***Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale
(Corte cost., sentenza n. 103 del 2020 sul servizio di trasporto a fune a fini
sportivi)****

*di Sergio Foà – Professore Ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Torino e
Sarah Carlucci – Dottoranda di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università di Torino***

ABSTRACT: The ruling of the Constitutional Court rejects the question of constitutionality of some provincial law provisions relating to the concession of a cableway transport line for tourist and sports use, issued without a comparative procedure for the choice of the concessionaire, considering the provincial provisions not in contrast with those national and European Union principles established to protect competition for the market. Interesting is the decisive argument used by the Court, which gives centrality to the political choice of the local authority in relation to the general interests to be pursued as a public service, to ensure the social and civil development of the community. If this political choice has not been made, the management of the cableway transport is, on the other hand, a simple private business activity, over which the local authority can only have the power of authorization. In the present case, the Court reconstructs the intention of the provincial legislator in these terms, deeming it legitimate that the concession of the cableway transport service for sporting use had been entrusted without carrying out a prior comparative

* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le linee guida della Rivista.

** L'articolo è frutto di elaborazione condivisa. I paragrafi 1 e 2 sono di S. Carlucci; il par. 3 è di S. Foà.

procedure. The article critically examines the arguments put forward by the Court, also briefly dwelling on the evolution of the notion of public service in national and supranational law.

SOMMARIO: 1. La questione di legittimità costituzionale. – Trasporto a fune a fini sportivi o turistico-ricreativi e tutela della concorrenza. – 2. Il servizio pubblico nel diritto interno e dell’Unione europea. Esigenze di certezza riguardo alla disciplina applicabile. – 3. L’assunzione del (potenziale) servizio come scelta politica e la “doverosità variabile”.

1. La questione di legittimità costituzionale. Trasporto a fune a fini sportivi o turistico-ricreativi e tutela della concorrenza

Con la sentenza n. 103 del 2020 la Corte Costituzionale ha dichiarato inammissibili e non fondate le questioni di legittimità sollevate in via incidentale, con ordinanza del 25 maggio 2018, dal Tribunale di giustizia amministrativa, sezione autonoma di Bolzano, avverso gli articoli 44, co. 3 e 45 della legge della Provincia autonoma di Bolzano 11 luglio 2018, n. 10, in materia di concessioni per la costruzione e l’esercizio di impianti di trasporto a fune, con riferimento all’art. 117, co. 2, lett. e), Cost., in relazione agli artt. 30 e 164, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016 e all’art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento e del Consiglio europeo e agli artt. 49, 56 e 106 TFUE.

In specie, il Tribunale rimettente veniva investito dell’impugnazione, da parte dell’AGCM, del provvedimento adottato nel 2017 dall’assessore alla mobilità della Provincia autonoma di Bolzano con cui era stata rinnovata, a favore di una s.p.a. privata, la concessione di una linea di trasporto funiviario in servizio pubblico per uso turistico-sportivo¹. Le censure asserivano il contrasto con i

¹ Sulla legittimazione processuale dell’Agcm basti qui ricordare che, ai sensi dell’art. 21 bis della L. n. 287 del 1990 «l’Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni. 3. Ai giudizi instaurati ai sensi del comma 1 si applica la disciplina di cui al Libro IV, Titolo V, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104». La previsione *ex lege* di una legittimazione processuale speciale dell’Agcm (e di altre autorità indipendenti) ha condotto la dottrina a riflettere sulla natura di tale legittimazione e, in specie, sulla sua compatibilità rispetto agli artt. 103 e 113

principi nazionali e dell'Unione europea a tutela della concorrenza, stante il mancato espletamento di una preventiva procedura comparativa. La Provincia autonoma di Bolzano si costituiva in giudizio contestando, nel merito, la qualificazione del provvedimento impugnato come contratto di concessione di servizio ai sensi della disciplina UE e del d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici).

La disciplina dettata in materia dalla legislazione speciale della Provincia di Bolzano opera una distinzione tra gli impianti a fune in servizio pubblico (Titolo II) e in servizio privato (Titolo III)². I primi vengono individuati per esclusione rispetto ai secondi, per cui «tutte le linee funiviarie sono impianti in servizio pubblico» ad eccezione di quelle ad uso esclusivamente privato³.

Se per la realizzazione degli impianti ad uso privato si richiede il rilascio di una mera autorizzazione comunale, per la costruzione ed esercizio di quelli in servizio pubblico è necessario ottenere una concessione rilasciata dall'assessore provinciale competente in materia di mobilità, previa acquisizione di pareri e documenti che attestino la conformità del progetto di costruzione dell'impianto alle norme vigenti, in relazione alla quale è stabilita una durata massima, la possibilità di un rinnovo e la decadenza in caso di ripetute violazioni degli obblighi previsti.

Il procedimento per il rilascio della concessione non prevede l'indizione di alcuna gara pubblica e avviene su richiesta del soggetto interessato; solo nel caso in cui siano proposte più domande concorrenti per la realizzazione del medesimo impianto o di linee finitime o interferenti sono dettati criteri per l'esame comparativo delle domande concorrenti.

Cost., laddove introdurrebbe una giurisdizione oggettiva perché svincolata dalla titolarità di una posizione legittimante di diritto soggettivo o interesse legittimo: i dubbi sembrano tuttavia superati dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria in quanto l'Acgm sarebbe titolare di un proprio interesse alla tutela dell'integrità dei mercati, il che la renderebbe ente esponenziale di interessi collettivi. Sul punto si rinvia in ogni caso alle più approfondite ricostruzioni e riflessioni, tra gli altri, di R. GIOVAGNOLI, *Atti amministrativi e tutela della concorrenza. Il potere di legittimazione a ricorrere dell'AGCM nell'art. 21-bis legge n. 287/1990*, in www.giustamm.it, 2012; M. A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in Federalismi.it, 2012; ID., *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio delle autorità indipendenti*, in www.anticorruzione.it, 2013; F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 21-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471.

² Legge provinciale 30 gennaio 2006, n. 1, modificata dalla censurata legge n. 10 del 2018.

³ L'art. 3, co. 1, l. p. n. 1/2006 così recita: «tutte le linee funiviarie sono impianti in servizio pubblico, escluse quelle utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dal proprietario/dalla proprietaria, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e da persone addette all'assistenza medica, alla sicurezza pubblica, alla manutenzione ed altro e quelle adibite al trasporto di materiale. Sono altresì soggette alle disposizioni che regolano il servizio pubblico 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, ancorché gestite dai/dalle titolari dei rispettivi esercizi».

Con successiva legge provinciale, gli impianti a fune in servizio pubblico sono definiti «impianti destinati al pubblico esercizio» e le funivie in servizio pubblico si distinguono in tre categorie: a) impianti a fune in servizio di trasporto pubblico generale che costituiscono un collegamento tra strade, ferrovie e centri abitati; b) impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo; c) sciovie ad uso sportivo e turistico-ricreativo che non fanno parte di un sistema di linee collegate o interdipendenti tra loro⁴. Solo riguardo alle concessioni appartenenti alla prima categoria si prevede che esse possano essere cedute a terzi, previa autorizzazione da parte dell'assessore provinciale competente, revocate per comprovate esigenze di pubblico interesse, previa corresponsione di un indennizzo e che le tariffe ed orari del relativo servizio siano assoggettati ad approvazione da parte dell'assessore provinciale competente.

La medesima disposizione normativa sopraggiunta ha chiarito che la costruzione e l'esercizio di impianti a fune in servizio pubblico è soggetta a concessione ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 164, co. 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, cit. e le concessioni che autorizzano la costruzione e l'esercizio di impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo, nonché i relativi rinnovi, già rilasciati prima dell'entrata in vigore della medesima legge del 2018, si debbano configurare come provvedimenti autorizzatori, sempre ai sensi e per gli effetti della stessa disposizione del Codice dei contratti pubblici.

La disposizione richiamata, che ha un «diretto antecedente» nel considerando n. 14 della direttiva 2014/23/UE, prevede che le disposizioni della Parte III del Codice, dedicata ai contratti di concessione, non si applichino a tutti quegli atti, *comunque denominati*, con cui le amministrazioni, «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». Pertanto, dall'ambito di applicazione della Parte III del Codice, si escludono tutti quei provvedimenti che, a prescindere dal *nomen juris*, sono rilasciati su richiesta dell'operatore economico e non su iniziativa dell'amministrazione e nei quali l'operatore rimane libero di recedere dall'esercizio dei servizi in oggetto, quand'anche con essi l'amministrazione

⁴ Art. 44, co. 1 della l.p. n. 10/2018, di modifica della l. p. del 2006, che ha introdotto l'art. 2, co. 2 *bis*.

stabilisca modalità e condizioni per l'esercizio di un'attività economica che si svolge anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici⁵.

La legislazione provinciale, con le modifiche introdotte nel 2018, ha quindi inteso disporre per il futuro e chiarire per il passato che i provvedimenti rilasciati per la costruzione e l'esercizio di impianti a fune in servizio pubblico non sono contratti di concessione ai sensi del d.lgs. n. 50 del 2016, bensì provvedimenti di tipo autorizzatorio, con l'effetto di escluderli (compresi i relativi rinnovi) dall'ambito di applicazione della Parte III del Codice e, in particolare, dalla disciplina dell'evidenza pubblica.

