in vigore, con la conseguenza che opererebbe ancora oggi, per gli «impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane», la deroga alla disciplina generale in tema di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica: questa disciplina, cioè, non si applicherebbe a detti impianti, che rimarrebbero assoggettati alla normativa nazionale e regionale per essi specificamente dettata.

In tal senso, si è espresso il Tar Lazio⁵¹, il quale ha osservato che «l'articolo 23-bis dispone al comma 11 che «l'articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo. E al riguardo si ritiene che il disposto di cui al comma 2 bis dell'art. 113 sia norma allo stato ancora vigente e produttiva di effetti. In tal senso depono il comma 1 dell'articolo 12 del D.P.R. 7 settembre 2010 n. 168, contenente il regolamento dei servizi pubblici locali ai sensi del richiamato art. 23 bis, rubricato «Abrogazioni e disposizioni finali», che dispone testualmente che «1. A decorrere dall'entrata in vigore del presente regolamento sono o restano abrogate le seguenti disposizioni: a) articolo 113, commi 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni; ...». E' evidente, pertanto, che il disposto di cui al comma 2 bis dell'art. 113 non è stato interessato dall'abrogazione invece invocata da parte della ricorrente».

L'altra fonte normativa statale che fa un cenno espresso agli impianti a fune è il d.lgs. n. 175 del 2016 (T.U. in materia di società a partecipazione pubblica), in cui si consente alle amministrazioni pubbliche di costituire società di produzione di beni e servizi esclusivamente per lo svolgimento di alcune attività, *in primis*, quelle di «produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi» (art. 4, comma 2)⁵². Lo stesso articolo prevede che siano «altresì ammesse le partecipazioni nelle società aventi per oggetto sociale prevalente la gestione di spazi fieristici e l'organizzazione di eventi fieristici, [nonché] la realizzazione e la gestione di impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva eserciti in aree montane, nonché la produzione di energia da fonti rinnovabili» (art. 4, comma 7).

⁵¹ Tar Lazio, Roma, sentenza n. 2538 del 2011.

⁵² Art. 4, comma 2, lett. a). L'elencazione prosegue, individuando tra le attività ammesse quelle di progettazione e realizzazione di un'opera pubblica; organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale; autoproduzione di beni o servizi strumentali; servizi di committenza. È concessa anche l'acquisizione di partecipazioni in società aventi per oggetto sociale esclusivo la valorizzazione del patrimonio delle amministrazioni stesse; la costituzione di società o enti in attuazione dell'art. 34 del regolamento (CE) n. 1303/2013 (che consente la costituzione di gruppi di azione locale per partecipare ai bandi dei diversi fondi europei); la partecipazione a società di produzione di servizi economici di interesse generale a rete, «purché l'affidamento dei servizi [...] sia avvenuto e avvenga tramite procedure ad evidenza pubblica».

Questa disposizione sugli impianti a fune turistico-sportivi può ben essere intesa nel senso di escludere che tali impianti forniscano servizi d'interesse generale in senso proprio. Ciò non solo per l'accostamento agli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili (attualmente soggetti a meri provvedimenti di autorizzazione e non di concessione⁵³), bensì anche e soprattutto per l'ulteriore riferimento compiuto all'art. 26 dello stesso d.lgs. n. 175 del 2016, per le società partecipate di cui all'art. 4, comma 7 (tra cui quelle che gestiscono impianti a fune), all'art. 20, comma 2, lett. e), ossia alle modalità di realizzazione dei piani di razionalizzazione periodica delle proprie partecipazioni cui sono tenute le amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 20. Nella lett. e) dell'art. 20, comma 2, si contemplano le «partecipazioni in società diverse da quelle costituite per la gestione di un servizio d'interesse generale che abbiano prodotto un risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti». Potrebbe allora ritenersi che, con queste disposizioni del d.lgs. 175 del 2016, il legislatore abbia implicitamente ritenuto tali società a partecipazione pubblica ontologicamente diverse da quelle aventi per oggetto la gestione di un servizio d'interesse generale.

6.2. Nella giurisprudenza comune

La giurisprudenza di legittimità è intervenuta solo marginalmente sul regime giuridico del trasporto a fune, al fine di escludere dal regime tributario agevolato previsto per gli impianti destinati al trasporto pubblico gli impianti a fune destinati a finalità turistico-sportive⁵⁴.

Questi ultimi svolgerebbero, infatti, «una esclusiva funzione commerciale di ausilio ed integrazione dell'uso delle piste sciistiche», non potendo pertanto essere considerati – ai fini dell'inquadramento nelle categorie catastali – come «un mezzo pubblico di trasporto, atteso che le finalità alle quali è volto, di tipo turistico-sportivo e le modalità di esercizio dell'impianto, meramente commerciali, consentono di poter ritenere autonomamente classificabile il manufatto oggetto di controversia»⁵⁵. Non avrebbe rilievo, in tale prospettiva, «l'essere il servizio di trasporto degli utenti della seggiovia oggetto di concessione di pubblico servizio, atteso che gli immobili rientranti [nella categoria catastale E, *Immobili a destinazione particolare*] sono indicati in maniera analitica e specifica, con metodo casistico che non legittima una estensione a tutti gli immobili di rilevanza pubblica, tanto che anche la categoria residuale E/9 [*Edifici a destinazione*

⁵³ D. lgs. n. 387 del 2003, art. 12, comma 3.

⁵⁴ Le controversie vertevano sulla possibilità di accatastare le parti fisse degli impianti di risalita come «Stazioni per servizi di trasporto, terrestri, marittimi ed aerei» (cat. E/1), anziché nella meno fiscalmente vantaggiosa categoria D/8 «Fabbricati costruiti o adattati per le speciali esigenze di un'attività industriale e non suscettibili di destinazione diversa senza radicali trasformazioni» (cfr. il d.P.R. 1° dicembre 1949, n. 1142).

⁵⁵ Cass. civ., sez. VI, sentenza n. 23478 del 2017.

particolare non compresi nelle categorie precedenti del gruppo E] non menziona affatto il requisito della pubblicità, ma fa riferimento alla sola particolarità della destinazione»⁵⁶.

Sempre ai fini fiscali e, in particolare, di esenzione da IVA delle relative prestazioni, la Corte di Cassazione ha fatto propria la distinzione, nell'ambito del trasporto effettuato mediante impianti a fune, tra trasporti costituenti l'unico sistema di collegamento tra Comuni e frazioni di Comune e trasporti strumentali al funzionamento di strutture sportive (quali le piste da sci) e ausiliarie (come rifugi, posti di ristoro, ecc...), allestiti dai comuni per finalità di incremento turistico e di sviluppo economico del territorio montano⁵⁷.

6.3. Nella giurisprudenza amministrativa

La giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni si è orientata nel senso di ritenere il trasporto svolto tramite impianti a fune un servizio pubblico.

In questo senso si è espresso il Consiglio di Stato⁵⁸, il quale, in relazione ad una procedura di affidamento della concessione di esercizio, in servizio pubblico, di trasporto di una funivia, ha ricostruito il quadro legislativo facendo riferimento agli artt. 30, 210 e 216 del d.lgs. n. 163 del 2006, all'epoca vigente.

In particolare, l'art. 216, inserito nella parte relativa ai settori speciali, prevedeva, in tema di concessioni di lavori e servizi, che «Salva l'applicazione dell'articolo 30 in tema di concessione di servizi, la presente parte non si applica alle concessioni di lavori e di servizi rilasciate da enti aggiudicatori che esercitano una o più attività di cui agli articoli da 208 a 213, quando la concessione ha per oggetto l'esercizio di dette attività».

L'art. 30, a sua volta, prevedeva che «salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi». Tuttavia, «da scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi. Sono fatte salve discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza».

Ne consegue, secondo il Consiglio di Stato, che, «in specie in forza di quanto previsto dal citato art. 216, la disciplina di riferimento da osservare in sede di affidamento della concessione di che trattasi [ossia di

⁵⁶ Cass. civ., sez. VI, sentenza n. 1442 del 2017.

⁵⁷ Cass. civ., sez. I, sentenze n. 8223 e n. 8224 del 1992.

