

La Corte costituzionale ha ritenuto non fondati i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 45 della legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 10 del 2018, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., agli artt. 30 e 164, comma 2, cod. contratti pubblici, e all'art. 117, primo comma, Cost., e agli artt. 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE, nella parte in cui, prevedendo che le concessioni e i relativi rinnovi rilasciati prima dell'entrata in vigore della legge medesima si configurano come provvedimenti autorizzatori, consente che le concessioni degli impianti a fune vengano rilasciate su richiesta dell'interessato senza alcuna procedura ad evidenza pubblica.

Corte costituzionale, sentenza 29 maggio 2020, n. 103 – Pres. Cartabia, Red. Viganò

Servizi pubblici – Impianti ad uso sportivo e turistico – Affidamento del servizio – Questioni infondate di legittimità costituzionale

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 45 della legge prov. Bolzano n. 10 del 2018 sollevate, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., in relazione agli artt. 30 e 164, comma 2, cod. contratti pubblici, e in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE, dal Tribunale regionale di giustizia amministrativa, sezione autonoma di Bolzano (1).

(1) I. – Con la sentenza in rassegna la Corte costituzionale - all'esito del giudizio incidentale promosso dal T.r.g.a., sezione autonoma di Bolzano, con ordinanza 25 ottobre 2018, n. 305 - ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità dell'art. 45 della legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 10 del 2018, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., agli artt. 30 e 164, comma 2, cod. contratti pubblici, e all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE, nella parte in cui, prevedendo che le concessioni e i relativi rinnovi rilasciati prima dell'entrata in vigore della legge medesima si configurano come provvedimenti autorizzatori, consente che le concessioni degli impianti a fune vengano rilasciate su richiesta dell'interessato senza alcuna procedura ad evidenza pubblica.

II. – La Corte costituzionale, dopo aver descritto la vicenda processuale sottesa e deciso le eccezioni preliminari sollevate dalle parti, ha osservato quanto segue:

- a) le q.l.c. sollevate riguardano l'allegata incompatibilità dell'art. 45 della legge della provincia autonoma di Bolzano n. 10 del 2018, con la disciplina del diritto dell'Unione europea e nazionale che impone procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni di servizio pubblico e, in particolare:

- a1) l'art. 45 della citata legge dispone 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, del codice dei contratti pubblici, confermando la legittimità della costante prassi applicativa della disciplina posta dalla legge della provincia autonoma di 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;
- a2) il *thema decidendum* riguarda la compatibilità della citata disposizione con la disciplina dettata dalla direttiva 2014/23/UE e dal codice dei contratti pubblici e, quindi, se il legislatore provinciale fosse legittimato a stabilire o anche solo a confermare che le concessioni rilasciate ai sensi della legge provinciale n. 1 del 2006 non necessitassero di alcuna procedura a evidenza pubblica, in forza dell'art. 164, comma 1, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici, che esenta talune categorie di provvedimento dall'obbligo, a carico dell'amministrazione, di indire procedura a evidenza pubblica;
- a3) il citato art. 164, comma 1, secondo periodo, del codice dei contratti pubblici prevede che *"le disposizioni della presente Parte 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"*;
- a4) il considerando n. 14 della direttiva 2014/23/UE, dispone che: *"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"*;