La scelta normativa solleva dubbi di compatibilità con i principi sanciti dall'ordinamento UE e dal diritto interno in materia di tutela della concorrenza. Il rinnovo della concessione impugnata, infatti, ha ad oggetto una linea di trasporto funiviario definita «servizio pubblico» e classificata come ad uso sportivo o turistico-ricreativo che, secondo il Tribunale regionale rimettente, dovrebbe considerarsi a tutti gli effetti un servizio pubblico o di interesse economico generale ai sensi del TFUE, rispondendo ad un interesse collettivo indispensabile in un contesto locale in cui la promozione dello sport e del turismo di montagna rappresentano un'attività fondamentale. La considerazione sarebbe avallata dalla stessa disciplina provinciale che sottopone il gestore a obblighi di continuità, regolarità, capacità e qualità per l'espletamento dell'attività, a specifiche previsioni in materia di decadenza e revoca della concessione e a forme di conformazione e controllo sullo svolgimento del servizio da parte delle autorità competenti. Il titolo abilitativo rilasciato per la realizzazione e l'esercizio degli impianti dovrebbe quindi ascrivere alla concessione di servizi ai sensi del Codice dei contratti pubblici, affidata a seguito di procedura ad evidenza pubblica.

Peraltro, la materia della tutela della concorrenza, trasversale, prevale rispetto alle esclusive competenze della Provincia autonoma in materia di mobilità: la questione non è riferita a una

⁵ Per effetto del Considerando n. 14 della direttiva 2014/23/UE «non dovrebbero configurarsi come concessioni determinati atti dello Stato membro, quali autorizzazioni o licenze, con 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. Nel caso di tali atti dello Stato membro, si applicano le disposizioni specifiche della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio. A differenza di detti atti dello Stato membro, 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».

generica applicabilità del Titolo V della Costituzione rispetto allo Statuto speciale ma agli artt. 30 e 164, co. 2, Codice dei contratti pubblici che, nel dettare il regime per l'aggiudicazione ed esecuzione degli appalti e concessioni, riproducono i principi derivanti dal diritto dell'Unione europea, i quali costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica⁶. La competenza legislativa primaria della Provincia autonoma di Bolzano è ad esse subordinata ai sensi dello Statuto stesso, tanto più se si considera che il legame intercorrente nella materia in oggetto tra l'ordinamento interno e quello dell'Unione europea richiede uniformità territoriale nella regolazione⁷.

La Provincia autonoma eccepiva l'inammissibilità delle questioni perché, non trattandosi di servizio pubblico, la materia concorrenziale non sarebbe stata incisa dal rinnovo dell'impugnata concessione funiviaria, ma piuttosto da un'asserita illegittimità del presupposto provvedimento di concessione del suolo pubblico (patrimonio indisponibile della Provincia), effettivamente rinnovato senza gara ma, tuttavia, non impugnato nel giudizio *a quo*⁸. L'eventuale dichiarazione d'incostituzionalità delle disposizioni censurate avrebbe inoltre lasciato in vita l'impianto normativo preesistente, sulla cui base era stato rilasciato il provvedimento impugnato, rendendo irrilevanti le questioni.⁹

Nel merito il ricorso sarebbe invece da ritenere infondato perché la legge provinciale applicata non prevedeva alcun confronto comparativo per la gestione di impianti a fune ad uso sportivo o

⁶ Come precisato dalla stessa Corte nel ritenere ammissibile la censura formulata dalla rimettente in riferimento all'art. 117, co. 2, lett. e) Cost. (§ 3.2.2).

⁷ È lo stesso Codice dei contratti pubblici a stabilire che le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano adeguino la propria legislazione ai contenuti normativi del Codice stesso (art. 2, co. 3). Cfr. Corte costituzionale, sentenza 9 luglio 2019, n. 166, che ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni della legge regionale della Sardegna in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

⁸ L'eccezione viene ritenuta dalla Corte non fondata in quanto «a prescindere dalle valutazioni che possono aver indotto l'ACGM ad impugnare soltanto il provvedimento di rinnovo oggetto del giudizio a quo, i dubbi di legittimità costituzionale sollevati dal rimettente concernono [...] la mancata previsione, da parte della legislazione provinciale, del ricorso a procedure ad evidenza pubblica per le concessioni e i relativi rinnovi concernenti la totalità degli impianti a fune per finalità turistico-sportiva, a prescindere dalla circostanza che essi insistano su terreni di proprietà pubblica o privata» (§ 3.3).

⁹ Anche questa eccezione viene ritenuta infondata in quanto se la l. p. n. 1/2006 non disponeva alcunché sul procedimento di concessione limitandosi, prima delle modifiche introdotte nel 2018, a rinviare al regolamento d'esecuzione, l'art. 45 della l.p. n. 10/2018 ha invece espresso inequivocabilmente (per il passato) la volontà del legislatore di non subordinare a procedura ad evidenza pubblica la concessione o il rinnovo degli impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo, cosicché la dichiarazione di illegittimità della disposizione consentirebbe al rimettente di valutare se, alla luce del complessivo quadro normativo in vigore al momento del rinnovo della concessione di cui è causa, la necessità di una gara, pur non espressamente prevista, potesse comunque desumersi da altre norme in vigore, il che rende rilevanti le questioni prospettate.

turistico-ricreativo, dovendosi ricondurre il titolo amministrativo in questione ad un provvedimento autorizzatorio che abilita all'esercizio di una attività economica privata. Contestualmente, l'espressione "impianti in servizio pubblico" dovrebbe essere letta come meramente funzionale a distinguere gli impianti a fune genericamente aperti al pubblico nello svolgimento di un'attività imprenditoriale - a prescindere dalla destinazione al trasporto di persone o all'uso per motivi turistico-ricreativi - da quelli ad uso strettamente privato.

Secondo la stessa linea difensiva, anche i criteri utilizzati a dimostrazione della natura di servizio pubblico degli impianti non sarebbero probanti, poiché la finalizzazione dell'attività a bisogni essenziali e la soggezione a peculiari regole e controlli per specifiche esigenze pubbliche, come la sicurezza degli utenti o la tutela paesaggistico-ambientale, non sarebbe dirimente per l'iscrizione alla nozione di servizio pubblico. Si tratta della gestione di impianti tramite i quali viene svolta una libera attività economica all'interno di logiche di mercato, gestita da imprese private su terreni tendenzialmente privati e generalmente connessi a sistemi di piste e di innevamento artificiale, scuole di sci e strutture alberghiere e di ristorazione soggetti ad autorizzazione e parimenti realizzati e gestiti da imprese private.

Ancorché tali impianti rispondano a esigenze strategiche di interesse generale legate alla promozione dello sport, del turismo e dell'economia locale¹⁰, ciò non vale a ritenere che l'intera attività delle funivie ad uso sportivo o turistico-ricreativo possa qualificarsi come servizio pubblico locale ai sensi della normativa nazionale e dell'Unione europea, assunta dal rimettente come parametro interposto.

Nell'ordinamento provinciale, infatti, non è prevista come obbligatoria l'istituzione di un servizio pubblico locale di trasporto mediante impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo, a differenza di quanto accade per gli impianti funzionali al collegamento tra centri abitati, che integrano il servizio di trasporto pubblico provinciale e che, in quanto tali, sono soggetti alla

¹⁰ In ragione di tali esigenze è fatta salva la possibilità per i Comuni di stipulare appositi contratti di servizio con i titolari, al fine di offrire alla popolazione locale, a prezzi di favore, un servizio di interesse pubblico per apprendere e praticare lo sport dello sci (art. 15 *bis*, l.p. n. 1/2006), nonché di sostenere le imprese impegnate nella costruzione e gestione di tali impianti tramite incentivi di carattere finanziario da intendersi «come contributi pubblici ad attività imprenditoriali che forniscono servizi al pubblico» e che, in quanto tali, debbono svolgersi nel rispetto della disciplina europea sugli aiuti di Stato (cit., § 4.4.2).

specifica disciplina in materia di mobilità pubblica, che prevede l'affidamento delle concessioni di collegamento mediante procedure ad evidenza pubblica¹¹.

Secondo le eccezioni provinciali, dunque, le disposizioni censurate avrebbero confermato il precedente assetto normativo, specificando come la "concessione" prevista rientri tra i provvedimenti di cui all'art. 164, co.1, secondo periodo del Codice dei contratti pubblici, non essendo pertanto assoggettata alla disciplina ivi dettata.

Inoltre, il riferimento agli «impianti a fune in servizio pubblico» dovrebbe genericamente significare «impianti destinati al pubblico esercizio» e non assunti in servizio pubblico propriamente inteso. La Provincia autonoma avrebbe quindi scelto di lasciare la realizzazione e gestione degli impianti a fune ad uso sportivo e turistico-ricreativo alla libera iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 Cost., riservandosi semplicemente la funzione di "regolamentare" il settore, stante l'impatto ambientale, territoriale e umano dell'attività in questione.

La Corte, dichiarata l'inammissibilità delle questioni aventi ad oggetto l'art. 44, co. 3, l. p. 10/2018 in ragione dell'irrelevanza di tale disposizione nel giudizio *a quo* - non trovando applicazione al caso di specie in quanto il rinnovo della concessione in causa era stato adottato prima delle modifiche apportate dal censurato articolo - ritiene per contro rilevante la censura mossa all'art. 45 (stante la sua dichiarata efficacia retroattiva) con riferimento all'art. 117, co. 1 e 2, lett. e), Cost., in relazione agli artt. 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE che, complessivamente, enunciano i principi dai quali si ricava la regola della necessaria previsione di procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione di contratti aventi ad oggetto servizi pubblici.