⁵⁸ Si tratta del parere n. 1155 del 18.4.2007, reso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato su richiesta del Ministero dei Trasporti in relazione alla legittimità della procedura di affidamento della concessione di esercizio in servizio pubblico di trasporto della funivia Savona-San Giuseppe di Cairo.

trasporto funiviario] è quella generale dettata dall'art. 30 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sicché si impone il rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi».

Con una più recente sentenza⁵⁹, poi, il Consiglio di Stato – relativamente al rinnovo della concessione di un impianto di seggiovia nel comprensorio del Terminillo – nel confermare la pronuncia di primo grado, ha ritenuto corretto l'inquadramento del trasporto a fune, anche se servente la mera pratica degli sport invernali, nella categoria dei servizi pubblici locali, come tale assoggettato, per quanto concerne le modalità di affidamento a terzi, ai principi europei sulla concorrenza.

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato aveva disatteso l'eccezione della società concessionaria, interessata ovviamente al rinnovo della concessione stessa, in ordine alla qualificazione tecnico-giuridica dell'attività che ne costituisce l'oggetto, superando la distinzione tra trasporto a fune destinato al collegamento urbano e quello servente la mera pratica degli sport invernali.

Di conseguenza, il Consiglio di Stato ha ritenuto doveroso, da parte dell'Amministrazione comunale concedente, la disapplicazione della normativa regionale, recante la specifica «disciplina in materia di funivie, seggiovie, sciovie e slittovie, piste per la pratica delle relative infrastrutture» (art. 10 della legge della Regione Lazio n. 59 del 1983), laddove prevede che «Alla scadenza, la concessione può essere rinnovata per la durata di quindici anni per le funivie e di dieci anni per gli altri impianti a fune, fatta eccezione per le concessioni, afferenti sciovie e slittovie, di durata stagionale, per le quali le concessioni stesse possono essere rinnovate di anno in anno».

In particolare, si è ritenuta la suddetta disposizione in contrasto con i principi fondamentali del diritto europeo a tutela della concorrenza, in quanto il rinnovo delle concessioni disposto senza gara ha comunque l'effetto di restringere, ingiustificatamente, la concorrenza.

Peraltro qualora, come nel caso di specie, le caratteristiche oggettive (tecniche, economiche o finanziarie) giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare in un determinato mercato o un'esclusiva, l'affidamento del servizio deve avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica⁶⁰.

⁵⁹ Sentenza n. 1171 del 2015.

⁶⁰ In senso analogo, Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2014, n. 3989, che ha avallato la configurazione in termini di concessione di servizio pubblico del provvedimento di affidamento della realizzazione di un impianto funiviario (seggiovia) ad uso turistico-sportivo, configurazione peraltro già contenuta nel provvedimento impugnato, con cui la Provincia di Belluno aveva essa stessa bandito una procedura comparativa per la realizzazione di una funivia e di connessi impianti sciistici. Ad avviso del Consiglio di Stato, infatti, «l'esercizio degli impianti funiviari necessita non soltanto di un titolo abilitativo a costruire la struttura, ma anche di una specifica concessione amministrativa, costituendo l'attività

Il Tar Lazio, Roma⁶¹, con riferimento alla medesima controversia, ha rilevato come «la concessione avente ad oggetto la gestione di un impianto di seggiovia sia ascrivibile alla materia del servizio pubblico di trasporto a fune in montagna».

In particolare, il Tribunale ha osservato come – considerato che, sul piano oggettivo, «per pubblico servizio deve intendersi un'attività esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale» – «l'attività di gestione degli impianti a fune, ed in particolare degli impianti sciistici, finalizzati allo sviluppo turistico del territorio, e quindi al suo sviluppo economico, trattandosi di Comuni montani a vocazione precipuamente turistica, debba essere agevolmente ricondotta tra quelle strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali del Comune».

Di conseguenza, «la gestione degli impianti sciistici, che si sostanzia in un fascio di prestazioni materiali direttamente erogate ad un numero indeterminato di beneficiari, appartiene all'insieme di quelle deputate a produrre beni e servizi strettamente necessari per il perseguimento della propria finalità istituzionale che risulta costituita, nella fattispecie, dall'utilizzo del territorio per lo sviluppo economico della popolazione e della comunità, così come sancito dall'art. 13 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e realizza così compiutamente le forme di un servizio pubblico locale».

Peraltro, «ai fini della definizione della rilevanza economica del servizio sportivo è necessario distinguere tra servizi pubblici che si ritiene debbano essere resi alla collettività anche al di fuori di una logica di profitto d'impresa, cioè quelli che il mercato privato non è in grado o non è interessato a fornire, da quelli che, pur essendo di pubblica utilità, rientrano in una situazione di mercato appetibile per gli imprenditori in quanto la loro gestione consente una remunerazione dei fattori di produzione e del capitale e permette all'impresa di trarre dalla gestione la fonte della remunerazione, con esclusione di interventi pubblici. Nell'ambito di tale ultima categoria rientra la gestione degli impianti sportivi, compresa quindi la gestione degli impianti sciistici».

Nel senso della qualificazione dell'attività di gestione degli impianti a fune e, in particolare, di quelli volti alla pratica degli sport invernali come servizio pubblico locale, si era espresso il Tar Lazio, Roma, anche in una precedente sentenza⁶².

di trasporto un pubblico servizio». In termini conformi, sia pure in un *obiter dictum*, si è espresso il TRGA Trentino-Alto Adige, Bolzano, sentenza n. 151 del 2018.

⁶¹ Sentenza n. 9264 del 2014.

⁶² Sentenza n. 2538 del 2011.

In tal caso, però, il Tribunale ha ricondotto il servizio di gestione degli impianti sciistici, finalizzati allo sviluppo turistico del territorio, nell'ambito, non già del servizio di trasporto pubblico locale, bensì del servizio di gestione di impianti sportivi⁶³.

Il Tribunale ha, infatti, rilevato come la gestione di un impianto a fune volto alla pratica degli sport invernali sia equiparabile alla gestione di un impianto sportivo, che «rientra, a pieno titolo, nell'area dei servizi alla persona, o dei servizi sociali (atteso che è indubbia ed universalmente riconosciuta l'importanza dello sport, inteso come pratica sportiva, ai fini dell'aggregazione sociale, della prevenzione delle malattie, della formazione dei giovani)».

In tal caso, e questa è la fondamentale differenza rispetto all'opzione interpretativa che qualifica la gestione di un impianto a fune quale servizio di trasporto locale, l'affidamento a terzi della gestione di un impianto sciistico (ossia di un impianto a fune finalizzato alla pratica dello sport) deve inquadrarsi nella fattispecie della concessione di pubblico servizio e, quindi, deve essere assoggettato alla relativa disciplina di matrice europea, solamente qualora si tratti di impianto comunale o comunque di proprietà pubblica. Per contro, qualora la gestione di un impianto di risalita a fune sia inquadrato, indipendentemente dalla sua finalità, nell'ambito del servizio di trasporto pubblico locale, esso dovrebbe essere assoggettato, con riferimento all'affidamento a soggetti terzi, alla disciplina concorrenziale di matrice europea, indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata dell'impianto.

Importante rilevare come la recente pronuncia della Consulta abbia ritenuto del tutto inconferente, ai fini della qualificazione del trasporto a fune per finalità sportive e turistiche, «la giurisprudenza amministrativa concernente impianti sportivi di proprietà di enti pubblici locali (si vedano, ad esempio, Consiglio di Stato, sezione quinta, sentenze 26 luglio 2016, n. 3380, relativa a una piscina comunale; 2 maggio 2013, n. 2385, relativa a campi da tennis comunali; 20 febbraio 2009, n. 1030, relativa ancora a campi da tennis comunali), la cui gestione è evidentemente concepita come un «servizio pubblico» assicurato alla collettività dall'amministrazione proprietaria dell'impianto, e il cui affidamento, del tutto