- a5) occorre quindi chiarire se la concessione di impianti a fune, ossia della realizzazione e della gestione di tali impianti e poi dei relativi rinnovi, rientri tra i contratti di concessioni di lavori o servizi, soggetti all'obbligo di indizione di procedure a evidenza pubblica, ai sensi della direttiva 2014/23/UE, 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;
- b) ai fini della decisione delle q.l.c. non può attribuirsi rilievo decisivo:
- b1) all'uso dell'espressione "concessione" nella legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 1 del 2006, in quanto essenziale è solo comprendere 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 rapporto sinallagmatico con l'amministrazione medesima, con assunzione di obblighi di effettiva prestazione dell'attività oggetto della concessione, a sua volta qualificabile come servizio pubblico;
- b2) all'espressa autoqualificazione degli impianti a fune, ad opera dell'art. 3 della legge della provincia autonoma di Bolzano n. 1 del 2006, come servizio pubblico. Tale qualificazione ha la finalità di distinguere le funivie destinate a una generalità di utenti e quelle destinate invece a uso privato, secondo la formula definitoria contenuta nella stessa legge: solo alle prime si applica la disciplina del Titolo II, che prevede tra l'altro un procedimento di concessione assai più articolato e complesso di quello richiesto ai fini dell'autorizzazione per la realizzazione e l'esercizio di una funivia a uso privato, la quale è normalmente di dimensioni più contenute, è utilizzata da una cerchia ristretta di persone e non richiede l'ampio spettro di verifiche e controlli che caratterizza le funivie utilizzate da una pluralità indeterminata di persone. Nella logica della legge provinciale, in sostanza, la nozione di impianto in servizio pubblico coincide con quella di impianto destinato al pubblico esercizio, restando da dimostrare se i gestori degli impianti esercitino un servizio pubblico;
- b3) alla qualificazione dei trasporti a fune come "servizio pubblico svolto nell'interesse generale", contenuta in un "Piano di settore degli impianti di risalita e delle piste da sci" approvato dalla Giunta della Provincia autonoma di Bolzano nel 2014. Oltre al rilievo che tale qualificazione concerne, in quel documento, indistintamente l'intera gamma degli impianti

funiviari, e dunque anche quelli che la Provincia autonoma considera come autentico servizio pubblico ai fini della normativa del codice dei contratti pubblici, occorre sottolineare come il precipuo scopo dell'affermazione fosse quello di giustificare i contributi finanziari assicurati dalla Provincia stessa alle imprese nella realizzazione e gestione degli impianti; contributi che possono essere letti anche in chiave di sostegno a un'attività imprenditoriale privata, considerata di ovvio interesse per l'economia locale;

- c) occorre pertanto valutare se la Provincia autonoma di Bolzano, nella sostanza, 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. La qualificazione in termini di servizio pubblico locale di rilevanza economica ai sensi della legislazione nazionale o quella di servizio di interesse economico generale ai sensi della disciplina dell'Unione europea, *“non dipendono 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”*;
- d) la Provincia autonoma di Bolzano, nell'esercizio della discrezionalità riconosciutale dalla direttiva e dal codice dei contratti pubblici:
- d1) ha considerato come autentico servizio pubblico locale l'esercizio degli impianti funiviari di prima categoria integrati nella rete provinciale di trasporto che collegano località stabilmente abitate ai sensi dell'art. 37 della legge della provincia autonoma di Bolzano n. 15 del 2015, prevedendo coerentemente procedure di affidamento a evidenza pubblica;
 - d2) non ha invece compiuto analoga scelta con riguardo agli impianti di funivie a uso sportivo o turistico-ricreativo, non integrate nel sistema provinciale dei trasporti pubblici, dove la scelta è stata quella di lasciare lo sviluppo e la gestione di queste attività alla libera iniziativa economica privata, alla quale si deve la realizzazione e la continuativa gestione di diverse centinaia di impianti di risalita;
 - d3) tale scelta appare rientrare nella sfera di autonomia riconosciuta alla Provincia autonoma tanto dall'ordinamento nazionale quanto dal diritto dell'Unione europea rilevante in materia;
 - d4) la legge della Provincia autonoma di Bolzano non consente di equiparare la concessione ivi disciplinata a un contratto caratterizzato dalla previsione di prestazioni corrispettive, in cui il concessionario risulti obbligato, nei confronti dell'amministrazione concedente, a erogare il servizio oggetto del

contratto stesso; nessuna conseguenza di natura contrattuale è, in particolare, prevista a carico del concessionario per l'eventuale omessa realizzazione dell'opera o per la mancata erogazione del servizio. 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; 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”*;