Il *thema decidendum* consiste quindi nel determinare se il legislatore provinciale fosse legittimato a stabilire (o a confermare, come affermato dalla Provincia autonoma) che le concessioni rilasciate ai sensi della l. p. n. 1/2006 non necessitassero di alcuna procedura ad evidenza pubblica, in forza del richiamato art. 164, co. 1, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, cit.

Nel merito risulta determinante chiarire se la concessione di impianti a fune in questione rientri tra i contratti di concessione di servizi soggetti a procedure ad evidenza pubblica ai sensi della direttiva 2014/23/UE e della Parte III del d.lgs. n. 50 del 2016, cit. o se invece rientri tra i provvedimenti autorizzatori, comunque denominati, di attività economiche private regolate

¹¹ La materia è disciplinata dalla legge provinciale 23 novembre 2015, n. 15.

dall'amministrazione ma non fondanti un contratto tra amministrazione e privato ai sensi del considerando 14 della medesima direttiva.

La questione di legittimità costituzionale è ritenuta infondata, attesa l'irrelevanza lessicale dell'espressione «concessione» al fine di qualificare l'atto in questione come contratto avente ad oggetto un servizio pubblico. Già in passato, peraltro, il legislatore statale e regionale ha utilizzato il medesimo termine per qualificare provvedimenti nella sostanza autorizzatori, come nel caso, per esempio, della «concessione edilizia»¹².

In tal senso, la legge provinciale censurata non consente di equiparare la concessione ivi disciplinata a un contratto a prestazioni corrispettive, in quanto il concessionario non risulta obbligato nei confronti dell'amministrazione a erogare il servizio: nessuna conseguenza "contrattuale" è infatti prevista per l'eventuale omessa realizzazione dell'opera o per la mancata erogazione del servizio. L'interposizione amministrativa si limita ad una "abilitazione" del richiedente atta a vagliare in via preventiva (ma anche con controlli successivi e periodici) il rispetto di determinate condizioni, tramite le quali si conforma l'attività economica a tutela dei plurimi interessi pubblici che, potenzialmente, potrebbero essere pregiudicati dall'esercizio dell'attività (la sicurezza degli utenti e l'incolumità pubblica). L'inquadramento teorico prospettato risponde ai tre elementi tipici dell'autorizzazione: il limite legale all'esercizio dell'attività; il margine di apprezzamento discrezionale dell'amministrazione in funzione preventiva; la rimozione del limite legale frapposto tra il privato e l'esercizio dell'attività¹³.

Né la natura sostanzialmente concessoria discende dalla possibilità per il titolare della concessione di ottenere dalla pubblica amministrazione, una volta riscontrato il fallimento delle trattative con i privati coinvolti, l'espropriazione di beni immobili o la costituzione coattiva di diritti reali in suo favore. Simili previsioni caratterizzano anche la disciplina di attività economiche

¹² Mentre l'originaria "licenza edilizia" (prevista all'art. 31 L. 1150 del 1942, c.d. Legge urbanistica) era generalmente qualificata come autorizzazione, l'espressione "concessione edilizia" (utilizzata dalla Legge n. 10 del 1977) aveva ingenerato incertezze sulla collocazione sistematica dell'istituto e aveva indotto la giurisprudenza a chiarire che, inerendo lo *ius aedificandi* alla proprietà, la concessione edilizia non attribuiva diritti nuovi ma presupponeva facoltà preesistenti. Oggi il termine "permesso" di costruire (d.p.r. n. 380 del 2001, T.u. in materia edilizia) ha chiarito che il provvedimento in esame va ricondotto alla categoria degli atti autorizzativi e non concessori, lasciando intendere che lo *ius aedificandi* non discende dall'autorità che lo concede, essendo connotato alla proprietà, ma è allo stesso tempo sottoposto, nell'interesse comune e per la salvaguardia di superiori valori, ad un regime di governo e controllo amministrativo. Per tali ragioni il permesso è rilasciato a condizione che siano rispettati gli strumenti di pianificazione urbanistica.

¹³ Cons. Stato, Sez. V, Sent. 13 maggio 2019, n. 3061, in materia di attività economiche.

private, soggette a mera autorizzazione, che lo Stato o gli enti pubblici territoriali hanno comunque interesse a promuovere. Anche gli obblighi dell' esercente, al venir meno del titolo concessorio, di provvedere al ripristino dello stato dei luoghi, alla demolizione delle costruzioni fuori terra e all'asporto del materiale di risulta, a meno che altre imprese intendano succedere al precedente titolare, non risultano compatibili con un servizio pubblico assunto dalla Provincia. Né la possibilità di revoca in caso di comprovate esigenze di pubblico interesse può far automaticamente ricondurre il provvedimento ad una concessione, in quanto prevista per la generalità dei provvedimenti amministrativi, compresi quelli a contenuto autorizzatorio, ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241 del 1990¹⁴.

La Corte accoglie le eccezioni provinciali anche in punto distinzione tra funivie destinate a una generalità di utenti e quelle destinate all'uso privato: solo la realizzazione e gestione di funivie finalizzate al trasporto di persone per esigenze di mobilità e collegamento viene considerata servizio pubblico locale integrato nella rete provinciale di trasporto. Per gli impianti di funivie a uso sportivo o turistico-ricreativo, la scelta è stata, piuttosto, di lasciare lo sviluppo e la gestione di queste attività alla libera iniziativa economica privata¹⁵.

Le questioni di legittimità costituzionale sono quindi respinte dalla Corte alla luce di una complessiva analisi del contesto giuridico nel quale il servizio in questione viene concretamente erogato, all'esito della quale si esclude che l'attività possa qualificarsi come vero e proprio servizio pubblico locale, a prescindere dalle singole (e discutibili) scelte terminologiche presenti nel testo normativo di riferimento, in una generale ottica di prevalenza della sostanza sulla forma.

¹⁴ Sentenza in commento, § 4.5.

¹⁵ 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 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» (§ 4.4).

2. Il servizio pubblico nel diritto interno e dell'Unione europea. Esigenze di certezza riguardo alla disciplina applicabile

La pronuncia in commento sottende un complicato esame della nozione di servizio pubblico e dei suoi tratti evolutivi.

Nel nostro ordinamento non esiste una definizione legislativa di servizio pubblico né vi è un'organica disciplina generale in materia, sebbene vi siano leggi statali e regionali che disciplinano come tali alcuni settori strategici o costituzionalmente rilevanti (come i trasporti, le telecomunicazioni, l'energia, la sanità), oltre alla disciplina in materia di servizi pubblici locali¹⁶. Anche quest'ultima, come noto, è stata più volte modificata e parzialmente abrogata, lasciando residuare una legislazione di principio sui servizi pubblici di rilevanza economica, intesa a favorire la massima concorrenza per il mercato, anche oltre le previsioni dell'ordinamento europeo¹⁷.

Ciò nonostante la nozione è particolarmente rilevante sul piano delle conseguenze giuridiche che ne discendono, ancor più all'indomani del recepimento della direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, mediante il d.lgs. n. 50 del 2016, nuovo Codice dei contratti pubblici.

La vastissima letteratura in materia conferma che si tratta di una nozione «tra quelle più tormentate» del diritto amministrativo¹⁸. Originariamente la definizione era stata formulata in via residuale rispetto a quella di pubblica funzione e concentrata sulla riconducibilità esclusiva dell'attività in capo ai pubblici poteri, che se ne riservavano la titolarità per soddisfare un interesse della collettività. Questo veniva assunto tra i compiti dell'amministrazione pur ammettendo, sin dalle origini, l'erogazione delle correlate prestazioni da soggetti terzi, sostituiti

¹⁶ Di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, artt. 112 ss.

¹⁷ Cons. St., comm. spec., 3 maggio 2016, n. 1075, Parere sullo Schema di d.lgs. sui servizi pubblici locali di interesse economico generale (in attuazione della delega conferita con L. n. 124 del 2015). Il testo del decreto, che non è stato approvato dal Governo, era salutato con favore dal Consiglio di Stato, che auspicava una vigilanza governativa «affinché detta «codificazione» sia preservata da tentativi di tornare a norme introdotte disorganicamente in fonti diverse, evitando, quindi, nuove dispersioni attraverso strumenti normativi episodici e disordinati». Lo stesso parere segnalava, altresì, la necessità di effettuare un monitoraggio attento sull'attuazione della riforma, per assicurarne un effettivo funzionamento e fugare i rischi di «fuga dalla riforma». Sul punto si vedano le riflessioni critiche di F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 3, 2010, 339 ss.

