

L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO A FUNE, ALLA LUCE DELLA DIRETTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 26 FEBBRAIO 2014 SULL’AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE”, DELLA LEGGE DELEGA N. 11 DEL 2016, DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016 E DELLO SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI INTERESSE ECONOMICO GENERALE.

**DI LUCIA GIZZI
MAGISTRATO PRESSO IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO
PER L’ABRUZZO, L’AQUILA**

SOMMARIO: 1. LA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO. 2. LA DISCIPLINA EUROPEA. 3. LO SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO IN TEMA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI. 4. IL TRASPORTO A FUNE. 4.1. NOZIONE E TIPOLOGIE. 4.2. L’AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO A FUNE. 4.2.1. IL TRASPORTO PUBBLICO LOCALE, IN GENERALE. 4.2.2. IL TRASPORTO A FUNE, IN PARTICOLARE. 4.2.3. IL TRASPORTO FUNIVIARIO, FINALIZZATO ESCLUSIVAMENTE A FINALITÀ TURISTICHE, COME SERVIZIO SOGGETTO A REGIME DI AUTORIZZAZIONE AI SENSI DELLA DIRETTIVA CE 2006/123 DEL 12 DICEMBRE 2006. 4.2.4. LA NORMATIVA REGIONALE. 5. LA DIRETTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO DEL 26 FEBBRAIO 2014 SULL’AGGIUDICAZIONE DEI CONTRATTI DI CONCESSIONE. 6. LA LEGGE DELEGA N. 11 DEL 2016 E IL D.LGS. N. 50 DEL 2016. 7. RIPERCUSSIONI DELL’ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2014/23/UE AD OPERA DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016 SULL’AFFIDAMENTO DEL “SERVIZIO” DI TRASPORTO A FUNE. 8. LA RECENTE GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA.

1. La nozione di servizio pubblico.

Fino a poco tempo fa non esisteva, nel nostro ordinamento, una definizione legislativa di servizio pubblico: in dottrina sono state elaborate diverse nozioni, non sempre omogenee e non sempre appaganti e prive di ambiguità. Ciononostante, si tratta di una nozione rilevante, in quanto dalla qualificazione di un’attività come servizio pubblico conseguono una serie di conseguenze giuridiche, soprattutto all’indomani del recepimento, con il d.lgs. n. 50 del 2016 costituente il nuovo Codice dei contratti pubblici, della direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

L’elaborazione teorica del XIX secolo riteneva che le funzioni delle PP.AA. si potessero distinguere in due generi: le funzioni pubbliche in senso stretto e i pubblici servizi. Mentre le prime erano le attività aventi carattere autoritativo, che non potevano che competere al pubblico potere; il pubblico servizio era inteso come quell’attività che il pubblico potere assume, di solito per legge, ma che potrebbe essere svolta da chiunque. Se il pubblico potere la assume, è perché vi sono ragioni di pubblico interesse: si tratta comunque, pur sempre, di attività rivolta ai terzi.

In questa prospettiva, la nozione di servizio pubblico era originariamente determinata in base a un criterio residuale: ogni attività svolta da PP.AA., che non fosse pubblica funzione, era pubblico servizio. L’elemento comune di queste attività, spesso profondamente diverse tra loro, era l’elemento soggettivo: si affermò così la concezione soggettiva del servizio pubblico.

Questo si caratterizza, cioè, per il fatto che una determinata attività viene attribuita all’ente pubblico, che ne assume la titolarità esclusiva.

Successivamente, la concezione soggettiva del servizio pubblico è stata accolta in una versione temperata, la quale identifica la pubblicità nell’imputabilità del servizio alla P.A., ossia nella titolarità dello stesso in capo al pubblico potere, escludendo invece la necessità che il servizio stesso sia gestito in via diretta ed esclusiva dalla P.A. ed ammettendo la partecipazione a detta gestione anche di soggetti privati.

Elemento essenziale affinché possa aversi servizio pubblico è, dunque, la determinazione della pubblica Autorità di assumerne la titolarità: ne consegue che l’attribuzione, a soggetti privati, della gestione del servizio richiede necessariamente un provvedimento di natura concessoria.

La concezione soggettiva del servizio pubblico è entrata in crisi a causa dell’istituto della municipalizzazione, cioè dell’assunzione di servizi pubblici da parte dei Comuni, che cominciò a verificarsi a partire dalla metà del XIX secolo.

Se alla produzione normativa della fine del XIX e dell’inizio del XX secolo, relativa appunto al fenomeno della municipalizzazione, corrisponde, nel prevalente orientamento dottrinale, una concezione soggettiva del servizio

pubblico, è altresì vero che in questa fase – in cui evidentemente poteva ben accadere che una certa attività venisse dichiarata pubblico servizio in un Comune e non in un altro – comincia ad affermarsi una concezione oggettiva, secondo cui il servizio pubblico deve essere inteso come prestazione di attività idonea a soddisfare alcuni bisogni, ritenuti essenziali, dei cittadini.