- d5) l'amministrazione concedente è concepita dalla legge provinciale non già come domina dell'attività economica in questione ma, piuttosto, come soggetto: chiamato a una supervisione sugli impianti a tutela dei plurimi interessi pubblici che potrebbero essere pregiudicati dall'attività stessa; impegnato a promuovere lo sviluppo di questa attività imprenditoriale, concepita come funzionale alla crescita dell'economia locale nel cruciale settore del turismo; 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;
- e) l'esame della ulteriore disciplina contenuta nella legge della Provincia autonoma n. 1 del 2006 non è in grado di smentire la chiave di lettura illustrata:
- e1) nella logica di agevolazione dello sviluppo alla realizzazione di impianti funiviari considerati strategici nel contesto dell'economia locale, trovano anzitutto giustificazione le disposizioni che concernono la 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, in quanto necessari per la costruzione e l'esercizio degli impianti medesimi, salva la corresponsione delle indennità di legge nei confronti dei proprietari espropriati o gravati dal nuovo diritto reale;
- e2) il venir meno della concessione determina di regola l'obbligo a carico dell'esercente dell'impianto di provvedere al ripristino dello stato dei luoghi, alla demolizione delle costruzioni fuori terra e all'asporto del materiale di risulta (art. 14), a meno che altre imprese intendano succedere alla precedente titolare; *“il che faticherebbe a giustificarsi, ove l'esercizio*

dell'impianto dismesso fosse qualificabile quale autentico «servizio pubblico» che la Provincia autonoma si era impegnata ad assicurare”;

- e3) non risulta incompatibile la possibilità di revoca della concessione (art. 13), dal momento che tale possibilità è prevista per la generalità dei provvedimenti amministrativi, compresi quelli a contenuto autorizzatorio;
- e4) il potere di approvare tariffe massime e orari di esercizio (art. 15) era stato originariamente previsto nel contesto di una legge che ancora non distingueva in modo netto tra funivie esercitanti effettivamente un servizio pubblico locale secondo le categorie amministrativistiche odierne e il complesso degli altri impianti a fune. La discrasia è stata corretta dall'art. 44, comma 12, della legge provinciale n. 10 del 2018 che ha espressamente escluso un tale potere dell'amministrazione in relazione, tra l'altro, alle funivie a uso sportivo o turistico-ricreativo;
- f) fermo l'obbligo a carico della Provincia di indire procedure a evidenza pubblica in relazione ai provvedimenti concessori di terreni demaniali o comunque di proprietà pubblica, non può attribuirsi rilievo dirimente ai fini della decisione alla circostanza che l'impianto di cui si controverte nel giudizio *a quo* insista su un terreno appartenente al patrimonio indisponibile della Provincia autonoma. Nel giudizio *a quo* non è in discussione la legittimità del provvedimento di concessione demaniale del terreno in parola – rilasciata anteriormente e non impugnata nei termini di legge –, ma la legittimità del provvedimento di rinnovo della concessione di una funivia a uso sportivo o turistico-ricreativo rilasciato ai sensi della legge della Provincia autonoma n. 1 del 2006. Conseguentemente, oggetto del procedimento incidentale è la conformità della disciplina provinciale relativa a questa tipologia di provvedimenti, e non alle concessioni demaniali eventualmente presupposte, in relazione ai principi desumibili dalla direttiva 2014/23/UE e dal codice dei contratti pubblici;
- g) la conclusione raggiunta non è contraddetta dalle posizioni assunte dalla giurisprudenza amministrativa, dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato e dalla Commissione europea:
 - g1) dalle decisioni concernenti impianti a fune nella Regione Lazio (tra le altre Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1171, in *Riv. neldiritto*, 2015, 1052) non possono trarsi indicazioni utili nella presente controversia, dal momento che la legge della Regione Lazio 9 settembre 1983, n. 59, riflette l'evidente concezione dell'intera attività di trasporto a fune da parte del legislatore regionale come vero e proprio servizio pubblico locale, assoggettato come tale a una specifica programmazione regionale che disciplina la stessa localizzazione degli impianti e ad un espresso potere di iniziativa degli enti