¹⁸ M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, cit., 69 ss. Si veda anche S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, cit., 355 ss., il quale rileva che «in via generalissima il riferimento al servizio pubblico evoca l'idea di un compito d'interesse generale da realizzare [...]. Ma quando si tenta di andare al di là di questa idea, in fondo comune a tutta la dottrina, ci si muove su di un terreno che spesso è malfermo».

dell'amministrazione, attraverso l'istituto concessorio, inteso quale strumento organizzativo preposto all'attuazione di compiti propri dell'amministrazione¹⁹. Le prime definizioni erano in senso soggettivo e consideravano servizi pubblici solo quelli assunti dallo Stato o da altri enti pubblici. Intorno agli anni '60 del secolo scorso il dibattito si è arricchito delle riflessioni sull'elemento oggettivo, ossia sul soddisfacimento di bisogni ritenuti indispensabili per la collettività. Il principio nominalistico venne testato alla luce degli artt. 43 e 41, co. 3 Cost.: vi possono essere servizi pubblici essenziali legittimamente conferiti o trasferiti a soggetti privati e dunque non riservati alla "mano pubblica" e l'attività privata (al pari di quella pubblica) può essere indirizzata a fini sociali mediante gli opportuni programmi e controlli²⁰. Dall'analisi del testo costituzionale si può quindi desumere che un'attività di servizio pubblico non debba necessariamente essere ascritta a un soggetto pubblico, ben potendo essere funzionalizzata al soddisfacimento di bisogni collettivi, quand'anche non riservata ad una pubblica amministrazione ma esercitata da un soggetto privato, purché socialmente ritenuta fondamentale per la collettività.

Tale impostazione venne criticata per l'eccessiva ampiezza della nozione risultante: potendovi rientrare attività anche a carattere prettamente economico, diventava complesso distinguere i servizi pubblici dalle attività di mera impresa commerciale, stante l'indeterminatezza di quei "fini sociali" indicati nel dettato costituzionale a cui la teoria faceva espresso riferimento.

Tuttavia, quella elaborazione teorica rimane essenziale per la nozione di servizio pubblico quale attività materiale funzionalizzata alla cura di interessi generali e al perseguimento del benessere della collettività, con conseguente sottoposizione a specifica disciplina pubblicistica di programmazione e di controllo²¹.

L'elemento oggettivo, inoltre, sembra rappresentare il principale terreno di incontro tra la nozione propria del nostro ordinamento e quella elaborata in materia dal diritto dell'Unione europea. I servizi pubblici, comunque intesi in ciascun Stato membro, debbono infatti essere analizzati "attraverso il prisma" dei servizi di interesse generale di matrice europea, quand'anche si

¹⁹ G. CAIA, *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 146 ss.

²⁰ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, *passim*.

²¹ S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, *op. cit.*, cit., 364.

ritenesse quest'ultima nozione ugualmente aperta (*rectius* incerta) ed esclusivamente funzionale a giustificare l'applicazione o meno di un determinato regime giuridico²².

Nel diritto dell'Unione Europea la materia è ricondotta alla nozione di servizio d'interesse generale che, grazie anche allo svilupparsi del concetto di servizio universale²³, sembra connotato da una preminente funzione sociale, data dal rivolgersi al pubblico e garantita dalla sottoposizione dell'attività al rispetto di determinati obblighi di servizio²⁴. All'interno della nozione rientrano i servizi d'interesse economico generale e, in via residuale, i servizi d'interesse non economico²⁵.

I servizi d'interesse economico, in grado di incidere sugli scambi tra gli Stati membri, rientrano nella logica di mercato, soprattutto per quanto concerne la libertà di circolazione e di concorrenza²⁶;

²² D. GUINARD, *Réflexions actuelles sur la notion de service public*, in *Regards croisés sur l'économie*, n. 2, 2007, 41 ss., che riferisce l'osservazione alla nozione di servizio pubblico "alla francese" ma che può riprendersi anche per l'ordinamento italiano; notoriamente, Francia e Italia sono infatti tra gli Stati membri che maggiormente e sin da tempi remoti hanno elaborato il concetto giuridico di servizio pubblico, perciò vivendo, in materia, le maggiori difficoltà di coordinamento tra la disciplina nazionale e quella dell'Unione europea, che certamente ha reso necessarie non poche rielaborazioni in ordine ad alcuni tra gli istituti più tradizionali di entrambi gli ordinamenti.

²³ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM (2003) 270 def., laddove si precisa che «il servizio universale è un concetto dinamico. Esso garantisce che le esigenze di interesse generale possano tener conto dell'evoluzione politica e tecnologica, e permette, se necessario, di adattare regolarmente queste esigenze all'evoluzione dei bisogni dei cittadini». L'universalità del servizio, nella sua flessibilità definitoria, costituisce ad oggi uno degli elementi che, insieme alla continuità, alla qualità del servizio, all'accessibilità tariffaria, alla tutela degli utenti, ci forniscono il quadro di cosa si intenda per servizio di interesse generale (cfr. § 51). In dottrina, G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063; L. BERTONAZZI E R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, IV, Milano, 2009, 1791 ss.; E. BRUTI LIBERATI E F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010; G. MARCHIANÒ, *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei Sieg*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1021.

²⁴ Cfr. la Comunicazione della Commissione COM (2000) 580 def., in *GUCE C 17*, del 19 gennaio 2001, che definisce il servizio di interesse generale con riferimento agli obblighi di servizio pubblico, intesi come prestazioni che il regolatore pubblico può imporre ai soggetti che svolgono l'attività di pubblico servizio, attività la cui vocazione è quella di dirigersi al pubblico con riguardo alla prestazione in sé, indipendentemente dalla natura del soggetto che la rende. In questo senso il concetto di pubblico servizio di matrice europea, associato ad un'attività rivolta al pubblico e concepito in modo oggettivo per quanto riguarda la sua gestione, viene in rilievo con riferimento agli obblighi che caratterizzano il servizio di interesse generale, quale attività che differisce rispetto all'ordinaria attività d'impresa perché adempie ad una missione, ad una funzione di coesione sociale che si traduce in accessibilità, qualità e affidabilità, tale per cui l'autorità pubblica ritiene di fornire il servizio a prescindere dalle ragioni di mercato: sembrano quindi riscontrarsi profonde coincidenze con il modello che può trarsi proprio dagli artt. 41 e 43 Cost.; in questi termini L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 3-4, 479 ss. e, in particolare, 482 ss.

²⁵ Sul punto si vedano il già citato *Libro verde* del 2003 e la Comunicazione della Commissione del 20 novembre 2007, COM (2007) 725 def., laddove si precisa come la differenza tra il carattere economico e non dei servizi di interesse generale rilevi in termini di disciplina applicabile, indicando che tra i servizi di interesse generale non economico possono ricomprendersi i servizi connessi a prerogative dello Stato (in cui prevale il profilo autoritativo) o a settori sensibili come la cultura, l'istruzione, i servizi sanitari o sociali (laddove prevale il profilo solidaristico).

²⁶ Il riferimento normativo cardine è l'art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 86 TCE), a norma del quale «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [...] sono

quelli di interesse non economico, al contrario, sono sottratti alle regole di mercato e soggetti ad interventi o condizionamenti pubblici di vario tipo²⁷. La definizione di «servizi non economici di interesse generale» è desumibile dalla c.d. Direttiva Bolkenstein 2006/123/CE, tesa ad assicurare la libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi nel mercato interno e recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59. La direttiva estende il proprio campo di applicazione anche ai servizi d'interesse economico generale, ossia prestati dietro corrispettivo economico (se pur soggetti a obblighi di servizio che possono render necessario agire al di fuori delle mere logiche di mercato, con rischio di mancata copertura dei costi), escludendo, appunto, quei servizi che, se pur di interesse generale, non sono economici, perché erogati in assenza di una remunerazione. L'aspetto remunerativo (che comunque non coincide con il profitto) sembra dunque l'elemento discriminante.

In tal senso il diritto UE ridisegna i confini tra le diverse attività di interesse generale (economico e non) ai fini dell'applicabilità o meno di una determinata disciplina di mercato, ma sembra invitare gli Stati ad individuare tali servizi in prospettiva dinamica, ossia sulla base delle caratteristiche intrinseche dell'attività e del contesto sociale e giuridico nel quale deve essere esercitata. Le indicazioni provenienti dall'ordinamento UE lasciano comunque ampio spazio di manovra agli Stati membri nel decidere quali servizi ritenere d'interesse generale²⁸, con

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».

²⁷ Si veda l'art. 1, del Protocollo n. 26 sui Servizi di interesse generale: «I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea comprendono in particolare:

- il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale i 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. 2: «Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, commissionare ed organizzare servizi di interesse generale non economico».

Si veda altresì il *Libro Verde* della Commissione in cui, ai punti 23 e 24, si rileva come le autorità pubbliche affidino sempre più le prestazioni di servizi di interesse generale «ad imprese pubbliche o private o a partenariati pubblico-privati (PPP), limitandosi alla definizione degli obiettivi pubblici, al monitoraggio, alla regolamentazione e, se del caso, al finanziamento di quei servizi»; ciò non significa che la pubblica amministrazione debba rinunciare «al ruolo di garante del conseguimento degli obiettivi di interesse generale: con gli opportuni strumenti di regolazione, le autorità pubbliche dovrebbero poter elaborare politiche nazionali, regionali e locali nel settore dei servizi di interesse generale e garantirne l'attuazione».

²⁸ Si veda art. 14 TFUE nonché la Comunicazione della Commissione su *I servizi d'interesse generale in Europa*, COM (2000) 580 def., 20 settembre 2000, laddove si sancisce espressamente la neutralità dei servizi di interesse generale rispetto al regime di proprietà pubblica o privata delle imprese e la libertà degli Stati membri di individuare i

conseguente loro sottoposizione, pur nel rispetto di un generale criterio di proporzionalità, ad obblighi di servizio pubblico (quali la perequazione tariffaria o il raggiungimento di predeterminati standard di qualità) che fuoriescono da una logica di convenienza economica, nonché, qualora si tratti di servizi di interesse economico, a tutte le norme del Trattato relative alla concorrenza e al mercato interno per quanto compatibili e, dunque, nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento della specifica missione affidata al servizio stesso.