⁶³ All'origine di questo orientamento giurisprudenziale (anteriore alla direttiva 23/2013/UE e al d.lgs. n. 50 del 2016), vi è la giurisprudenza in materia di impianti sportivi comunali, considerati appartenenti al patrimonio indisponibile dei Comuni e, pertanto, vincolati nella loro destinazione (ai sensi dell'art. 826 c.c.) a essere impiegati in favore della collettività, per attività di interesse generale. La gestione degli impianti costituirebbe, dunque, un servizio pubblico reso alla collettività, come confermato dai vincoli gestionali cui è assoggettato il privato concessionario, «esorbitanti rispetto alla conduzione di un'attività di impresa» (Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2013, n. 2385). Pertanto, qualora il Comune intendesse affidare a terzi la gestione di tali impianti, tale affidamento configurerebbe una concessione di pubblico servizio, «posto che, sul piano oggettivo, per pubblico servizio deve intendersi un'attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale» (Tar Lombardia, Milano, sentenza n. 5633 del 2015). In quanto concessione di pubblico servizio, l'affidamento a terzi della gestione di tali impianti è sottoposto all'osservanza delle norme sull'evidenza pubblica, obbligo derivante «in via diretta dai principi del Trattato dell'Unione europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne».

conseguentemente, richiederà lo svolgimento di procedure a evidenza pubblica, nel rispetto dei principi posti dalla direttiva 2014/23/UE e dalla Parte III del codice dei contratti pubblici⁶⁴. La Corte ha invece attribuito rilievo alla circostanza che gli impianti a fune «sono in massima parte di proprietà di privati, insistono su terreni di proprietà privata, e sono armonicamente integrati con sistemi di piste, impianti di nebulizzazione artificiale, scuole da sci, attrezzature alberghiere e di ristorazione, parimenti realizzati e gestiti da imprese private; senza che mai la Provincia abbia sentito la necessità di assumere in proprio il compito della realizzazione e del successivo esercizio di impianti di risalita funzionali non già al collegamento tra centri stabilmente abitati, ma semplicemente alla pratica sportiva e all'uso turistico-ricreativo». La scelta dell'amministrazione, per contro, è stata proprio «quella di lasciare lo sviluppo e la gestione di queste attività alla libera iniziativa economica privata, alla quale si deve – sin da epoca assai anteriore all'entrata in vigore della disciplina dell'Unione europea e nazionale in materia di tutela della concorrenza nella gestione dei pubblici servizi – la realizzazione e la continuativa gestione di diverse centinaia di impianti di risalita»⁶⁵.

7. Conclusioni: il trasporto a fune per scopi turistico-ricreativi come attività economica privata

Tornando al tema oggetto della nostra indagine, bisogna ribadire che, per stabilire se il diritto dell'Unione e quello nazionale in materia di affidamento delle concessioni (direttiva 23/2014/UE e d.lgs. n. 50 del 2016) siano applicabili anche al trasporto a fune e alla c.d. concessione di linea, si deve verificare se questo trasporto integra, ai sensi di detta normativa, la nozione di servizio pubblico di rilevanza economica. In caso di risposta positiva, infatti, sarebbe necessario ricorrere alle procedure previste dal diritto dell'Unione così come recepito nell'ordinamento interno per il suo affidamento a terzi, con i conseguenti limiti che ne derivano.

Ad avviso di chi scrive – in assenza di una specifica indicazione contenuta nella direttiva 2014/23/UE e attesa la riconosciuta libertà degli Stati membri di definire quali attività siano qualificabili come servizi di interesse economico generale – è ben possibile affermare l'esistenza di una distinzione tra impianti a fune c.d. di collegamento, che rientrano nella nozione di servizio pubblico di trasporto locale e sono assoggettati alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016, e impianti a fune volti alla pratica degli sport invernali, che invece non costituiscono veri e propri servizi pubblici⁶⁶.

⁶⁴ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103.

⁶⁵ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103.

⁶⁶ In tal senso, vedi già: L. Gizzi, *L'affidamento del servizio di trasporto a fune, alla luce della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, della legge delega n. 11 del 2016, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dello schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale*, www.bormioforumneve.eu, 2016. La distinzione tra impianti di risalita caratterizzati dalla precipua funzione di trasporto urbano o extraurbano e quelli caratterizzati da fini sportivi e/o ricreativi è sottolineata, seppur sotto il profilo civilistico della tipologia

Gli impianti a fune appartenenti a questa categoria, non fornendo un servizio di trasporto volto a soddisfare esigenze di mobilità generale della popolazione, ma essendo finalizzati a generare profitti per il tramite degli sport invernali, costituiscono un'attività di carattere puramente commerciale, che non risponde ad esigenze generali e fondamentali della popolazione relative a servizi considerati come parte essenziale della vita quotidiana.

Ne consegue che, per la realizzazione e l'esercizio di impianti funiviari a servizio di un'area sciistica, è sufficiente il rilascio di un titolo autorizzatorio, adottato dall'Amministrazione competente all'esito di un'istruttoria tecnica, che consenta di garantire la tutela di tutti gli interessi pubblici coinvolti, quali l'ambiente, la salute, la sicurezza e l'incolumità pubblica, come attualmente previsto da molte leggi regionali. Non è necessaria, invece, una vera e propria concessione e la relativa procedura di affidamento disciplinata dal d.lgs. n. 50 del 2016, in quanto con il provvedimento abilitativo l'Ente locale non esternalizza un servizio di sua competenza, ma attua una funzione di programmazione e controllo dell'uso del territorio e dello svolgimento di attività economiche utili, ma potenzialmente pericolose.

La c.d. concessione di linea – ossia l'autorizzazione a realizzare ed esercitare l'impianto di risalita – insomma, non è una vera e propria concessione di servizio pubblico, perché non attribuisce al concessionario il diritto/dovere di gestire un'attività volta a soddisfare bisogni, ritenuti essenziali, dei cittadini, che altrimenti l'Ente pubblico concedente dovrebbe organizzare, gestire ed erogare in proprio, con conseguenti «obblighi reciprocamente vincolanti in virtù dei quali l'esecuzione di tali lavori o servizi è soggetta a specifici requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore e aventi forza esecutiva»⁶⁷. Si tratta, piuttosto, di un atto «con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica»⁶⁸.

Anche la Corte costituzionale⁶⁹ ha ritenuto – nel caso da essa vagliato relativo alla legge provinciale di Bolzano n. 1 del 2006, come modificata dalla legge n. 10 del 2018 – che la concessione di linea non fosse equiparabile a un contratto, in quanto lo stesso è «caratterizzato dalla previsione di prestazioni corrispettive, in cui – in particolare – il concessionario risulti obbligato, nei confronti dell'amministrazione concedente, a erogare il servizio oggetto del contratto stesso». Nel caso di specie, invece, «nessuna conseguenza di natura contrattuale è (...) prevista a carico del concessionario per l'eventuale omessa realizzazione dell'opera, o per la mancata erogazione del servizio».

contrattuale in cui sussumere il rapporto tra gestore ed utente e delle obbligazioni gravanti sul primo, da: R. Tranquilli-Leali, *L. 24 dicembre 2003 n. 363: nuove prospettive in tema di trasporto a fune*, cit., p. 10.

⁶⁷ Considerando n. 14, direttiva 2014/23/UE.

⁶⁸ Considerando n. 14, direttiva 2014/23/UE.

⁶⁹ Si tratta della recente sentenza n. 103 del 2020.

La concessione di linea, dunque, «appare piuttosto come un provvedimento che “abilita” l’impresa richiedente alla realizzazione dell’opera, e poi al suo successivo esercizio, nel rispetto delle condizioni fissate dalla concessione; e dunque come un provvedimento nella sostanza “autorizzatorio” di un’attività economica, sia pure fortemente conformata, che come tale non rientra nell’ambito applicativo della direttiva 2014/23/UE e della Parte III del codice dei contratti pubblici, giusta il disposto del considerando n. 14 della direttiva medesima e dell’art. 164, comma 1, secondo periodo, del codice».

Quest’ultima disposizione, infatti, riprendendo il considerando n. 14 della direttiva 2014/23/UE – che ne costituisce il diretto antecedente – esclude dall’ambito di applicazione del nuovo codice dei contratti pubblici «i provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l’esercizio di un’attività economica che può svolgersi anche mediante l’utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici»

Ciò comporta che, ai fini del rilascio della c.d. concessione di linea, se si tratta di impianto esclusivamente finalizzato alla mobilità turistico-sportiva, non si applica la disciplina europea e nazionale in tema di affidamento di concessioni e non sarà, quindi, necessario l’espletamento di una procedura di gara ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario.