Il servizio pubblico viene così definito, dalla successiva e prevalente dottrina, come l'attività non autoritativa che consiste nell'erogazione di prestazioni dirette a soddisfare interessi che l'Ente pubblico, per scelte di tipo politico, ritiene indispensabili.

La figura del servizio pubblico diviene, allora, un modello generale di organizzazione che i pubblici poteri possono utilizzare per le attività rivolte a una collettività e rispondenti a un interesse generale, nella misura in cui il loro svolgimento non richieda l'esercizio di poteri autoritativi.

Ai fini dell'individuazione delle attività suscumbibili nella nozione di pubblico servizio, quindi, assume rilievo decisivo non già la possibilità di considerarle di pertinenza della P.A., bensì il loro consistere in attività di tipo prestazionale svolte dalla P.A. o da un soggetto privato, legato da un rapporto almeno convenzionale con la stessa, a favore di soggetti terzi appartenenti alla collettività, che ne beneficiano in qualità di utenti. Non è, invece, servizio pubblico l'attività alla quale non corrisponda una specifica pretesa degli utenti, come avviene per la gestione di un'opera pubblica o anche per i servizi resi direttamente all'amministrazione.

I pubblici poteri, peraltro, hanno normalmente la facoltà di determinare, in base ai propri scopi, quali attività di produzione di beni e di servizi siano assunte come doverose, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità di riferimento. Quel che rileva, quindi, è la scelta politico-amministrativa dell'Ente pubblico di prendere in carico il servizio, al fine di soddisfare, in modo continuativo, obiettive esigenze della collettività di riferimento.

In dottrina, il declino della concezione soggettiva del servizio pubblico è stato motivato con riferimento ad una pluralità di dati normativi.

Si fa riferimento in particolare all'art. 43 Cost., il quale – nel prevedere che, ai fini di utilità generale, la legge può riservare o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori e di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali – ammette sia che imprese esercenti servizi pubblici siano di pertinenza privata e dai privati trasferite allo Stato o ad altri enti pubblici, sia che i destinatari di detto trasferimento siano comunità di lavoratori o di utenti, ossia soggetti a loro volta privati. In tal caso, a questi è trasferita non già la mera gestione del servizio pubblico essenziale, ma la sua stessa titolarità.

Anche la disciplina dei servizi pubblici locali, sin dall'art. 22 della legge n. 142 del 1990, ha deposto nel senso di una concezione oggettiva del servizio pubblico, prevedendo, tra le modalità di gestione dello stesso, delle fattispecie in cui viene conferita a soggetti di natura privatistica (quali le società a capitale misto pubblico-privato) la stessa titolarità del servizio, e non solamente la sua gestione, senza bisogno di un provvedimento concessorio.

La nozione di servizio pubblico in senso oggettivo, infatti, indica un'attività rilevante per la sua inerenza a un pubblico interesse, che può essere svolta tanto da privati quanto da pubblici poteri: ciò che rileva è l'attività oggettivamente considerata, non chi la svolge.

Vi è anche chi ritiene, in dottrina, che, per delimitare la nozione di servizio pubblico, possa considerarsi superata la contrapposizione tra la concezione c.d. soggettiva, che guarda alla natura pubblica del soggetto che eroga il servizio, e quella c.d. oggettiva, che guarda invece al destinatario del servizio. Il servizio è considerato "pubblico" perché rivolto al pubblico degli utenti, per la soddisfazione continuativa dei bisogni della collettività, e perché, a monte, un soggetto pubblico lo assume come doveroso, anche se poi materialmente sia gestito da un privato.

La qualificazione di servizio pubblico locale spetta, insomma, a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a valutazioni di carattere eminentemente politico, e, sul piano soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'Ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.

Nel nostro ordinamento, non esiste neanche una disciplina generale in materia di servizi pubblici. Vi sono però molte norme che riguardano singoli servizi, o nel senso che li concernono espressamente (es. istruzione: 33, 34 Cost.; trasporti art. III-236 Cost. UE) o nel senso che, stabilendo determinati diritti, pongono il corrispondente dovere degli enti di soddisfarli (es. cure gratuite agli indigenti art. 32 Cost.). I servizi pubblici nazionali sono disciplinati da leggi statali di settore (trasporti, energia, istruzione, telecomunicazioni, ecc.). Vi sono poi leggi statali e regionali di settore, quando il servizio sia oggetto di una potestà legislativa concorrente (es. sanità).

Individuare la disciplina applicabile ai servizi pubblici è, dunque, spesso complesso.

Questo assetto normativo poco lineare e sovrabbondante deriva da due ragioni essenziali.