Dal quadro così parzialmente tracciato sembra emergere, pur nella complessità del tema e nella molteplicità delle fonti di riferimento, l'assenza di drastiche incompatibilità tra la più tradizionale nozione di servizio pubblico adottata nell'ordinamento italiano e la "visione" europea. Da un lato, quest'ultima, pur richiedendo agli ordinamenti nazionali una maggior permeabilità degli istituti all'analisi economica del contesto giuridico in cui operano, non pare ignorare gli imperativi di interesse generale e sociale²⁹. Dall'altro lato, la nozione interna di servizio pubblico in senso oggettivo contiene in sé la radice dell'attuale nozione di servizio d'interesse generale, facendovi convivere elementi solidaristici e elementi imprenditoriali, a prescindere dalla riconducibilità dell'attività ad un soggetto pubblico o privato.

I principi fondamentali che regolano l'erogazione del servizio pubblico permangono nell'ordinamento interno e si ritrovano inalterati anche nel diritto UE; qualità, accessibilità, trasparenza, partecipazione, responsabilità, universalità e continuità, convergono sull'obiettivo di coesione sociale comune alla cultura giuridica europea nel suo complesso³⁰.

La tendenza espressa dall'ordinamento dell'Unione sembra quindi ridurre la rilevanza dell'elemento soggettivo a fini qualificatori: si pensi ai grandi servizi pubblici a rete che, conservando la loro funzione legata al soddisfacimento di bisogni avvertiti come primari, si

servizi che ritengono di interesse generale, pur nel rispetto di un principio di proporzionalità che impone di non introdurre limiti superflui alla competizione economica.

²⁹ Cfr. E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, cit., 39, per il quale l'Unione Europea «con la saggia distinzione tra servizi di interesse generale economico e non economico, con l'individuazione dei caratteri del servizio universale, e con la previsione degli obblighi di servizio pubblico, sembra aver trovato un giusto punto di equilibrio tra l'economia del privato e le esigenze della sussidiarietà e solidarietà collettive».

³⁰ Si veda R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 1, 2000, 41, il quale, in generale, mette in luce il ruolo dei principi nell'interpretazione della non organica disciplina giuridica dei servizi pubblici: principi, a partire da quelli di uguaglianza, imparzialità, trasparenza, proporzionalità, continuità e diritto di scelta, frutto degli studi dottrinali compiuti sulla nozione di servizio pubblico e poi accolti nel diritto positivo e che hanno contribuito ad individuare la disciplina del servizio stesso e delle sue forme di gestione.

pongono come oggettivamente pubblici (e per ciò assoggettati a una stringente regolazione) a prescindere dalla loro privatizzazione³¹.

Ciò detto, la nozione interna di servizio pubblico continua comunque ad essere frutto di un contemperamento tra la concezione soggettiva e oggettiva, sicché un servizio può dirsi pubblico se si rivolge al pubblico³², soddisfa bisogni ritenuti fondamentali ed è assunto come doveroso da un soggetto pubblico nel perseguimento di un generico sviluppo sociale e civile, quand'anche materialmente gestito da un privato³³. L'idea richiama quindi la finalizzazione all'interesse collettivo ma richiede altresì quella che non è più una riserva in capo ai pubblici poteri bensì, in una visione attualizzata della concezione soggettiva, l'assunzione del servizio tra i fini istituzionali e le competenze di un soggetto pubblico³⁴.

In questa relazione tra nozione soggettiva e oggettiva, può intendersi anche la "definizione" legislativa di servizi pubblici locali di cui all'art. 112 d. lgs. n. 267 del 2000, cit. laddove affiorano elementi dell'una e dell'altra: al co. 1, infatti, disponendo che «gli enti locali, nell'ambito delle loro rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni e di attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali», si trova una soluzione di sintesi tra il carattere politico

³¹ Sul punto si veda F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete*, Torino, 2005, 29 ss.

³² Cfr. Cons. St., sez. V, 16 dicembre 2004, n. 8090, per cui è irrilevante la fruizione *uti singuli* o *uti universi* del servizio ai fini della sua qualificazione in termini di servizio pubblico, a condizione che l'attività sia rivolta alla produzione di beni e utilità volte a soddisfare esigenze sociali.

³³ A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. Amm.*, 2007, 79, secondo cui la nozione soggettiva ed oggettiva di servizio pubblico si pongono sempre in rapporto di mutua implicazione e il fattore che differenzia il servizio pubblico, da una attività anche oggettivamente analoga, è la valutazione effettuata dalla pubblica Amministrazione sulla "doverosità" del porre tale servizio a disposizione dei cittadini. Momento fondamentale delle vicende di un servizio pubblico è, infatti, quello in cui l'Ete politico assume su di sé la titolarità del compito-servizio. Anche alla luce dell'ordinamento europeo, quindi, la decisione (discrezionale) di assumere in carico all'Amministrazione un certo servizio per meglio incontrare le esigenze della collettività territoriale è il perno su cui ruota tutta la nozione di servizio pubblico.

³⁴ Si veda quanto messo in luce da A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. PERICU - A. ROMANO - V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 32 ss., che sottolinea come la stessa contrapposizione tra servizio pubblico in senso oggettivo e in senso soggettivo sia fuorviante poiché, se non ci si limita a considerare il solo aspetto della gestione, esercizio o erogazione del servizio – nel quale effettivamente il carattere pubblico del soggetto gestore è solo un elemento accidentale – l'una accezione implica l'altra. Infatti, se è la legge a dover istituire un servizio pubblico, o a imporre o consentire ad un ente l'istituzione di questo, ciò appare sufficiente a far sì che l'interesse pubblico che il servizio soddisfa si soggettivizzi nella personalità giuridica dell'ente pubblico stesso, il quale detiene, così, una vera e propria titolarità in senso giuridico del servizio che gli è stato demandato; in questo senso, ossia per ciò che concerne la titolarità del servizio, la nozione in senso oggettivo non può essere disgiunta da quella in senso soggettivo.

della scelta di assunzione del servizio e lo scopo di soddisfare in modo continuativo esigenze della collettività³⁵.

L'organizzazione dei servizi pubblici individua quindi tre momenti giuridici consequenziali: l'individuazione e assunzione del servizio, costituita da una decisione sostanzialmente politica con la quale si sceglie di assicurare alla collettività la cura di un certo interesse e, constatata l'insufficienza del mercato e dei suoi meccanismi a garantire determinati livelli di prestazione, la pubblica amministrazione si assume la responsabilità del servizio, immettendo risorse. Seguono la programmazione e regolazione, necessarie per attuare in concreto principi e obiettivi che muovono l'assunzione del servizio stesso; la gestione che, in ottica di sussidiarietà orizzontale, favorisce il coinvolgimento delle imprese private accanto a quelle pubbliche e, infine, lo svolgimento in concreto del servizio, ossia l'erogazione di una determinata e spesso complessa prestazione agli utenti con i quali s'instaura un rapporto di tipo obbligatorio, fornendo utilità la cui produzione e distribuzione deve essere organizzata, a prescindere dalla natura del soggetto erogatore, in forma imprenditoriale, così che il servizio, oltre ad essere offerto al pubblico, "viva" anche sul mercato, tendendo a finanziarsi il più possibile su di esso – ossia tramite i ricavi derivanti dai pagamenti che, in base alle tariffe prefissate, gli utenti effettuano come corrispettivo delle prestazioni ricevute - seguendo una logica che conduca ad un tendenziale equilibrio finanziario tra prestazioni e corrispettivi³⁶. I caratteri descritti, sulla linea delle precedenti elaborazioni teoriche, differenziano allora il servizio pubblico da una qualsiasi altra attività economica che, al contrario, non possa qualificarsi come tale, non tanto per un diverso oggetto quanto, fondamentalmente, per la sua doverosità³⁷.

L'indeterminatezza della nozione, associata all'assenza di un'organica disciplina generale in materia, può rendere effettivamente complesso individuare le norme applicabili ad un determinato servizio pubblico e, talvolta, financo individuare se un'attività debba considerarsi o meno come tale, stante l'inevitabile variabilità nel tempo di ciò che una società considera bisogni essenziali e

³⁵ F. FIGORILLI, *I servizi pubblici*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 638 ss.

³⁶ A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 17 ss..

³⁷ Sul punto R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, 46 ss.

interessi fondamentali. Tranne i casi della sanità e dell'istruzione³⁸, la natura dinamica ed evolutiva della nozione non rende possibile redigere un elenco tassativo degli ambiti ad essa ascrivibili.

In questo contesto, le modalità di affidamento del servizio a terzi rappresentano una delle questioni più spinose, stante la stringente normativa dettata in materia di concessioni, risalente forma di gestione esternalizzata dei pubblici servizi³⁹, il cui nucleo fondamentale si identifica tradizionalmente «in quelle ipotesi in cui l'amministrazione attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a beni pubblici (demaniali e patrimoniali indisponibili) oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi o di realizzare opere pubbliche o di compiere l'una e l'altra cosa insieme (costruzione dell'opera ed esercizio del servizio a cui l'opera è destinata)»⁴⁰.