In senso analogo, ad esempio, con riferimento al trasporto di sciatori con aeromobili eliski, il Tar Valle d’Aosta⁷⁰ ha rilevato che «si tratta di attività per la quale i Comuni interessati non corrispondono alcun prezzo, e dalla quale non ricavano alcuna prestazione e che dunque (...) non è riconducibile nello schema del contratto di appalto. Ma neppure vi sono i presupposti per qualificare il rapporto in esame come concessione di servizio di trasporto (in quanto tale, per effetto dell’art. 30 del Codice dei contratti pubblici, sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo): la legge regionale⁷¹ che disciplina l’esercizio di tale attività non solo non ne individua la titolarità in capo al Comune, ma nemmeno prevede il potere dell’Amministrazione di imporre all’operatore tariffe determinate; così come non fa obbligo al Comune di reperire un operatore, sopportandone i costi, nell’ipotesi in cui non vi siano soggetti interessati allo svolgimento di tale attività».

«Vero è», prosegue il Tribunale, «che la convenzione stipulata in attuazione della disciplina regionale appena richiamata reca nell’oggetto: “contratto di concessione per il servizio di trasporto sciatori con

⁷⁰ Si tratta della sentenza n. 38 del 2010.

⁷¹ La legge regionale n. 5 del 1998 chiarisce che «l’esercizio delle attività di trasporto sciatori è regolamentato da apposite convenzioni da stipularsi da parte dei Comuni competenti per territorio con i soggetti che offrono al pubblico il servizio di eliski, sulla base di una convenzione tipo redatta dall’Assessorato competente per il Turismo e approvata dalla Giunta Regionale, previo parere delle Commissioni consiliari competenti» (art. 2, comma 3). La legge regionale prevede poi che, «per ragioni di sicurezza, ogni Comune autorizza un solo soggetto a svolgere attività di eliski, individuandolo con le procedure previste dalle leggi vigenti per l’affidamento di forniture di servizi da parte degli enti pubblici» (art. 2, comma 3).

aeromobili per attività di eliski”. Così come – nel testo del contratto – il titolare dell’autorizzazione viene indicato come soggetto concessionario. Ma questa circostanza (...) non è sufficiente per qualificare il rapporto in termini diversi da quelli che si ricavano dalla disciplina regionale».

Anche il Tar Sicilia, Palermo⁷², con riferimento ai c.d. servizi di gran turismo (quali il giro della città in *pulman*), ha osservato che, poiché sono «diretti in modo preminente a soddisfare esigenze turistiche, non rientrano nell’ambito del servizio pubblico di trasporto, ma consistono molto più semplicemente in un’attività d’impresa privata soggetta ad autorizzazione».

La sentenza sottolinea la sostanziale differenza tra il servizio di gran turismo ed il servizio pubblico di trasporto a mezzo autobus, attribuendo rilievo particolarmente significativo all’art. 6 del d.lgs. n. 59 del 2010⁷³ che, nell’indicare, al primo comma, le attività che rientrano nel novero dei servizi di trasporto – esclusi dalle liberalizzazioni ivi dettate – contiene un’elencazione di servizi che hanno, quale denominatore comune, la primaria esigenza per gli utenti di spostarsi da un luogo ad un altro, diversamente da quei servizi nei quali il trasporto è strumentale al perseguimento di altra finalità, elencati al secondo comma. Ancora più probante, secondo il Tribunale, appare poi il considerando n. 13 del regolamento CE n. 1370/2007, che chiarisce che ai servizi pubblici di trasporto non possono essere assimilati quei servizi prestati essenzialmente per il loro valore turistico⁷⁴.

Applicando la medesima *ratio* alla fattispecie del trasporto funiviario, allora, può ricavarsi che l’attività in esame, qualora risponda esclusivamente a finalità turistiche, non possa essere assimilata agli ordinari servizi di trasporto pubblico, essendo appunto evidente che il fine precipuo dell’attività è intrinsecamente turistico e non di trasporto.

Per contro, gli impianti a fune destinati al soddisfacimento di bisogni di trasporto della popolazione rientrano a pieno titolo nella nozione di servizio pubblico di trasporto locale e sono assoggettati alla medesima disciplina. Qualora la realizzazione e l’esercizio di detti impianti venga esternalizzato dagli Enti locali, mediante concessione a soggetti terzi, quindi, sarà necessario espletare una procedura concorsuale secondo quanto previsto dalla direttiva 2014/23/UE e dal d.lgs. n. 50 del 2016.

⁷² Sentenza n. 452 del 2012.

⁷³ Si tratta dell’attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. Secondo l’art. 6, «Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai servizi di trasporto aereo, marittimo, per le altre vie navigabili, ferroviario e su strada, ivi inclusi i servizi di trasporto urbani, di taxi, di ambulanza, nonché i servizi portuali e i servizi di noleggio auto con conducente».

⁷⁴ Secondo cui, «Alcuni servizi, spesso connessi con un’infrastruttura specifica, sono prestati essenzialmente per il loro interesse storico o per il loro valore turistico. Poiché questi servizi hanno scopi manifestamente diversi dalla fornitura di trasporto pubblico di passeggeri, non è necessario che la loro prestazione sia disciplinata dalle norme e dalle procedure applicabili agli obblighi di servizio pubblico».

8. La sentenza n. 103 del 2020 della Corte costituzionale

La conclusione raggiunta è stata condivisa dalla recente sentenza n. 103 della Consulta, la quale – come si è detto – è stata chiamata ad esaminare il dubbio di costituzionalità che ha investito «l'art. 45 della legge prov. Bolzano n. 10 del 2018, il quale – disponendo che le concessioni e i relativi rinnovi rilasciati prima dell'entrata in vigore della legge medesima si configurano come provvedimenti autorizzatori, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 164, comma 1, secondo periodo, cod. contratti pubblici – intende in effetti confermare la legittimità della costante prassi applicativa della disciplina posta dalla legge prov. Bolzano n. 1 del 2006, in base alla quale le concessioni degli impianti a fune venivano rilasciate su richiesta dell'interessato senza alcuna procedura a evidenza pubblica».

Come sottolineato dalla Corte, «il *thema decidendum* consiste[va], in buona sostanza, nel determinare se il legislatore provinciale fosse legittimato a stabilire, o anche solo a confermare (...), che le concessioni rilasciate ai sensi della legge prov. Bolzano n. 1 del 2006 non necessitassero di alcuna procedura a evidenza pubblica in forza del richiamato art. 164, comma 1, secondo periodo, cod. contratti pubblici, che per l'appunto esenta talune categorie di provvedimento dall'obbligo, a carico dell'amministrazione, di indire procedure a evidenza pubblica».

Chiarito che non può attribuirsi rilievo decisivo né all'uso dell'espressione «concessione» nella legge provinciale – in quanto «essenziale è soltanto se si tratti di un provvedimento che, «comunque denominato», nella sostanza abbia contenuto autorizzatorio di un'attività economica privata, conformemente ai limiti e alle prescrizioni eventualmente fissati dall'amministrazione competente, ovvero istituisca un vero e proprio rapporto sinallagmatico (*id est*, un «contratto») con l'amministrazione medesima, con assunzione di obblighi – in particolare – di effettiva prestazione dell'attività oggetto della concessione, a sua volta qualificabile come «servizio pubblico» – né «all'espressa (auto)qualificazione degli impianti a fune, (...), come «servizio pubblico» – in quanto «tale qualificazione ha l'evidente finalità di distinguere le funivie destinate a una generalità di utenti e quelle destinate invece a uso privato» – rileva la Corte che deve verificarsi se la legge provinciale sospettata di incostituzionalità «consideri il trasporto di persone mediante impianti a fune come un proprio compito, da realizzare per mezzo di imprese legate alla Provincia stessa da contratti di concessione». Infatti, la qualificazione in termini di servizio pubblico locale di rilevanza economica non dipende «tanto dalla natura dell'attività svolta, quanto dalla circostanza che l'ente pubblico abbia in concreto inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati; responsabilità che poi potrà essere svolta in proprio, ovvero attraverso affidamenti cosiddetti *in house*, o ancora delegandone l'esercizio a imprese private mediante contratti di concessione».