La prima è che non esiste un elenco tassativo di servizi pubblici, e anzi spesso ci si trova a dibattere in sede giurisdizionale sul problema se una determinata attività abbia o no la natura di servizio pubblico. In effetti, la qualificazione giuridica delle attività è variabile, come lo sono i bisogni e gli interessi, perché cambia nel tempo e con il

mutare delle opinioni e delle condizioni di mercato: qualsiasi attività può essere qualificata servizio pubblico se un Ente territoriale ritiene che corrisponda a un interesse a protezione necessaria e, al contrario, anche attività che rispondano a diritti fondamentali, possono non avere tale qualificazione se il mercato ne garantisce la soddisfazione.

La seconda ragione, che spiega la particolare frequenza dell'attività legislativa negli ultimi anni, consiste nell'attualità del problema delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni. È quindi ben spiegabile come, in un contesto nel quale è in diminuzione l'ambito della sfera pubblica, quanto meno sotto il profilo della gestione diretta delle attività, la materia dei servizi pubblici sia oggetto di frequenti incursioni normative che danno luogo a un groviglio difficilmente districabile

Una normativa generale sui servizi pubblici, che si somma alle normative settoriali che concernono singoli servizi, è stata, invece, introdotta con riferimento ai servizi pubblici locali nel testo unico degli Enti locali (**d.lgs. n. 267 del 2000, art. 112 ss.**), che, peraltro, negli ultimi anni, è stato più volte riformato e, poi, abrogato.

La **legge 28 dicembre 2001, n. 448**, ha modificato l'art. 113 del Tuel e vi ha inserito l'art. 113-bis, introducendo la distinzione tra servizi "di rilevanza industriale" e servizi "privi di rilevanza industriale", assoggettando i primi al regime di concorrenza attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica e prevedendo, per i secondi, l'affidamento diretto.

La disciplina dei servizi pubblici locali è stata successivamente modificata dal decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2003, n. 350, il quale ha sostituito, alla distinzione tra servizi pubblici di rilevanza industriale/non di rilevanza industriale, quella tra servizi pubblici "a rilevanza economica" e servizi pubblici "privi di rilevanza economica", "con ciò mostrando l'intento di superare la distinzione dei servizi pubblici basata esclusivamente sul modo tecnico in cui il servizio pubblico viene prodotto, cioè sul suo carattere strutturale e di produzione" (Corte dei conti, parere n. 195 del 2009).

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 272 del 2004, ha successivamente dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113-bis del Tuel in materia di servizi privi di rilevanza economica, in quanto tali servizi non attengono alla tutela della concorrenza (come invece i servizi di rilevanza economica) e perciò la relativa disciplina non spetta alla competenza statale ai sensi dell'art. 117 Cost. Come rilevato dalla Corte dei conti, "ciò ha determinato di fatto una sorta di vuoto di disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, che non è stato colmato neppure dall'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, il quale si riferisce espressamente ai servizi a rilevanza economica".

In questo quadro si è inserito l'**art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008**, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, con l'obiettivo di favorire la diffusione dei principi di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi.

A tal fine è stato previsto: il principio della procedura a evidenza pubblica come regola generale per gli affidamenti dei servizi pubblici a rilevanza economica; la possibilità di affidamento a una società mista a condizione che venisse espletata una gara «a doppio oggetto» per l'affidamento del servizio e per la scelta del socio privato, con una partecipazione non inferiore al 40% e l'attribuzione di specifici compiti operativi; l'eccezione dell'affidamento *in house*, subordinato a un parere (non vincolante) dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e all'esistenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato»

In tema di modalità di affidamento, la Corte costituzionale ha evidenziato (in particolare con la sentenza n. 325 del 2010) come l'introduzione nell'ordinamento nazionale di regole concorrenziali, come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici, più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento europeo «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri».

Il comma 11 dell'art. 23-bis ha, inoltre, disposto l'abrogazione tacita delle disposizioni dell'art. 113 del Tuel nelle parti incompatibili con le nuove disposizioni.

Sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali, si è pronunciata la **Corte Costituzionale (sentenza n. 325 del 2010)** che ne ha riconosciuto la legittimità costituzionale e comunitaria.

Premessa l'omogeneità tra la nozione comunitaria di servizio economico di interesse generale, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza, la Consulta ha ritenuto che l'art. 23 bis non costituisce né una violazione né un'applicazione necessitata della normativa comunitaria ed internazionale, ma è semplicemente con questa compatibile, integrando una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare.

Infatti, la disciplina comunitaria del servizio economico di interesse generale e quella dei servizi pubblici locali si caratterizzano, entrambe, per la regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica.

Divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla suddetta regola.