Oggi, a seguito della disciplina introdotta a livello europeo, specialmente tesa alla creazione di un mercato unico, aperto, concorrenziale e privo di discriminazioni, in cui sono collocati sullo stesso piano gli attori pubblici e quelli privati e in cui si ricercano principi e regole comuni per rendere imparziale, trasparente e omogeneo il rapporto tra operatori economici, amministrazioni pubbliche, utenti consumatori e soggetti finanziatori, pur nel rispetto delle scelte organizzative degli Stati membri ma in un'ottica di armonizzazione, le concessioni di lavori e servizi e le loro modalità di affidamento trovano un'unitaria cornice normativa nel Codice dei Contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche.

La disciplina codicistica si applica in via generale a tutti i tipi di concessione, con due eccezioni: ai sensi dell'art. 164, co. 3, non rientrano nell'ambito di applicazione della Parte III del Codice, dedicata nello specifico ai contratti di concessione, i servizi non economici d'interesse generale e, ai sensi dell'art. 164, co.1, ne sono esclusi gli atti amministrativi di "nulla osta" all'attività economica privata che si svolga anche mediante l'utilizzo di impianti o altri immobili pubblici, trattasi di tutti quei provvedimenti che, pur nominalmente definiti concessori, sono in realtà autorizzazioni o titoli

³⁸ Settori in relazione ai quali non mancano le incertezze di qualificazione in ordine all'inquadramento come servizi di interesse economico generale o di interesse non economico ai sensi del diritto UE e sui quali ha provato a far chiarezza, ma senza particolare successo, la Commissione (si veda COM (2006) def. 177, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali di interesse generale nell'Unione europea*).

³⁹ In tema si può rinviare in generale, *ex multis*, a F. G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Rimini, 1988, 27 ss.

⁴⁰ D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, cit., 282.

abilitativi all'esercizio di attività economiche per le quali sia necessario un preventivo assenso all'esercizio da parte dell'amministrazione⁴¹.

Per valutare l'applicabilità o meno della disciplina codicistica in materia di concessioni, specie riguardo alle procedure di scelta del contraente, occorre quindi esaminare l'oggetto del titolo amministrativo e la riconducibilità dell'attività in questione a un servizio pubblico piuttosto che ad un'attività privata a libera iniziativa economica, se pur regolamentata. Il *nomen iuris* del provvedimento, così come indicato in testi normativi spesso datati e non aggiornati, potrebbe infatti condurre a conclusioni fuorvianti sull'applicazione del Codice⁴².

3. L'assunzione del (potenziale) servizio come scelta politica e la "doverosità variabile"

Se la ritenuta doverosità del servizio pubblico costituisce il primario elemento di individuazione *ex post* e se tale doverosità si fonda su una precedente valutazione di tipo politico che, tendenzialmente, dovrebbe trovare riscontro in una disposizione, generalmente di livello legislativo, è in tale prospettiva che occorre sindacare se una determinata attività presenti i caratteri propri del servizio pubblico.

La Corte prova quindi a ricostruire la volontà del legislatore per desumere la doverosità dell'attività: in carenza di tale caratteristica, la stessa, anche se assoggettata a forme di programmazione, regolazione e controllo, resta "mera" attività d'impresa privata. La tecnica

⁴¹ Nei termini di cui sopra F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Dike Giuridica, 2017, 696 ss., laddove sull'ultimo punto si osserva che, tuttavia, risulta difficile individuare un atto abilitativo all'esercizio di un'attività economica e, dunque, un provvedimento autorizzatorio, quando il provvedimento in questione dia anche accesso all'utilizzo di beni o di impianti pubblici. In tal senso, valido criterio di riferimento pare essere legato ad una valutazione sul profilo qualitativo: si potrà parlare di concessione quando l'aspetto di fruizione del bene pubblico risulti preponderante rispetto alla rimozione dell'ostacolo giuridico all'esercizio dell'attività economica. Tale valutazione non si renderà necessaria per le attività svolte in regime di monopolio, in cui è evidente che l'assenso all'ingresso del privato in un mercato chiuso assegna di fatto un bene immateriale, ovvero la porzione di sfruttamento esclusivo delle contrattazioni commerciali.

⁴² Fermo restando il potere giudiziale di corretta riqualificazione del provvedimento: Cons. Stato, Sez. IV, 7 dicembre 2015, n. 5570.

argomentativa muove dalla ricostruzione del quadro giuridico nel suo complesso, dal quale desumere l'intento del legislatore⁴³.

Con D.P.R. 14 gennaio 1972, n. 5 le funzioni amministrative esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato in materia di tranvie e linee automobilistiche d'interesse regionale furono trasferite alle Regioni ordinarie, ricomprendendo, tra «i pubblici servizi tranviari», anche «le funicolari terrestri ed i servizi esercitati con funivie di ogni tipo» (art. 1). La disciplina del trasporto mediante impianti funiviari non terrestri, ossia tramite funivie, seggiovie, cabinovie, sciovie e altri analoghi impianti di risalita, è dunque affidata alla competenza delle regioni (e delle province autonome).

Le diverse leggi regionali in materia qualificano come “servizio pubblico” il trasporto di persone mediante impianti funiviari, senza specificazioni e distinzioni tra impianti finalizzati a soddisfare esigenze di trasporto generale e impianti indirizzati a finalità turistico-sportive. L'esercizio degli stessi impianti è soggetto a un provvedimento definito di concessione (concessione di linea o concessione per la costruzione e l'esercizio), esclusivamente legato alla realizzazione e gestione degli impianti di risalita, in quanto l'apprestamento delle piste da sci è soggetto ad un diverso provvedimento autorizzatorio. Tendenzialmente, con l'approvazione del progetto e la dichiarazione di pubblica utilità e urgenza, il concessionario ha la potestà di chiedere la costituzione coattiva di servitù qualora non abbia la disponibilità dei terreni interessati dall'impianto e, al rilascio della concessione segue anche il rilascio di un'autorizzazione per l'apertura al pubblico, previa le verifiche e prove funzionali volte ad accertare che sussistano le necessarie condizioni perché il servizio possa svolgersi con sicurezza e regolarità⁴⁴.

⁴³ Utilizzando l'argomento sistematico e teleologico: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI (a cura di), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Vol. I, tomo 2, Milano, 1980, rispettivamente pagg. 375 e 370.

⁴⁴ Si vedano in proposito l. r. FRIULI VENEZIA GIULIA 24 marzo 1981, n. 15, recante «disciplina degli impianti a fune in servizio pubblico per il trasporto di persone e delle piste da sci»; l. r. LAZIO 9 settembre 1983, n. 59, recante «disciplina in materia di funivie, sciovie e slittovie, piste per la pratica dello sci e relative infrastrutture», dalla quale sembra emergere la volontà di assumere come vero e proprio servizio pubblico il trasporto a mezzo di tutti gli impianti a fune ivi disciplinati, in particolare perché si riserva alla competente autorità pubblica il potere di iniziativa per la localizzazione e installazione degli impianti (art. 5); legge Provincia autonoma di TRENTO 21 aprile 1987, n. 7, che considera in servizio pubblico tutte le linee funiviarie ad eccezione di quelle ad uso privato e di quelle realizzate «mediante impianti scioviari di tipo spostabile, leggero, ad uso esclusivo e gratuito per lo sci agonistico» (art. 8); l. r. PIEMONTE, 14 dicembre 1989, n. 74, che «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» (art. 1); l. r. TOSCANA 13 dicembre 1993, n. 93, dalla quale sembra emergere, anche in questo caso (ma, si precisa, dalla lettura della sola legge regionale) una più evidente volontà di inquadrare gli

In questo contesto è comunque possibile distinguere due fattispecie di trasporto a fune, se pur disciplinate congiuntamente ed entrambe assoggettate al rilascio di una concessione: gli impianti a fune esclusivamente volti al trasporto di persone a fini di collegamento (tra strade, ferrovie e centri abitati o tra centri stessi) e impianti a fune volti al trasporto di persone per praticare sport invernali su neve o per fini escursionistici.

La distinzione è desumibile anche dall'art. 113, d.lgs. n. 267 del 2000, cit., che esclude dal proprio ambito di applicazione in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali il settore del trasporto pubblico locale, e specificamente gli impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitata in aree montane (co. 2 *bis*). Nonostante si possa evidenziare una distinzione tra impianti di trasporto a fune per mobilità turistico-sportiva e impianti di trasporto pubblico locale, si potrebbe comunque dedurre che gli stessi sono ascritti al *genus* dei servizi pubblici a rilevanza economica, visto l'oggetto della disposizione normativa in esame.