Ad avviso della Consulta, la scelta legislativa, nel caso da essa esaminato e con riferimento agli impianti a fune a uso sportivo, è stata «quella di lasciare lo sviluppo e la gestione di queste attività alla libera iniziativa

economica privata, alla quale si deve – sin da epoca assai anteriore all’entrata in vigore della disciplina dell’Unione europea e nazionale in materia di tutela della concorrenza nella gestione dei pubblici servizi – la realizzazione e la continuativa gestione di diverse centinaia di impianti di risalita», senza assumere in proprio «il compito della realizzazione e del successivo esercizio di impianti di risalita funzionali non già al collegamento tra centri stabilmente abitati, ma semplicemente alla pratica sportiva e all’uso turistico-ricreativo». Di conseguenza, «la disciplina della «concessione» della realizzazione e della successiva gestione di questa tipologia di impianti a fune, contenuta nella legge prov. Bolzano n. 1 del 2006» è stata ritenuta coerente con una «simile scelta di fondo, rientrante nella sfera di autonomia riconosciuta alla Provincia autonoma tanto dall’ordinamento nazionale quanto dal diritto dell’Unione europea rilevante in materia».

Ciò sulla base dei seguenti elementi.

In primo luogo, la concessione di linea non è equiparabile ad un contratto caratterizzato dalla previsione di prestazioni corrispettive, in cui – in particolare – il concessionario risulti obbligato, nei confronti dell’amministrazione concedente, a erogare il servizio oggetto del contratto stesso, perchè nessuna conseguenza di natura contrattuale è prevista a carico del concessionario per l’eventuale omessa realizzazione dell’opera, o per la mancata erogazione del servizio. Per contro, la concessione «appare piuttosto come un provvedimento che “abilita” l’impresa richiedente alla realizzazione dell’opera, e poi al suo successivo esercizio, nel rispetto delle condizioni fissate dalla concessione».

In secondo luogo, l’amministrazione concedente non è concepita «come domina dell’attività economica in questione, ma piuttosto come soggetto a) chiamato a una penetrante supervisione sugli impianti in questione, a tutela dei plurimi interessi pubblici che potrebbero essere pregiudicati dall’attività stessa (...), e assieme b) impegnato a promuovere lo sviluppo di questa attività imprenditoriale, concepita come funzionale alla crescita dell’economia locale nel cruciale settore del turismo (...), oltre che c) interessato a stimolare una puntuale collaborazione con le imprese private che già esercitano gli impianti in forza dell’autorizzazione provinciale, per l’esecuzione di prestazioni di rilievo pubblico negoziate successivamente tra tali imprese e le singole amministrazioni comunali attraverso appositi «contratti di servizio» (distinti e autonomi rispetto al provvedimento autorizzatorio provinciale)». Questi obiettivi, chiarisce la Corte, sono «pienamente compatibili con il riconoscimento della natura dell’attività come attività imprenditoriale privata – avente ad oggetto la fornitura di servizi economici al pubblico – soggetta ad autorizzazione e vigilanza da parte della pubblica amministrazione».

Tuttavia, «un’incisiva attività di supervisione dell’amministrazione concedente sull’attività si rende qui necessaria per ragioni ovvie, legate in primo luogo alle esigenze di tutela della sicurezza degli utenti e dell’incolumità pubblica – esigenze particolarmente evidenti in relazione agli impianti a fune sospesi –,

oltre che della stessa attività agricola e pastorizia», che si esplica «anzitutto durante il complesso procedimento autorizzatorio», poi tramite la «successiva attività di vigilanza» in fase di collaudo funzionale e di nullaosta all'esercizio pubblico, infine «attraverso l'esercizio di poteri di sorveglianza tecnica e revisioni periodiche».

Diverso, invece, il caso degli «impianti a fune in servizio di trasporto pubblico generale che costituiscono, da soli o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi, e che sono realizzati con veicoli chiusi aventi le caratteristiche fissate con regolamento di esecuzione» (art. 4 legge prov. n. 1 del 2006, come modificata dalla legge prov. n. 10 del 2018): questi sono incorporati nel sistema di trasporto pubblico locale e debbono essere affidati, ai sensi dell'art. 1 della legge prov. n. 15 del 2015, secondo procedure a evidenza pubblica.

9. La riconducibilità del trasporto a fune per finalità sportivo-turistiche alla nozione di “servizio” ai sensi della c.d. direttiva Bolkestein (direttiva 2006/123/CE) e del d.lgs. n. 59 del 2010

Si deve ora verificare se la costruzione e la gestione di impianti a fune volta all'esercizio di un'attività sportiva e connotata da una prevalente finalità turistico-ricreativa – non costituendo un servizio di interesse economico generale, in quanto attività non volta a soddisfare esigenze fondamentali di carattere generale della popolazione, ma a generare profitti per il tramite degli sport invernali – sia qualificabile come servizio ai sensi della c.d. direttiva Bolkestein⁷⁵ e del d.lgs. n. 59 del 2010⁷⁶.

Secondo la prospettiva ermeneutica da cui si è mossi, deve fornirsi risposta positiva al quesito, perché la gestione di impianti di risalita per scopi turistico-ricreativi è indubbiamente un'attività di carattere

⁷⁵ Come noto, la direttiva servizi mira alla rimozione degli ostacoli che impediscono o rallentano la libera circolazione dei servizi e la loro libera prestazione negli Stati membri, in attuazione dell'art. 49 TFUE, che vieta appunto le restrizioni alla libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione. In particolare, con essa, i servizi ai consumatori, anche nel settore del turismo, sono stati liberalizzati, con l'imposizione agli Stati membri dell'obbligo di eliminare il regime autorizzatorio per le attività economiche, sottoponendole a dichiarazione di inizio di attività o silenzio-assenso. Sulla direttiva servizi, in generale: N. Longobardi, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2013, p. 603; D. Paradisi, *La Direttiva Bolkestein. Principi generali e campo di applicazione*, in *Disc. comm. servizi*, 2010, p. 17; G. Rebellato, *La Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*, in *Dir. Regione*, 2010, p. 15; R. Cafari Panico, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2006, p. 1880. Sul d.lgs. n. 59 del 2010, di recepimento della direttiva servizi: M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Diritto econ.*, 2015, p. 9; G. R. Stumpo, *Con il d.lgs. n. 59/2010, attuata in Italia la "direttiva servizi": semplificazione nell'esercizio delle attività/prestazioni, tutela del cliente/consumatore, armonizzazione di alcuni aspetti correlati alla "qualità" del servizio*, in *Informator*, 2010, p. 14; E. M. Tripoli, M. Hillerstrom, *Qualche nota a margine del d.lgs. n. 59/2010 di attuazione della Direttiva "Bolkestein"*, in *Disc. comm. serv.*, 2010, p. 47.

⁷⁶ Sul punto, L. Gizzi, *La neve: una risorsa scarsa? Profili di applicabilità della direttiva Bolkestein al trasporto a fune con finalità turistico-ricreative*, in www.neldiritto.it, 2018.

economico, diretta in modo preminente a soddisfare esigenze turistiche di una determinata località con conseguente profitto per colui che la esercita⁷⁷.

Si tratta, insomma, di attività d'impresa privata: il trasporto a fune, infatti, in questi casi non è volto a soddisfare la primaria esigenza per gli utenti di spostarsi da un luogo ad un altro, ma è strumentale al perseguimento di altra finalità, quella turistico-sportiva.

Non vi è dubbio allora che, tra i destinatari della direttiva Bolkestein, siano da individuare le imprese turistiche che gestiscono impianti destinati agli sport invernali in stazioni turistiche.

A questo punto, si pone un duplice problema.

In primo luogo, verificare se la costruzione di un impianto di trasporto a fune e la sua gestione costituiscono un'attività economica libera, ossia non soggetta al rilascio di un titolo autorizzatorio, ma al più ad un obbligo di comunicazione preventiva, ovvero se ricorre uno di quei motivi imperativi di interesse generale, indicati dall'art. 8, comma 1, lett. h), che giustifica, ai sensi dell'art. 14 del decreto n. 59, l'istituzione di un regime di autorizzazione preventiva.

In secondo luogo, nel caso in cui si opti per questa seconda alternativa, si pone l'ulteriore problema di verificare se la costruzione di un impianto di trasporto a fune e la sua gestione, quando ineriscono a beni pubblici, siano attività limitate per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili e, quindi, il titolo autorizzatorio a cui sono sottoposte debba essere rilasciato a seguito di una procedura di selezione.