La normativa comunitaria le ammette nel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'Ente pubblico. La disciplina nazionale, invece, rappresenta uno sviluppo del diverso principio generale, costituito dal divieto della gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'Ente locale.

Insomma, mentre la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'Ente locale; lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare, di regola, la gestione diretta dei servizi pubblici locali.

Inoltre, la normativa comunitaria consente l'affidamento diretto del servizio alle società miste, nelle quali si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato, che deve essere un socio industriale e non meramente finanziario, senza prevedere alcun limite, minimo o massimo, della partecipazione di esso. L'art. 23 bis, invece, introduce l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento. Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi di affidamento diretto del servizio e, quindi, comporta un'espansione dei casi in cui deve essere applicata la regola comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica.

Infine, in tema di c.d. gestione *in house*, la giurisprudenza comunitaria pone come unici requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto quelli del capitale totalmente pubblico, del controllo analogo, dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante. Viceversa, il legislatore nazionale esige il concorso di ulteriori condizioni: a) una previa pubblicità adeguata e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'Ente in base ad un'analisi di mercato, con successiva trasmissione di una relazione dall'Ente affidante all'AGCM, per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; b) la sussistenza di situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento (commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis), ovvero di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento (commi 3 e 4 del testo vigente del medesimo art. 23-bis), non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato. Queste ulteriori condizioni si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione *in house* del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica.

In conclusione, la Consulta ha chiarito che l'art. 23 bis, poiché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta, ma neppure si pone con esso in contrasto. La normativa comunitaria, infatti, è diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato e costituisce solamente un minimo inderogabile per gli Stati membri.

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

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

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

La Consulta ha osservato come, a distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia con l'art. 4, il quale, nonostante sia intitolato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house* rispetto a quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riprodotto, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23 bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo.

Essa, infatti, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, "l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità", analogamente a quanto disposto dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008; ma la ancora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Ciò in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'Ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'Ente stesso (art. 106 TFUE), alle sole condizioni

del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del c.d. controllo analogo e dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

Inoltre, la disciplina dettata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 riproduce, ora nei principi, ora testualmente, sia talune disposizioni contenute nell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, sia la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione, con l'unica differenza dell'esclusione, dall'ambito di applicazione della nuova disciplina, del servizio idrico integrato.

Le poche novità introdotte dall'art. 4, peraltro, accentuano la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, che invece la consultazione referendaria aveva inteso escludere. Infine, in considerazione del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica ai quali si applicava l'art. 23 bis, e non solo il servizio idrico, secondo la Consulta non può ritenersi che l'esclusione di detto servizio dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfacente della volontà espressa attraverso la consultazione popolare.

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

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

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

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

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

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

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

Le modalità di gestione dei servizi pubblici di rilevanza economica sono dunque quelle dell'affidamento a imprenditori e società private individuati attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica che, costituendo il sistema ordinario, non si ritiene abbiano bisogno di particolare motivazione. In tal caso, gli affidamenti devono avvenire nel rispetto dei principi del Trattato, tra cui quello di libera concorrenza, ed in particolare dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione in base alla nazionalità, della trasparenza e della proporzionalità (artt. 5, 14, 43 e 49 del TFUE). Occorre, insomma, che sia data adeguata pubblicità alle regole di gara, consentendo a tutti gli operatori del settore di potervi partecipare in situazione di par condicio e che le regole siano adeguate e proporzionate all'oggetto di gara.

E' poi consentito l'affidamento del servizio a una società mista costituita *ad hoc*, previa gara a doppio oggetto, ossia riguardante, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione allo stesso dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, senza alcun limite minimo di partecipazione in capo al socio privato.

È infine consentito l'affidamento diretto della gestione a figure soggettive sostanzialmente pubbliche, che posseggano i requisiti del modello *in house*.

Il problema che si pone, attualmente, è se l'*in house* sia divenuto o meno modalità di affidamento del servizio equivalente al ricorso all'evidenza pubblica (con gara semplice o a doppio oggetto ai fini della costituzione di una società mista) e pienamente alternativo allo stesso.

Secondo un primo orientamento, nonostante la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012, gli incentivi al ricorso all'evidenza pubblica, nonché i limiti e i divieti a cui sono sottoposte le società affidatarie *in house*, che si trovano affermati nell'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011 e successive modificazioni, inducono a ritenere che il ricorso all'affidamento *in house* non sia del tutto libero e

che, ai fini della sua legittimità, occorre motivare sulla sua convenienza rispetto all'evidenza pubblica oppure sull'inutilità della gara ai fini della soddisfazione del bisogno pubblico relativo al servizio.