Vista la coincidenza, a livello locale, tra la nozione di servizio d'interesse economico generale e quella di servizio pubblico locale di rilevanza economica⁴⁵, si tratta di comprendere, alla luce delle

impianti funzionalmente adibiti a piste nel novero di un vero e proprio servizio pubblico di trasporto (si vedano artt. 14 e 15) in quanto il procedimento di rilascio della concessione per la costruzione e l'esercizio sembra maggiormente improntato ad una logica di *affidamento* del servizio all'esito di una valutazione comparativa delle domande pervenute a seguito di avviso pubblicato sul Bollettino ufficiale della Regione: anche in questo caso, quindi, l'iniziativa proviene dall'amministrazione e non dal privato, il che sembrerebbe far ricondurre il provvedimento in questione proprio alla tradizionale concessione amministrativa finalizzata all'esternalizzazione di un servizio di competenza della pubblica amministrazione; l. r. VENETO 21 novembre 2008, n. 21, recante «disciplina degli impianti a fune adibiti a servizio pubblico di trasporto, delle piste e dei sistemi di innevamento programmato e della sicurezza nella pratica degli sport sulla neve» (si vedano specialmente artt. 18 e ss.); l. r. MARCHE 22 ottobre 2001, n. 22, in relazione alla quale sembra interessante citare proprio l'*incipit* di cui all'art. 1, commi 1 e 2, laddove si specifica che la Regione «promuove lo sviluppo delle zone montane delle Marche, favorendo la realizzazione, la riqualificazione, il potenziamento e l'ammodernamento degli impianti di risalita adibiti al trasporto pubblico di persone, delle piste da sci, dei sistemi di innevamento programmato e delle strutture ad essi connesse. 2. La Regione riconosce, quale servizio pubblico di interesse generale, l'attività svolta dai gestori delle opere di cui al comma 1 per l'esercizio degli sport invernali e per lo sviluppo del turismo»; l. r. ABRUZZO 8 marzo 2005, n. 24, che, in generale, non richiede il rilascio di una concessione ma solo di una *autorizzazione* alla realizzazione e all'esercizio per «le linee funiviarie o assimilate in servizio pubblico» (art. 7) e, all'art. 1, sancisce che: «la Regione Abruzzo riconosce la funzione sociale ed il valore della pratica non agonistica degli sport invernali da discesa e da fondo quali strumenti di benessere individuale e collettivo, di incontro e di conoscenza tra soggetti e collettività e tra soggetti e ambiente circostante, di miglioramento degli stili di vita, di valorizzazione delle località montane e delle aree protette e di impulso allo sviluppo economico delle stesse. 2. A tal fine la Regione individua nell'esercizio del trasporto pubblico effettuato a mezzo di impianti funiviari, o a questi assimilabili, attività di pubblica utilità e di interesse generale. 3. I sistemi di trasporto pubblico, attuati con le modalità di cui al precedente comma 2, posseggono le caratteristiche proprie dei servizi pubblici di trasporto regionale e locale»; l.r. VALLE D'AOSTA 18 aprile 2008, n. 20.

⁴⁵ Corte Costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325, ha messo in luce come la nozione di servizio di interesse economico generale di cui agli artt. 14 e 106 TFUE, ove limitata all'ambito locale, ha «contenuto omologo» a quella di servizio pubblico locale di rilevanza economica. A commento, P. SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, 4654; A.

indicazioni sovranazionali, se la gestione degli impianti in questione rientri nel perimetro di tali qualificazioni.

La Commissione europea è intervenuta in materia, con riferimento agli aiuti di Stato, distinguendo tra impianti a fune destinati al trasporto di persone e merci a fini di collegamento urbano, che rispondono a esigenze di mobilità generale, e impianti di risalita destinati alla pratica di sport invernali in stazioni turistiche⁴⁶.

Per distinguerli occorre tener conto di molteplici elementi quali, ad esempio, l'ubicazione degli impianti, gli orari di funzionamento, il numero di utenti. In ogni caso, secondo la Commissione, gli impianti a fune finalizzati ad un'attività sportiva non forniscono un servizio di interesse economico generale, in quanto non soddisfano alcuna esigenza fondamentale per la popolazione (considerazione dalla quale emerge la concezione oggettiva di matrice europea), essendo piuttosto finalizzati a generare profitti tramite l'attività sportiva, tanto che le stesse tariffe richieste agli utenti per utilizzare il servizio testimoniano il suo carattere non essenziale. Ancorché sia rimesso agli Stati membri definire quali servizi siano di interesse economico generale, la nozione non può estendersi ai servizi che presentano carattere eminentemente commerciale e che non rispondono ad esigenze generali e fondamentali. Non osta a tale affermazione la subordinazione dello svolgimento dell'attività al rilascio di un previo provvedimento permissivo⁴⁷.

Anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, elaborata in materia catastale, esclude gli impianti di risalita al servizio delle piste da sci o per l'escursionismo dall'ambito dei mezzi pubblici di trasporto, ritenendole strutture di natura e finalità commerciali⁴⁸.

Gli impianti in esame non sarebbero quindi qualificabili come servizio pubblico, siccome destinati a un'attività non ritenuta fondamentale, subordinata al più ad una autorizzazione, intesa 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, 4645.

⁴⁶ Comunicazione 2002/C 172/02.

⁴⁷ Comunicazione 2002/C 172/02, cit. parr. § 17 e 41- 43.

⁴⁸ Cass. civ., sez. V, 13 giugno 2020, per cui è irrilevante che l'impianto consenta anche l'accesso a soggetti non muniti di sci e resti in funzione anche nel periodo estivo per consentire escursioni o percorsi alpini, laddove non è immutato l'utilizzo per finalità ludico-sportive e non per esigenze di mobilità generale; e ancora Cass. civ., 13 luglio 2020, per cui non sussiste il presupposto del classamento come "mezzo pubblico di trasporto" perché gli impianti a fune funzionali al servizio di piste sciistiche sono soliti avere destinazione esclusivamente commerciale connessa al soddisfacimento di fini ricreativi, sportivi o turistico-escursionistici. Nello stesso senso anche Cass. civ., ord. n. 5070 e 5076 del 2019; nonché le pronunce richiamate nella sentenza in commento al paragrafo 2.4: Cass. civ., sez. VI, ordinanze 30 gennaio 2018, n. 2206; 6 ottobre 2017, n. 23478; 20 gennaio 2017, n. 1142; sent. 24 febbraio 2015, n. 3733.

tutelare gli interessi pubblici coinvolti, quali l'ambiente, la salute e la sicurezza pubblica. Il corrispondente potere dell'ente locale riguarda quindi la programmazione dell'uso del suolo e il controllo sullo svolgimento di attività economiche private potenzialmente pericolose.

La Corte costituzionale giunge a questa conclusione, pur non escludendo in modo assoluto l'attività di trasporto funiviario in esame dalla nozione di servizio pubblico. La sentenza si concentra piuttosto sul potere di scelta di Regioni e Province autonome riguardo alla qualificazione della stessa attività e all'"assunzione" del servizio quale indispensabile elemento soggettivo della nozione⁴⁹.

La qualificazione della stessa attività in termini di servizio pubblico deve desumersi dall'analisi complessiva del contesto normativo di riferimento: se tale volontà non emerge, la sola previsione del termine "concessione" non determina l'automatica qualificazione della fattispecie in termini di concessione di servizi ai sensi del Codice dei contratti pubblici.

La scelta di quali interessi perseguire in termini di servizio pubblico per garantire obiettivi di sviluppo sociale e civile conserva dunque carattere politico e la qualificazione come tali «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 assunta in proprio, ovvero attraverso affidamenti cosiddetti *in house*, o ancora delegandone l'esercizio a imprese private mediante contratti di concessione»⁵⁰. Invero le "responsabilità" conseguono alla scelta della forma di gestione, ma la Corte intendeva chiarire le possibili conseguenze dell'assunzione di una determinata attività come servizio pubblico.

Se l'attività in questione non è da considerarsi un pubblico servizio e se i relativi provvedimenti ampliativi sono ad effetto autorizzatorio, non rientrando in quanto tali nell'applicazione della Parte III del Codice dei contratti pubblici ai sensi del citato art. 164, occorre domandarsi se agli stessi si applichino le disposizioni di cui al d.lgs. n. 59 del 2010, attuativo della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno. La Direttiva UE da cui origina l'art. 164 del Codice in esame, infatti, prevede espressamente che nel caso di atti dello Stato membro non configurabili come

⁴⁹ Sull'assunzione del servizio pubblico, cfr. F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010 e in *Astrid*, spec. 14 ss. con riferimento all'obbligo per l'ente locale di "giustificazione" della scelta; G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 9 ss.

⁵⁰ Sentenza in commento, § 4.4.

concessioni di servizi si applichi appunto la c.d. direttiva Bolkestein del 2006, che mira alla rimozione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi negli Stati membri⁵¹.

Il decreto legislativo di recepimento n. 59 del 2010, cit. considera “servizio” qualsiasi prestazione, anche a carattere intellettuale, svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e, normalmente, dietro retribuzione, precisando che i servizi non economici non costituiscono servizi ai sensi del decreto e che i servizi d’interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva, anche se svolti da soggetti privati che operino sotto il controllo di un soggetto pubblico, sono esclusi dal suo ambito applicativo⁵². Ai servizi disciplinati dal decreto si applica il principio della libertà di accesso e di esercizio, espressione della libertà di iniziativa economica: non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie ed eventuali «regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni» contenuto nel medesimo decreto⁵³. L’accesso e l’esercizio delle attività in questione può quindi essere subordinato solo a condizioni non discriminatorie, chiare e inequivocabili, oggettive, predeterminate, pubbliche, trasparenti e accessibili, giustificate da un motivo d’interesse generale e commisurate all’obiettivo di salvaguardia di tale interesse.

Nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti devono esperire una procedura di selezione tra i candidati potenziali, assicurando la predeterminazione e pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l’imparzialità e la trasparenza. In questi 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»⁵⁴.