Si ricordi infatti che, alle attività rientranti nel campo di applicazione della normativa in esame, si applica il principio della libertà di accesso ed esercizio, secondo cui «l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie». L'art. 14, comma 1, prevede però che «regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale [indicati in un elenco tassativo piuttosto esteso dall'art. 8, comma 1, lett. h)⁷⁸], nel rispetto dei principi di non

⁷⁷ Ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 59 del 2010, per servizio si intende «qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione; i servizi non economici non costituiscono servizi ai sensi del presente decreto». Inoltre, nell'ambito delle attività escluse dal campo di applicazione del decreto attuativo della direttiva servizi, rientrano, ai sensi dell'art. 2, lett. c), i servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico. In particolare, secondo quanto previsto dal successivo art. 6, il d.lgs. n. 59 non si applica «ai servizi di trasporto aereo, marittimo, per le altre vie navigabili, ferroviario e su strada, ivi inclusi i servizi di trasporto urbani, di taxi, di ambulanza, nonché i servizi portuali e i servizi di noleggio auto con conducente».

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 8, comma 1, lett. h), del citato decreto legislativo «motivi imperativi d'interesse generale: ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la

discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni di cui al presente titolo». In particolare, prosegue il comma 3, «il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi può essere limitato solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili»⁷⁹.

L'art. 16 infine impone che, nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, «le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi». Peraltro, in tali casi, «il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo».

A sua volta, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE dispone che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, «gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento».

Insomma, l'art. 12 della direttiva servizi e il corrispondente art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010 disciplinano le fattispecie in cui il potere dell'Amministrazione ha la funzione di "autorizzare", cioè disciplinare l'accesso da parte degli operatori economici a risorse scarse, imponendo agli Stati membri di predisporre una procedura di selezione tra i soggetti interessati. Ciò per garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura a una concorrenza non falsata e più ampia possibile.

In definitiva, alla luce del diritto europeo, la regolazione dell'accesso ai mercati in base a concessione è compatibile con il principio della concorrenza a condizione che: la selezione del concessionario avvenga in base a criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e nell'ambito di procedure di evidenza pubblica; non sia previsto alcun diritto di proroga automatico in favore del titolare della concessione scaduta o in scadenza, il quale sottrarrebbe, di fatto, il rinnovo della concessione demaniale alle garanzie di tutela della concorrenza; la durata delle concessioni non sia eccessivamente lunga (in quanto durate eccessive non

proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale».

⁷⁹ Ai sensi dell'art. 8, lett. f), per regime di autorizzazione si intende qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere un provvedimento formale o un provvedimento implicito relativo all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio. Peraltro, non costituisce regime autorizzatorio la dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 2, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (oggi, scia).

stimolano gestioni efficienti); non vengano riconosciute esclusive, né preferenze, nel conferimento o rinnovo delle concessioni.

10. La necessità della c.d. concessione a fune e dell'esperimento di una procedura di selezione tra operatori economici

Può ben ritenersi che la realizzazione e l'esercizio di impianti funiviari a servizio di un'area sciistica, pur costituendo un'attività di carattere puramente commerciale e non un'attività di servizio pubblico economico, richiedano necessariamente il rilascio di un espresso titolo autorizzatorio, adottato dall'Amministrazione competente all'esito di un'istruttoria tecnica, che consenta di garantire la tutela di tutti gli interessi pubblici coinvolti, quali l'ambiente, la salute, la sicurezza e l'incolumità pubbliche. Sussistono cioè quei motivi imperativi di interesse generale che, ai sensi dell'art. 14, comma 1, del d.lgs. n. 59 del 2010, giustificano l'introduzione di «regimi autorizzatori» per l'accesso a questa particolare attività turistica.

È quanto osservato anche dalla Corte costituzionale⁸⁰, laddove essa ritiene compatibile, con la natura di attività economica privata del trasposto a fune a scopi turistico-ricreativi, «un'incisiva attività di supervisione dell'amministrazione concedente», la quale si rende appunto necessaria per esigenze di tutela della sicurezza degli utenti e dell'incolumità pubblica. Questa attività si esplica proprio tramite un «complesso procedimento autorizzatorio», che vede il coinvolgimento di diversi uffici e che comprende, secondo uno schema presente nella maggior parte delle discipline regionali, il sub-procedimento di approvazione del progetto funiviario e di costruzione dell'impianto, da un lato, e la successiva attività di vigilanza che sfocia nel collaudo funzionale e nel nulla-osta all'esercizio pubblico, dall'altro.

Ritenuto che l'esercizio di impianti funiviari a servizio di un'area sciistica costituisca una di quelle attività di servizi che richiede, per la tutela di motivi imperativi di interesse pubblico, un titolo autorizzatorio, deve ora affrontarsi il problema relativo alle modalità di rilascio di questo titolo da parte dell'Amministrazione competente.

La costruzione di un impianto di trasporto a fune e la sua gestione, quando ineriscono a beni pubblici, possono considerarsi attività limitate per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili? Di conseguenza, il titolo autorizzatorio a cui sono sottoposte deve essere rilasciato a seguito di una procedura di selezione tra operatori economici potenzialmente interessati allo svolgimento della relativa attività?

⁸⁰ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103.

Il problema si pone ovviamente – come sottolineato dalla Corte costituzionale⁸¹ – nel caso di impianti costruiti su beni demaniali o patrimoniali indisponibili, che devono costituire oggetto di concessione demaniale⁸².

In proposito, può ben assimilarsi l'impresa che gestisce una stazione sciistica all'impresa turistico-balneare, che sfrutta economicamente il servizio “spiaggia” fornito al turista, sulla base di un titolo concessorio che le affida in gestione il demanio marittimo⁸³.

È vero che, a differenza dei lidi e delle spiagge che costituiscono il demanio marittimo e rientrano, ai sensi dell'art. 822 c.c., nel c.d. demanio necessario, “le montagne”, o meglio i pendii su cui è possibile, per le loro caratteristiche fisiche e morfologiche, realizzare tracciati di piste da sci e installare impianti a fune ad esse strumentali, non fanno parte del demanio necessario. Essi, però, se appartengono allo Stato, alle Province e ai Comuni, ne costituiscono il relativo patrimonio: sono cioè di beni patrimoniali indisponibili.

Sono dunque destinati, come in genere i beni pubblici (demaniali o patrimoniali indisponibili), all'uso generale, ossia all'utilizzazione e alla fruizione pubbliche, da parte della collettività indifferenziata. Tuttavia, l'Ente pubblico proprietario può ben attribuirne l'uso particolare, ossia riservarne il godimento, a determinati soggetti con un provvedimento di tipo concessorio.

La concessione amministrativa che affida il bene “montagna” all'operatore economico, che intenda costruirvi e gestirvi un impianto di risalita per la pratica dello sci e di altri sport invernali e non, gli attribuisce un titolo per sfruttare economicamente questo bene, con esclusione di altri soggetti eventualmente e potenzialmente interessati al medesimo bene.

⁸¹ Corte cost., 29 maggio 2020, n. 103.

⁸² Sulla direttiva Bolkestein, con particolare riferimento alla “concessione” di beni pubblici: M. Ceruti, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2018, p. 27, il quale sottolinea come all'obbligo di selezione tramite gara del soggetto contraente non è estranea la materia delle concessioni di beni pubblici, demaniali o patrimoniali indisponibili, che sono in realtà delle “autorizzazioni” ai sensi della direttiva 2006/123/CE, laddove abilitano all'esercizio di un'attività economica in un'area demaniale o comunque pubblica. In senso critico nei confronti dell'applicabilità della direttiva Bolkestein a qualsiasi atto che attribuisce ad un soggetto privato il diritto di gestire determinati beni demaniali o comunque di proprietà pubblica: G. di Plinio: *Il Mostro di Bolkestein in spiaggia. La “terribile” direttiva e le concessioni balneari, tra eccessi del Judicial Italian Style e la crisi del federalizing process*, in www.federalismi.it, 2020.

⁸³ Su concessioni demaniali marittime e direttiva Bolkestein: B. Barel, *Diritto europeo, direttiva “servizi” e disciplina italiana delle concessioni degli arenili*, in *Munus*, 2018, p. 347; C. Benetazzo, *Concessioni balneari e direttiva “Bolkestein” tra obblighi di trasparenza ed autonomia degli stati*, in *Giustamm.it*, 2018; C. Benetazzo, *Le concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, 2018, p. 287; G. Bellitti, *La direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, *Giorn. dir. amm.*, 2017, p. 60; L. Di Giovanni, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga “ex lege”*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, p. 912; G. Marchegiani, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in *Giustamm.it*, 2016; G. Cardosi, *Stabilimenti balneari: il rinnovo delle concessioni demaniali alla luce della direttiva comunitaria n. 2006/123/CE*, in *Disc. comm. serv.*, 2010, p. 19.