Tuttavia, secondo il Consiglio di Stato (sez. VI, 11 febbraio 2013, n. 762), la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ha comportato il venire meno del principio dell'eccezionalità del modello *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Così che la scelta dell'ente locale sulle modalità di organizzazione dei servizi pubblici locali, e in particolare l'opzione tra modello *in house* e ricorso al mercato, si deve basare sui consueti parametri di esercizio delle scelte discrezionali, vale a dire: valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti; individuazione del modello più efficiente ed economico; adeguata istruttoria e motivazione.

La scelta peraltro, essendo discrezionale, è sindacabile in sede giurisdizionale, solamente se priva di istruttoria e motivazione, viziata da travisamento dei fatti, palesemente illogica o irrazionale.

Da ultimo, gli **artt. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124** (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) hanno delegato il Governo "ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, ovvero entro il diverso termine previsto dall'articolo 17, decreti legislativi di semplificazione dei seguenti settori: (...) c) servizi pubblici locali di interesse economico generale".

Nell'esercizio di questa delega, il Governo ha adottato lo schema di decreto legislativo recante "la disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale" (art. 1, comma 1).

Come rilevato nella relazione illustrativa, l'obiettivo dello schema di decreto legislativo è quello di dettare una "disciplina generale organica" del settore dei servizi pubblici locali, attraverso un riordino dell'attuale quadro normativo, che è "il risultato di una serie di interventi disorganici che hanno oscillato tra la promozione delle forme pubbliche di gestione e gli incentivi più o meno marcati all'affidamento a terzi mediante gara".

Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema in oggetto in data 3 maggio 2016, ha asserito che lo stesso "si presenta come una base di normazione organica e stabile, in grado di rendere immediatamente intellegibile alle amministrazioni ed agli operatori del settore le regole applicabili in materia e di assicurare una gestione più efficiente dei servizi pubblici locali di interesse economico generale a vantaggio degli utenti del servizio, degli operatori economici e degli stessi enti locali. Le criticità da superare sono, infatti, quelle relative: a) alla non adeguata qualità del servizio reso in rapporto alle risorse pubbliche investite; b) alla presenza di ostacoli alla concorrenza; c) all'assenza di adeguati strumenti di regolazione; d) ad un tessuto normativo non sufficiente e disorganico; e) alla mancanza di congrui strumenti di tutela a favore degli utenti".

2. La disciplina europea.

In ambito comunitario non viene utilizzata l'espressione servizio pubblico, probabilmente in considerazione del fatto che questa nozione non è univoca e presenta, nei vari Stati membri, diversi significati¹.

¹ In ambito comunitario, è ben presto emersa l'idea unitaria che determinate attività non potessero dipendere unicamente dalle regole del mercato e dal diritto comunitario in materia di concorrenza, ma necessitassero di una specifica regolamentazione idonea a garantire il diritto di accesso universale a beni e servizi fondamentali. Negli anni Novanta del secolo scorso sono, infatti, intervenute numerose direttive europee di settore (comunicazioni elettroniche, energia elettrica, gas, poste, etc.) volte a liberalizzare i servizi di interesse generale. Le direttive in questione hanno aperto la gestione di specifici settori alla concorrenza tra più operatori, facendo venire meno la riserva originaria di attività nei confronti del soggetto pubblico, ma hanno contestualmente previsto che le autorità nazionali di regolazione provvedessero alla determinazione di *standard* minimi relativi ai servizi, alla fissazione delle tariffe, alla definizione dei sistemi di autorizzazione o di concessione, dei contratti di servizio, degli obblighi a contrarre a carico dei gestori, delle carte di servizi, etc.

La Commissione europea ha svolto un ruolo significativo nella definizione della disciplina europea dei servizi di interesse generale (SIG): si fa riferimento, in particolare, al Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003 e al Libro bianco sui servizi di interesse generale del 2004. Nel Libro verde si offre una nozione complessa, flessibile e mutevole dei servizi di interesse generale: "la realtà dei servizi di interesse generale che comprendono servizi sia di interesse economico che non economico è complessa e in costante evoluzione. Riguarda un'ampia gamma di attività diverse: le attività delle grandi industrie di rete (energia, servizi postali, trasporti e telecomunicazioni), la sanità,

Nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea figura, invece, la nozione di servizio di interesse economico generale (SIEG)².

L'art. 14, in particolare, riconosce a questi servizi un'importanza fondamentale per i valori comuni dell'Unione europea, nonché un ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale, attribuendo all'Unione e agli Stati membri la competenza a provvedere "affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti". Le disposizioni dei Trattati, peraltro, lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico³.

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

Come chiarito dalla Corte Costituzionale⁴, "in base alle interpretazioni elaborate al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, C-35/96, Commissione c. Italia) e dalla Commissione europea (in specie, nelle comunicazioni in tema di servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001; nonché nel libro verde su tali servizi del 21 maggio 2003), emerge con chiarezza che **la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di servizio pubblico locale di rilevanza economica hanno contenuto omologo**".