La disciplina interna esclude dalle liberalizzazioni ivi disciplinate solo i servizi di trasporto primariamente caratterizzati dal garantire esigenze di spostamento da un luogo a un altro⁵⁵;

⁵¹ Considerando n. 14 della direttiva 2006/123/CE. Cfr. S. D’ACUNTO, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto* (con prefazione di Frits Bolkestein), Milano, 2009.

⁵² Art. 2, co. 1, lett. c), d. lgs. n. 59 del 2010, cit.

⁵³ Art. 14, co. 1, d. lgs. n. 59 del 2010, cit.

⁵⁴ Art. 12 Direttiva 2006/123/CE, cit.

⁵⁵ Art. 6, d. lgs. n. 59 del 2010, cit.

dovrebbero quindi rientrarvi i servizi di trasporto che perseguono altre finalità, come quelle turistico-ricreative. Il servizio si qualificherebbe quindi come attività commerciale d'impresa privata diretta a soddisfare primariamente esigenze turistico-sportive di una determinata località e a generare profitti per l' esercente, con la precisazione che una procedura di selezione si rende comunque necessaria allorquando l'esercizio degli impianti debba avvenire su suolo pubblico limitato per la scarsità delle risorse naturali a disposizione⁵⁶.

La Corte sottolinea che, per quanto la questione non abbia rilievo dirimente ai fini della decisione sottoposta alla sua attenzione, resta fermo l'obbligo della Provincia di indire procedure ad evidenza pubblica in relazione ai provvedimenti concessori di terreni demaniali o comunque di proprietà pubblica⁵⁷.

Il giudice costituzionale suggerisce un futuro diverso profilo di censura, non potendolo ricavare direttamente dall'ordinanza di rimessione, in quanto "estraneo all'orizzonte decisionale del giudizio *a quo*"⁵⁸. Nonostante nel giudizio *a quo* non fosse in discussione la legittimità del provvedimento di concessione demaniale presupposto, mai impugnato nei termini di legge, questo avrebbe potuto essere sindacato in relazione all'art. 12 della direttiva 2006/123/UE, cit. Tale ultima disposizione impone infatti il ricorso a procedure di selezione tra più candidati potenziali qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività di fornitura di servizi dietro retribuzione da parte di un operatore economico privato sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali,

⁵⁶ L'attività di gestione degli impianti a fune volto all'esercizio di un'attività sportiva, rappresentando un'attività economica privata che, per motivi imperativi di interesse generale, è assoggettata ad un regime di autorizzazione preventiva, costituisce a tutti gli effetti un "servizio" ai sensi della direttiva Bolkestein e del d.lgs. n. 59 del 2010, cit. Allorquando la costruzione e gestione dell'impianto inerisce a beni pubblici, l'attività deve essere quindi limitata per la scarsità delle risorse naturali utilizzabili e il relativo titolo autorizzatorio deve essere rilasciato a seguito di una procedura di selezione: cfr. 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; ID., *Trasporto a fune: servizio pubblico o attività economica privata?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013.

⁵⁷ Cfr. ad esempio Cons. St., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1552: per l'affidamento a terzi di beni pubblici suscettibili di produrre utilità economiche, occorre una procedura comparativa di evidenza pubblica, anche perché l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a privati (e persino ad enti pubblici) è subordinata dalla normativa dell'art. 12, l. 7 agosto 1990, n. 241, alla predeterminazione di criteri e modalità, cui le Amministrazioni si debbono attenere, sì da evitare ingiustificati privilegi o discriminazioni e per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa e la parità di trattamento.

⁵⁸ Sulla "sufficiente determinazione del parametro" del giudizio da parte del giudice *a quo*, cfr. C. PINELLI, *L'individuazione dei parametri costituzionali ed il controllo sulla non manifesta infondatezza della questione*, in *Dir. pen. contemp.*, 2016, ed ivi i richiami alla giurisprudenza costituzionale, ferma nel senso che "i termini della questione ed i parametri in base ai quali si compie la verifica di costituzionalità non possono essere altri che quelli indicati dal giudice rimettente, rimanendo perciò estranee al giudizio le altre censure prospettate dalla parte. E tale conclusione riguarda sia le eccezioni da questa sollevate nel giudizio *a quo* e non recepite nell'ordinanza di rimessione, sia le successive estensioni o modificazioni del *thema decidendum*".

come avviene allorché l'attività economica da autorizzare sia destinata ad essere esercitata su un bene demaniale o comunque appartenente al patrimonio indisponibile di un ente pubblico, stante il fatto che, nel caso di specie, l'impianto oggetto di controversia insisteva proprio su un terreno del patrimonio indisponibile della Provincia (foresta) concesso senza il previo esperimento di alcuna procedura ad evidenza pubblica⁵⁹.

La ritenuta non fondatezza della questione di legittimità costituzionale della legge provinciale riguardo ai principi desumibili dalla direttiva 2016/23/UE e della Parte III del Codice non esclude pertanto la necessità di rispettare i principi previsti da altre discipline del diritto UE e nazionale prevalenti sulle competenze provinciali, tra i quali quelli di cui alla citata direttiva Bolkestein, allorché l'impianto insista su terreni demaniali o appartenenti al patrimonio indisponibile, nonché quelli in materia di aiuti di Stato, ai quali resta subordinata la legittimità dei finanziamenti pubblici riconosciuti alle imprese esercenti impianti ad uso sportivo o turistico-ricreativo⁶⁰.

La necessaria procedura a evidenza pubblica sarebbe dunque relativa alla concessione di bene pubblico e non alla concessione di servizio, attesa l'insussistenza della seconda fattispecie in ragione delle valutazioni espresse dall'ente locale. Si tratta di lettura che rimette interamente alla valutazione politica dell'ente territoriale l'assunzione a servizio pubblico di determinate attività, consentendo una diversa configurazione e determinazione della consistenza dell'interesse pubblico e dei diritti dei destinatari all'erogazione delle corrispondenti prestazioni. Basti pensare, a titolo di esempio, che la stessa attività in questo caso considerata d'impresa, nella Regione Lazio è stata invece considerata servizio pubblico locale, assoggettata come tale a specifica programmazione regionale che disciplina la stessa localizzazione degli impianti e a un espresso potere d'iniziativa degli enti locali in materia⁶¹. La Corte esclude recisamente l'applicazione di tali principi per "diversi ordinamenti territoriali" che hanno invece regolato il procedimento concessorio dell'esercizio di impianti a fune sul presupposto dell'iniziativa di un privato.

E ancora, ammesso che l'ente locale consideri in termini di servizio pubblico la stessa attività, diversa sorte avrebbe il relativo inquadramento nell'ambito del servizio di trasporto pubblico locale o nel servizio di gestione di impianti sportivi. La giurisprudenza amministrativa ha seguito tale

⁵⁹ Sentenza in commento, § 4.6.

⁶⁰ Sentenza in commento, § 5.

⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171, in *Riv. Neldiritto*, 2015, 1052, riferita alla legge della Regione Lazio 9 settembre 1983, n. 59.

seconda operazione ermeneutica enfatizzando l'importanza dello sport come interesse pubblico, ma in tal caso l'affidamento a terzi della gestione di un impianto sciistico (e per assimilazione di un impianto a fune finalizzato alla pratica dello sport) deve inquadrarsi nella fattispecie della concessione di pubblico servizio solo qualora si tratti di impianto di proprietà pubblica⁶². Non solo quindi l'ente locale dispone di scelta sulla qualificazione dell'attività e sulla eventuale assunzione del servizio pubblico, ma ne individua il regime giuridico in ragione dell'interesse pubblico ritenuto preminente (trasporto o pratica sportiva).

Ne discende una rivalutazione della scelta politica della singola amministrazione, secondo la disciplina sovranazionale che consente una diversa modulazione dell'interesse pubblico e conforma di conseguenza i poteri dell'ente pubblico, da titolare del servizio a regolatore di attività d'impresa privata. La giustificazione della scelta è difficilmente censurabile, sottratta al sindacato del giudice amministrativo se assunta in via legislativa o comunque sfuggente, se espressa mediante atto normativo o atto amministrativo generale⁶³. La medesima scelta è destinata a resistere altresì a possibili censure di costituzionalità per irragionevolezza della legge⁶⁴, come testimonia la sentenza in esame, sensibile all'espressione di autonomia politica degli "ordinamenti locali".

⁶² T.a.r. Lazio, Sez. II, 22 marzo 2011, n. 2538, richiamata da L. GIZZI, *loc. cit.*

⁶³ Da ultimo, sulla nozione di atto politico, Cons. Stato, Sez. I, parere 19 settembre 2019, n. 2843. Ai sensi dell'art. 3, co. 2, L. n. 241 del 1990 "La motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale". Sugli atti amministrativi generali, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. COCCONI, *L'obbligo della motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 707 ss. Cfr. anche Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1209, con nota di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*.

⁶⁴ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, (ad vocem), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 341 ss. ed ivi riferimenti al vizio di eccesso di potere legislativo; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, (ad vocem), in *Enc. dir.*, Agg., I, Milano, 1997, 901 ss.; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, (ad vocem), in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, Roma, 2005, 10 ss. Sulla "motivazione" della legge, V. CRISAFULLI, *Sulla motivazione degli atti legislativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1937, 415 ss.; più recentemente M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, *passim*.