Come chiarito dalla Corte di Giustizia con riferimento alle concessioni demaniali marittime⁸⁴, le concessioni rilasciate da pubbliche autorità che mirano allo sfruttamento di un'area demaniale a fini turistico-ricreativi possono essere qualificate come “autorizzazioni” ai sensi della direttiva 2006/123, in quanto costituiscono “atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”. Si tratta, infatti, di autorizzazioni ad esercitare un'attività economica in un'area demaniale o, nel nostro caso, patrimoniale indisponibile.

Il diritto dell'Unione, come è noto, è indifferente al *nomen* della fattispecie: la sottoposizione alla disciplina della direttiva Bolkestein presuppone solamente che l'atto concessorio fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato. Ciò è sufficiente, qualora si tratti di attività limitate per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, ad imporre una procedura competitiva ai fini del suo rilascio⁸⁵.

L'autorità nazionale, amministrativa prima e giudiziaria poi, dovrà allora stabilire se le aree montane che possono essere oggetto di sfruttamento economico al fine che qui rileva (la pratica dello sci e di altri sport invernali e non) siano in numero limitato per via della scarsità delle risorse naturali: ciò comporta l'applicabilità dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE e dell'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010.

Qualora l'impianto funiviario sia realizzato su suolo pubblico, infatti, con il rilascio dell'autorizzazione alla costruzione e alla gestione di quell'impianto si concede al privato la facoltà di sfruttarlo in via esclusiva per finalità turistico-ricreative, escludendo che la medesima facoltà, attesa la limitata sfruttabilità del bene stesso, possa essere concessa ad altri operatori economici.

Insomma, la “scarsità” del bene pubblico, che è suscettibile di sfruttamento da parte di un numero limitato di operatori, in quanto l'impianto a fune può essere realizzato solamente su pendii montani aventi certe caratteristiche che li rendano idonee alla pratica dello sci, impone, alla luce dell'art. 12 della direttiva servizi e dell'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, che l'Amministrazione disponga, al fine del rilascio del titolo autorizzatorio, una procedura selettiva che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità del suo avvio e del suo svolgimento e completamento. Inoltre, il titolo autorizzatorio medesimo deve avere una durata limitata adeguata e non possono essere previste regole che avvantaggino il concessionario uscente⁸⁶.

⁸⁴ Sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis e a.

⁸⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 4 aprile 2011, n. 2098; Sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239.

⁸⁶ Come si è detto, è quanto affermato dalla Corte di Giustizia UE con riferimento alle concessioni demaniali marittime (da ultimo: Sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis e a). In particolare, per le criticità in tema di concorrenza poste dalla normativa nazionale sulle concessioni demaniali marittime, si ricardi che, in data 2 febbraio 2009, l'Unione europea ha aperto nei confronti dell'Italia la procedura d'infrazione n. 2008/4908,

per il mancato adeguamento della normativa nazionale in materia di concessioni demaniali marittime appunto ai contenuti previsti dalla direttiva Bolkenstein.

Veniva contestata la compatibilità, in particolare, con il principio della libertà di stabilimento di un tale modello concessorio, dal momento che imprese provenienti da altri Stati membri si trovavano di fronte ad un ostacolo insormontabile in ragione della preferenza accordata al concessionario uscente e del sistema di puro e semplice rinnovo automatico della concessione già assentita.

Nel punto 2 del Considerato in diritto della sentenza n. 171 del 2013 della Corte di Giustizia, è compendiato lo sviluppo della procedura di infrazione, fino alla chiusura avvenuta il 27 febbraio 2012, per effetto dell’emanazione (e della modifica in corso di conversione con la legge n. 25 del 2010) dell’art. 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009 n. 194, contenente una disposizione con la quale sono state previste: a) la soppressione del secondo comma dell’articolo 37 cod. nav., nella parte in cui stabiliva la preferenza accordata al vecchio concessionario (c.d. diritto d’insistenza); b) la proroga al 31 dicembre 2015 delle concessioni per finalità turistico-ricreative in scadenza prima di tale data e in atto al 30 dicembre 2009, giorno dell’entrata in vigore dello stesso decreto-legge. Trattasi di disciplina di carattere dichiaratamente transitorio, in attesa della revisione della legislazione in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi da realizzarsi nel rispetto dei principi pro-concorrenziali.

Nel frattempo, la Direttiva 2006/123/CE era stata trasposta nel diritto italiano dal decreto legislativo n. 59 del 2010, il cui articolo 16 dispone che, nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali, detti titoli non possano essere rinnovati automaticamente. La medesima disposizione impone – laddove, come deve ritenersi per le concessioni demaniali marittime e idriche, l’attività sottesa all’affidamento in uso debba essere contingentata a causa della scarsità delle risorse naturali suscettibili di sfruttamento – procedure di evidenza pubblica per la scelta del concessionario, nonché una durata limitata del titolo assentito ed il divieto di norme volte ad avvantaggiare il concessionario uscente.

In seguito a contestazioni supplementari, peraltro, con l’articolo 11 della legge n. 217 del 2011 (legge comunitaria 2010), venne abrogato il regime del rinnovo automatico delle concessioni e conferita una delega legislativa per la revisione e il riordino della normativa relativa alle concessioni demaniali marittime. Il relativo termine di quindici mesi è spirato senza che la delega sia stata esercitata, poiché, successivamente alla chiusura della procedura di infrazione, con l’articolo 34-duodecies del decreto-legge n. 179 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 221 del 2012, novellando il citato articolo 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009, è stata disposta la proroga sino al 31 dicembre 2020 delle concessioni demaniali in essere alla data del 30 dicembre 2009 ed in scadenza entro il 31 dicembre 2015.

La proroga *ope legis* ha costituito oggetto di due rinvii pregiudiziali disposti da due tribunali amministrativi regionali (il Tar della Lombardia e il Tar della Sardegna, in giudizi aventi entrambi ad oggetto concessioni demaniali marittime e lacuali rilasciate dalle autorità pubbliche e miranti allo sfruttamento di un’area demaniale a fini turistico ricreativi). I giudici che hanno disposto il rinvio, in sintesi, si sono interrogati sulla compatibilità della proroga con l’art. 12 della direttiva Bolkenstein.

Su tali due rinvii si è pronunciata la Corte di Giustizia UE, con sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis e a., statuendo che «l’articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 deve essere interpretato nel senso che osta a una misura nazionale, come quella di cui ai procedimenti principali, che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati». La Corte di Giustizia ha confermato che, in linea di principio, le concessioni demaniali in questione rientrano nel campo di applicazione della direttiva n. 2006/123/CE e, in particolare, del suo art. 12, pur residuando lo spazio per un apprezzamento di fatto – rimesso al giudice nazionale – circa la natura «scarsa», o meno, della risorsa attribuita in concessione. La sentenza ha anche precisato che una disparità di trattamento tra i concessionari esistenti e gli operatori economici che aspirano alla concessione potrebbe, a determinate condizioni, «essere giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto». Tuttavia ha escluso che, nei casi sottoposti al suo giudizio, potesse farsi questione di tutela del legittimo affidamento, giacché le concessioni controverse erano state affidate in un’epoca in cui gli interessati non potevano legittimamente confidare sulla stabilità dei rapporti concessori in misura maggiore di quanto consentito dai principi del diritto dell’Unione.

Quando erano già state presentate (in data il 25 febbraio 2016) le conclusioni dell’Avvocato generale nella causa relativa al rinvio pregiudiziale innanzi illustrata, è stato emanato il decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113 (Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio), convertito, successivamente al deposito della sentenza della Corte di Giustizia UE innanzi compendiata, dalla legge 7 agosto 2016, n. 160. Il comma 3-septies dell’articolo 24 – introdotto in sede di conversione del decreto legge n. 113 del 2016, con un emendamento approvato proprio pochi giorni dopo la sentenza del 14 luglio della CGUE – interviene sulla questione della proroga delle concessioni demaniali marittime,

L'obbligo, a carico dell'Amministrazione, di indire procedure a evidenza pubblica in relazione ai provvedimenti concessori di terreni demaniali o comunque di proprietà pubblica, su cui si intendono costruire impianti di risalita a uso sportivo ed esercitare la relativa attività, è stata sottolineata anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 103 del 2020, ancorchè nel caso al suo esame non era «in discussione la legittimità di quest'ultimo provvedimento: legittimità che avrebbe potuto essere valutata, in particolare, al diverso metro della compatibilità con l'art. 12 della direttiva 2006/123/UE».