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

Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica⁵. Il Trattato, in particolare, prescrive che i servizi di interesse economico generale, in linea di principio, siano assicurati da imprese pubbliche e/o private

l'istruzione e i servizi sociali; attività che hanno dimensioni diverse, dal livello europeo o persino mondiale a quello puramente locale; attività che hanno una natura diversa, dalle attività di mercato a quelle non di mercato. L'organizzazione di questi servizi varia in base alle tradizioni culturali, alla storia e alla conformazione geografica di ciascuno Stato membro, alle caratteristiche delle attività svolte, in particolare allo sviluppo tecnologico. L'Unione europea rispetta questa diversità e il ruolo delle autorità nazionali, regionali e locali nel garantire il benessere dei loro cittadini e le scelte democratiche relative fra l'altro al livello della qualità dei servizi".

² Rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Si osservi che alla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non è interessata da normative di diritto derivato, si applicano i soli principi dei Trattati nella interpretazione fornita dalla Commissione (tra cui, in particolare, le Comunicazioni del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001 su "I servizi di interesse generale in Europa"; il Libro Verde su "I Servizi di interesse generale" del 21 maggio 2003; il Libro Bianco su "I Servizi di interesse generale" del 12 maggio 2004; la Comunicazione "I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un impegno europeo" 725 del 20 novembre 2007; la Comunicazione "Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale" del 23 marzo 2011), e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado (tra cui, in particolare, Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, C-26/03 (Stadt Halle); 13 novembre 2008, C-324/07 (Coditel Brabant); 9 giugno 2009, C-480/06 (Commissione c. Repubblica Federale di Germania); 10 settembre 2009, C-573/07 (Sea); 15 ottobre 2009, C-196/08 (Acoset); nonché dalla sentenza del Tribunale di primo grado 12 febbraio 2008, T-289/03 (British United Provident Association - BUPA).

³ Art. 2 del Protocollo n. 16 del TFUE.

⁴ C.Cost. sentenza n. 325 del 2010. Vedi anche, sul punto, Corte cost. sentenza n. 272 del 2004.

⁵ C. Cost. sentenza n. 325 del 2010.

in concorrenza. Tuttavia, il principio di concorrenza può essere derogato se la sua applicazione rischia di compromettere la “missione di interesse generale” affidata ai soggetti pubblici. Se le finalità di interesse generale sono, cioè, compromesse dall’applicazione del diritto europeo, lo Stato membro è legittimato a riconoscere diritti speciali ed esclusivi ad un’impresa pubblica, in deroga all’ordinaria regola della concorrenza⁶.

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

In conclusione, deve osservarsi come sia riconosciuta ampia discrezionalità agli Stati membri in ordine all’individuazione dei servizi che intendono assumere come SIEG, con l’unico limite, sindacabile dalle istituzioni europee, dell’“errore manifesto”. Laddove un determinato servizio sia stato legittimamente assunto come SIEG, le Autorità pubbliche sono sostanzialmente libere di scegliere non solo come organizzarlo, ma anche come gestirlo, secondo una delle seguenti modalità: mediante gestione diretta, rimessa alle proprie strutture e ai propri servizi (senza alcun limite dimensionale); mediante affidamento diretto della gestione a figure soggettive sostanzialmente pubbliche, che posseggano i noti requisiti del modello in house; mediante affidamento diretto a società miste, purché siano rispettati i requisiti di cui si dirà nel prosieguo; infine, mediante affidamento a imprenditori e società private individuati attraverso l’espletamento di procedure ad evidenza pubblica, in un’ottica di concorrenza per il mercato.

Il diritto europeo mostra, infatti, un’indifferenza di principio circa la possibilità che l’Ente pubblico svolga il servizio di interesse economico generale direttamente, ovvero ne affidi la gestione all’esterno della sua organizzazione, purché ciò avvenga in favore di soggetti selezionati tramite procedure competitive, che garantiscano eque condizioni di accesso per tutti gli operatori economici potenzialmente in grado di prestare il servizio⁷.

Insomma, Unione europea e Stati membri hanno competenze distinte in materia di servizi pubblici, pur assumendo una responsabilità condivisa per renderli compatibili con un mercato aperto e concorrenziale. Mentre agli Stati membri spetta il potere di individuare le attività economiche da qualificare come servizi pubblici, il livello territoriale della loro prestazione, nonché le modalità della loro erogazione, anche assegnando specifici obblighi di servizi agli operatori economici; alle istituzioni europee spetta il compito di fissare la disciplina di principio affinché l’erogazione e il finanziamento del servizio avvenga in conformità alle norme sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato, che come si è visto si applicano anche ai SIEG, salvo che ciò non ostacoli il loro svolgimento e la soddisfazione delle fondamentali esigenze dei cittadini.