locali in materia. Tali principi non possono però trovare applicazione per diversi ordinamenti territoriali che hanno invece regolato il procedimento concessorio dell'esercizio di impianti a fune sul presupposto dell'iniziativa di un privato;

- g2) inconferente è anche la giurisprudenza amministrativa concernente impianti sportivi di proprietà di enti pubblici locali, la cui gestione è evidentemente concepita come un servizio pubblico assicurato alla collettività dall'amministrazione proprietaria dell'impianto e il cui affidamento richiede lo svolgimento di procedura a evidenza pubblica;
- g3) l'AGCM sembra concentrare i propri rilievi critici sul solo provvedimento di rinnovo della concessione in ragione essenzialmente della circostanza (che non è decisiva nel presente giudizio) che l'impianto autorizzato insiste sul patrimonio indisponibile della Provincia, a differenza di quanto accadeva per gli altri impianti. L'esigenza dello svolgimento di procedure a evidenza pubblica rispetto alle funivie che insistano invece su terreni pubblici deriva non già dalla direttiva 2014/23/UE né dalla Parte III del codice dei contratti pubblici, bensì dalla direttiva 2006/123/UE, che è estranea all'orizzonte decisionale del presente giudizio;
- g4) la stessa Commissione europea ha espressamente affermato che gli impianti di servizio di trasporto a fune per uso sportivo o turistico-ricreativo *“non forniscono un servizio di interesse economico generale»*, posto che *«non soddisfano esigenze fondamentali di carattere generale della popolazione, ma sono finalizzati a generare profitti per il tramite degli sport invernali»*; rimarcando altresì che *tale conclusione non risulta «infirmat[a] dal fatto che la costruzione e il funzionamento degli impianti a fune sono soggetti a concessione»*, essendo *«prassi normale che un certo numero di professioni e di attività siano soggette ad una speciale autorizzazione e a determinati requisiti”* (Comunicazione 2002/C 172/02, paragrafo 43).

III. – Per completezza si osserva quanto segue:

- h) nel percorso argomentativo sviluppato dalla Corte costituzionale si evidenzia in modo chiaro la differenza fra la disciplina normativa sulla gestione di impianti a fune inseriti nell'ambito dei servizi pubblici di trasporto locale e quella relativa agli impianti ad uso sportivo e turistico, oggetto dello scrutinio di costituzionalità. In relazione a questi ultimi la Corte, al fine di dirimere le q.l.c. sottoposte alla sua attenzione, esamina se tali impianti siano qualificabili in termini di servizio pubblico locale di rilevanza economica ai sensi della legislazione nazionale o di servizio di interesse economico generale ai sensi della disciplina dell'Unione

europea. La soluzione del problema qualificatorio non dipende dalla natura dell'attività svolta, ma dalla circostanza che l'ente pubblico abbia in concreto inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati (cfr. § 4.4. della sentenza in commento);

i) per un completo esame della portata applicativa dell'art. 164, comma 1, del codice dei contratti pubblici, si veda R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni*, Bologna, 2020, 1791 ss.;

j) sui servizi di interesse generale, servizi di interesse economico generale e sul trasporto pubblico locale, si vedano:

j1) News US, n. 38 del 9 aprile 2019, a Corte di giustizia UE, sez. IV, 21 marzo 2019, C-350/17, C-351/17, Mobit, Autolinee Toscane s.p.a., secondo cui *“L'articolo 5 e l'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70, devono essere interpretati nel senso che l'articolo 5 di tale regolamento non è applicabile a un procedimento di aggiudicazione svoltosi prima del 3 dicembre 2019, cosicché un'autorità competente che, mediante una decisione di aggiudicazione conclusiva di una procedura di gara, attribuisca prima di tale data un contratto di concessione di un servizio pubblico di trasporto locale di passeggeri su strada non è tenuta a conformarsi a detto articolo 5”*. Il cuore della vicenda – al di là dell'esito del giudizio innanzi alla Corte UE – consiste: nello stabilire il delicato punto di equilibrio fra intervento della mano pubblica (da parte dei singoli Stati) nell'economia (attraverso i SIG e i SIEG) e disciplina della concorrenza e degli aiuti di Stato, in violazione o elusione sostanziale delle norme costituzionali (quanto meno artt. 1, 3, 4, 41 e 43) e di quelle europee (specie art. 5 TUE, 14, 93, 106 e 107 FUE e protocollo n. 26 al Trattato di Lisbona sui servizi di interesse generale); nell'analizzare gli effetti derivanti dall'apertura del trasporto pubblico locale alle regole del libero mercato con tutte le connesse difficoltà di organizzazione del servizio pubblico a carico delle regioni e degli enti locali con aumento esponenziale del contenzioso; in particolare, con riferimento alla citata News, alla quale si rinvia per una completa ricostruzione del tema, si vedano: in dottrina, sulla concessioni di servizi e di trasporto pubblico locale, § IV; sul dialogo fra giudice amministrativo e Corte di giustizia UE in tema di trasporti pubblici locali, §§ V e VI; sul tema dell'intervento pubblico in economia come disciplinato dai sistemi costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea in relazione al diritto

europeo, § VII; sui SIEG, §§ VIII, IX, X, anche con riferimento alla normativa vigente e agli orientamenti giurisprudenziali;

- j2) News US, n. 16 del 29 gennaio 2019, a Corte cost., 11 gennaio 2019, n. 5 (in *Foro it.*, 2019, I, 743), secondo cui *“E’ incostituzionale l’art. 12, commi 1 e 2, della legge della Regione Piemonte 26 giugno 2006, n. 22 nella parte in cui impone prescrizioni più restrittive di quelle previste dalla normativa statale sui requisiti dei mezzi utilizzabili per il noleggio di autobus con conducente”*. Con l’ordinanza in rassegna il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte di giustizia UE di chiarire la nozione di “divieto posto dalla legislazione nazionale” contemplato dall’art. 5, par. n. 4, del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007 per consentire agli Stati membri di prevedere l’obbligo della gara anche nelle ipotesi di affidamenti sotto soglia (c.d. ipotesi *de minimis*). In particolare, con riferimento alla citata News, si vedano: sulla tutela della concorrenza e il bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e altri interessi costituzionali, § m); sulla giurisprudenza costituzionale in tema di tutela della concorrenza, § o);
- j3) News US, in data 30 luglio 2018, a Cons. Stato, sez. V, 16 luglio 2018, n. 4303 (in *Dir. trasporti*, 2018, 809; *Foro amm.*, 2018, 1214; *Riv. corte conti*, 2018, fasc. 3, 415), secondo cui *“Va rimessa alla Corte di giustizia dell’Unione europea la questione se l’art. 5, comma 4, del Regolamento (CE) 23/10/2007 n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso che ricorre nella legislazione nazionale il divieto all’affidamento diretto del servizio di trasporto pubblico locale, preclusivo dell’affidamento diretto anche nei casi in cui sarebbe consentito dalla normativa euro-unitaria, quando è posta la regola generale della gara pubblica per l’affidamento del predetto servizio ovvero soltanto nel caso di divieto specifico di affidamento diretto anche in relazione alle ipotesi in cui è consentito dalla normativa euro-unitaria”*. In particolare, nella citata News, si veda, con riferimento al trasporto pubblico locale, § III.