La Corte ha infatti concluso che «la ritenuta non fondatezza dei dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 45 della legge prov. Bolzano n. 10 del 2018 in relazione ai principi desumibili dalla direttiva 2016/23/UE e dalla Parte III del codice dei contratti pubblici non esclude, naturalmente, la necessità del puntuale rispetto, da parte della Provincia autonoma di Bolzano, dei principi sanciti da altre discipline di diritto dell'Unione europea e nazionale prevalenti sulle competenze provinciali, tra cui – segnatamente –

disponendo la validità *ex lege* dei rapporti concessori già instaurati e pendenti in base all'art. 1, comma 18, del d.l. n. 194 del 2009.

Anche la giurisprudenza costituzionale è più volte intervenuta sul tema delle concessioni demaniali marittime, occupandosi di interventi legislativi regionali in materia.

Le sentenze nn. 180 del 2010, 233 del 2010, 340 del 2010, 213 del 2011, 171 del 2013 e 40 del 2017 ritengono tutte l'incostituzionalità delle leggi di diverse regioni accomunate dal ricorso allo strumento della proroga o del rinnovo automatico delle concessioni demaniali in essere. La loro incostituzionalità è fondata sia sulla violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., per mancato rispetto del diritto dell'Unione, sia sulla violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), Cost., per invasione della competenza statale esclusiva sulla tutela della concorrenza, con un reciproco rafforzamento dei due parametri.

Con la sentenza n. 157 del 2017, la Corte costituzionale ha confermato, ancora una volta, che i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime devono essere stabiliti nell'osservanza dei «principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale».

Nel caso esaminato, in particolare, la legge della Regione Toscana sottoposta a scrutinio dettava disposizioni destinate ad incidere sulle procedure comparative inerenti al rilascio delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative, riconoscendo al concessionario uscente un indennizzo posto a carico del concessionario subentrante, obbligato a pagarlo integralmente, prima dell'eventuale subentro.

La Corte ha ritenuto che le disposizioni impugnate, subordinando il subentro nella concessione all'adempimento del suindicato obbligo, incidessero sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento.

La normativa regionale impugnata è stata dunque considerata illegittima, in quanto lesiva della competenza esclusiva statale in materia di «tutela della concorrenza», non essendo peraltro qualificabile come pro-concorrenziale.

Successivamente, la sentenza n. 109 del 2018 ha ribadito la medesima soluzione, dichiarando incostituzionale una legge del Friuli Venezia Giulia, laddove prevedeva che il nuovo concessionario dovesse versare a quello uscente un indennizzo, liquidato tenendo conto della quota degli investimenti non ammortizzati e del valore dell'avviamento maturato in forza dell'attività imprenditoriale svolta impiegando il bene demaniale. L'obbligo di indennizzo, posto a carico del concessionario subentrante, infatti, influisce sensibilmente sulle prospettive di acquisizione della concessione, rappresentando una delle componenti del costo dell'affidamento. La previsione dell'indennizzo, quindi, influisce sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento.

Sul tema, si veda: A. Lucarelli, *Il nodo delle concessioni demaniali marittime tra non attuazione della Bolkestein, regole della concorrenza e insorgenza della nuova categoria giuridica dei beni pubblici*, in *Dir. fond.*, 2019, p. 16; G. Cardosi, *Prorogate di quindici anni le concessioni di aree del demanio marittimo sede di stabilimenti balneari ed attività assimilate*, in *Disc. comm. serv.*, 2019, p. 56; C. Benetazzo, *“Primazia” del diritto U.E e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in www.federalismi.it, 2018; R. Tranquilli-Leali, *Le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative ed il loro regime di proroga*, in *Riv. navig.*, 2017, p. 49; A. Monica, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 437.

principi di cui alla direttiva 2006/123/UE, in particolare allorché l'impianto insista su terreni demaniali o appartenenti al patrimonio pubblico indisponibile (...)».

11. La tutela dell'affidamento dei concessionari uscenti

La necessità, in forza della direttiva Bolkestein e del relativo decreto n. 59 di recepimento, di subordinare il rilascio dell'autorizzazione all'attività di gestione di un impianto a fune ad una procedura di selezione tra i potenziali concorrenti pone il problema della tutela del legittimo affidamento del precedente titolare di detta autorizzazione⁸⁷.

Ogniquale volta, sulla base della c.d. concessione di linea, l'operatore economico ha sostenuto ingenti investimenti per la realizzazione della stazione sciistica e del relativo impianto, la limitazione temporale del titolo autorizzatorio che ne consente in via esclusiva lo sfruttamento economico, il divieto di rinnovo tacito e l'obbligo di indire, alla scadenza, una procedura selettiva per l'affidamento, ad altri potenziali interessati, della gestione dell'impianto già realizzato rischia di ledere il legittimo affidamento che il concessionario ha riposto nell'ammortamento degli investimenti sostenuti.

Tuttavia, come chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, della Corte costituzionale e amministrativa, l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio finanziario del concessionario non può giustificare, in via generale ed astratta, una violazione dei principi di derivazione europea di tutela della concorrenza, volti a garantire l'apertura al mercato e, appunto, alla concorrenza tra gli operatori di settore delle concessioni di beni di rilevanza economica⁸⁸.

Sia la proroga o il rinnovo automatico della concessione in scadenza, che esclude in radice il confronto competitivo tra gli operatori economici, sia l'attribuzione di un titolo preferenziale al concessionario uscente, sia l'imposizione, a carico del concessionario subentrante, dell'onere economico di indennizzare quello uscente degli investimenti sopportati e non ammortizzati e dell'avviamento maturato in forza dell'attività imprenditoriale svolta utilizzando il bene pubblico configurano una restrizione sproporzionata e irragionevole della libertà di stabilimento, sottraendo al mercato concessioni di beni di rilevanza economica, in modo pregiudizievole per gli operatori del settore⁸⁹.

⁸⁷ Sul tema, si veda: M. Magri, "Direttiva Bolkestein" e legittimo affidamento dell'impresa turistico-balneare: verso un'importante decisione della Corte di Giustizia UE, in *Riv. giur. edil.*, 2016, p. 359; C. Benetazzo, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in www.federalismi.it, 2016.

⁸⁸ *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3936. Per la giurisprudenza comunitaria e quella costituzionale, vedi nota 86.

⁸⁹ *Ex multis*, Corte cost. n. 157 del 2017, 109 del 2018 e 1 del 2019; Cons. Stato n. 525 del 2013.

Come messo in luce dalla Corte di Giustizia⁹⁰, la tutela del legittimo affidamento del titolare uscente della c.d. concessione di linea – in ordine all’ammortamento degli investimenti effettuati – può rilevare solamente quale “motivo imperativo di interesse generale”.

L’art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2006/123/CE, infatti, consente agli Stati membri di tener conto di considerazioni legate a «motivi imperativi d’interesse generale conformi al diritto comunitario», tra cui ben può farsi rientrare l’esigenza di tutelare le aspettative patrimoniali del concessionario uscente all’esito della definizione del rapporto concessorio. Ciò però non già al fine di eludere l’obbligo di indire una procedura selettiva mediante rinnovi automatici o proroghe a lunghissimo termine delle autorizzazioni in essere, bensì «nello stabilire le regole della procedura di selezione».

Insomma, fermo restando l’obbligo di indire «una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza», l’Amministrazione potrà e dovrà tener conto delle ragioni del concessionario uscente e attribuire rilievo alle componenti economico-aziendali della sua impresa al momento di stabilire le regole della procedura stessa, qualora risulti in concreto che questi poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo del titolo autorizzatorio, abbia effettuato investimenti per la realizzazione, la manutenzione e la gestione dell’impianto funiviario ovvero abbia maturato un avviamento in forza dell’attività imprenditoriale svolta.

⁹⁰ Sentenza del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis e a.