Il diritto europeo riconosce agli Stati membri ampia libertà nel definire quali servizi sono di interesse economico generale.

Un ulteriore e diverso concetto, che si affianca a quello di servizio pubblico, elaborato dal diritto europeo, è quello di “servizio universale”. Esso esprime l’idea che un nucleo di prestazioni – in considerazione dell’importanza e della funzione sociale che rivestono – siano assicurate a tutti i cittadini, a prescindere dalla loro posizione geografica e dalla scarsa appetibilità economica dell’attività, e a prezzi abbordabili. Il servizio universale è, quindi, caratterizzato

⁶ Art. 106 TFUE, secondo cui “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l’applicazione di tali norme non osti all’adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell’Unione”.

⁷ In questa prospettiva, la direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12.12.2006, relativa ai servizi nel mercato interno riconosce agli Stati membri di individuare, in conformità al diritto comunitario, i SIEG, di deciderne le modalità organizzative e finanziarie, di stabilire gli obblighi di servizio pubblico da imporre ai prestatori. Gli stati membri possono quindi scegliere di liberalizzare il servizio, ovvero di mantenerlo in regime di esclusiva in favore di Enti pubblici o privati, in base a congrue motivazioni di interesse generale.

dall'indispensabilità e si pone, pertanto, come sottoinsieme dell'insieme delle attività costituenti il servizio pubblico, come sua parte irrinunciabile per gli Stati.

3. Lo schema di decreto legislativo in tema di servizi pubblici locali.

Come si è visto, gli **artt. 16 e 19 della legge n. 124 del 2015** hanno delegato il Governo ad adottare “decreti legislativi di semplificazione dei seguenti settori: (...) c) servizi pubblici locali di interesse economico generale”.

Nell'esercizio di questa delega, il Governo ha adottato lo schema di decreto legislativo recante “la disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale” (art. 1, comma 1)⁸.

Ai sensi dell'art. 2 dello schema di decreto legislativo in esame, recante le “definizioni”, i “servizi pubblici locali di interesse economico generale” o “servizi di interesse economico generale di ambito locale” sono “i servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che i comuni e le città metropolitane, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale”.

Questa nozione di SPL di rilevanza economica riflette la nozione comunitaria di SIEG, secondo quanto già affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 325 del 2010.

L'art. 2, oltre a quella di servizi pubblici locali di interesse economico generale, definisce altre nozioni, tra cui quella di “servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete”, quali “servizi pubblici locali di interesse economico generale che siano suscettibili di essere organizzati tramite reti strutturali o collegamenti funzionali tra le sedi di produzione del bene o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio”.

I servizi a rete sono quindi caratterizzati dalla presenza di infrastrutture “fisiche” indispensabili alla distribuzione del servizio.

Si definisce poi la nozione di “affidamento del servizio” quale “contratto a titolo oneroso di appalto o concessione, stipulato nelle forme consentite dall'ordinamento, in virtù del quale gli enti pubblici competenti (...) affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale anche a rete, nonché l'esecuzione di lavori e opere pubbliche a esse strutturalmente e direttamente collegati, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo diritto esclusivo”.

Si tratta di una nozione che richiama quella, di matrice comunitaria, di concessione di pubblico servizio dettata dall'ormai abrogato art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006 e oggi dall'art. 3 del d.lgs. n. 50 del 2016⁹.

⁸ Si ricordi che, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lett. p), Cost., rientra negli ambiti di competenza legislativa statale la definizione delle funzioni fondamentali di comuni, città metropolitane e province. Al riguardo, si rammenta che: l'art. 14, comma 27, del decreto-legge n. 78 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010¹⁹, annovera, tra le funzioni fondamentali dei comuni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, alla lettera b), "l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale", e alla lettera f) "l'organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi"; l'art. 13 del Tuel attribuisce al comune tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori organici dei servizi alla persona e alla comunità, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze; l'art. 1 della legge n. 56 del 2014, al comma 44, lettera c), attribuisce alla città metropolitana, quale funzione fondamentale, la "strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano. D'intesa con i comuni interessati la città metropolitana può esercitare le funzioni di predisposizione dei documenti di gara, di stazione appaltante, di monitoraggio dei contratti di servizio e di organizzazione di concorsi e procedure selettive".

Altre nozioni rilevanti sono quella di “diritto esclusivo”, definito come “il diritto concesso da un’ autorità competente mediante una disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, compatibile con i trattati europei e avente l’effetto di riservare a un unico operatore economico l’esercizio di un’attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività”; e quella di “diritto speciale”, definito come “il diritto concesso da un’ autorità competente mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, compatibile con i trattati europei e avente l’effetto di riservare a due o più operatori economici l’esercizio di un’attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività”.

Nell’ambito della disciplina normativa comunitaria fino al 1996 l’espressione “diritti speciali” e “diritti esclusivi” era considerata pressoché equivalente. Le due nozioni sono state poi oggetto di specificazione in particolare nella direttiva 94/46/CE della Commissione europea sulle comunicazioni via satellite e, da ultimo, nella direttiva 2006/111/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all’interno di talune imprese. In tale sede è stato precisato che per “diritti esclusivi” si intendono i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un’impresa, mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, che riservi alla stessa, con riferimento ad una determinata area geografica, la facoltà di prestare un servizio o esercitare un’attività (art. 2, paragrafo primo, lettera f), della direttiva 2006/111/CE). Per “diritti speciali” si intendono “i diritti riconosciuti da uno Stato membro ad un numero limitato di imprese mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa che, con riferimento ad una determinata area geografica: i) limiti a due o più, senza osservare criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione, il numero delle imprese autorizzate a prestare un dato servizio o una data attività; o ii) designi, senza osservare detti criteri, varie imprese concorrenti come soggetti autorizzati a prestare un dato servizio o esercitare una data attività; o iii) conferisca ad una o più imprese, senza osservare detti criteri, determinati vantaggi, previsti da leggi o regolamenti, che pregiudichino in modo sostanziale la capacità di ogni altra impresa di prestare il medesimo servizio o esercitare la medesima attività nella stessa area geografica a condizioni sostanzialmente equivalenti” (art. 2, paragrafo primo, lettera g), della direttiva 2006/111/CE).

Si rammenta che la Corte di Giustizia dell’UE (a partire dalla sentenza del 17 maggio del 1993, causa C-320/91, c.d. sentenza Corbeau) ha posto in evidenza che il combinato disposto dei paragrafi 1 e 2 dell’articolo 86 del trattato della Comunità europea (confluito ora nell’articolo 106 del TFUE) consente agli Stati membri di conferire ad imprese, cui attribuiscono la gestione di servizi di interesse economico generale, diritti esclusivi che possono impedire l’applicazione delle norme del Trattato in materia di concorrenza, nella misura in cui restrizioni alla concorrenza, o persino l’esclusione di qualsiasi forma di concorrenza da parte di altri operatori economici, sono necessarie per garantire l’adempimento della specifica funzione attribuita alle imprese titolari dei diritti esclusivi.

L’art. 3, comma 1, nell’individuare il proprio ambito di applicazione, fa riferimento a tutti i servizi pubblici locali di interesse economico generale. Tuttavia, nei successivi commi, specifica come la disciplina comune a tutti i servizi pubblici locali di interesse economico generale riguardi esclusivamente le disposizioni in materia di modalità di affidamento dei servizi stessi, nonché ulteriori disposizioni del provvedimento contenenti modifiche e abrogazioni espresse di normative vigenti. Per il resto sono è fatta salva l’applicazione di una serie di discipline di settore, tra cui quella del trasporto pubblico locale, dettata dal d.lgs. n. 422 del 1997¹⁰.

Di particolare rilievo, ai fini del presente scritto, sono anche **le disposizioni dettate in tema di “assunzione del servizio”**.

Come è noto, nell’ambito della disciplina dei servizi pubblici, deve in via preliminare distinguersi tra assunzione del servizio e sua erogazione.

Ogni Ente pubblico può assumere una determinata attività e istituire il relativo servizio pubblico, se ciò corrisponde a un interesse la cui soddisfazione è ritenuta necessaria. Assumere

⁹ Ai sensi del quale, è “concessione di servizi” un “contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi (...) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”.

¹⁰ Il testo unico in esame reca, tuttavia, le seguenti disposizioni in materia di trasporto pubblico regionale e locale: l’art. 14 relativo ai bacini e livelli adeguati dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale; l’art. 17, che apporta modifiche alle competenze dell’Autorità di regolazione dei trasporti in materia di trasporto pubblico regionale e locale; l’art. 22, recante obblighi contrattuali e disposizioni per l’innovazione del trasporto pubblico locale; l’art. 23, che apporta modifiche ai criteri di riparto del Fondo per il concorso finanziario dello Stato al trasporto pubblico locale; l’art. 26, recante disposizioni per il contrasto all’evasione tariffaria nel settore del trasporto pubblico locale; l’art. 27, che reca disposizioni per la tutela dell’utenza nel settore del trasporto pubblico locale; l’art. 35, recante disposizioni in materia di trasporto pubblico locale per la pianificazione e finanziamento della mobilità urbana sostenibile.

un'attività a servizio pubblico per un Ente territoriale significa, infatti, semplicemente garantire che la sua prestazione sia svolta con modalità tali da assicurare adeguati livelli di garanzia di un interesse a protezione necessaria.

Il servizio pubblico è assunto dal soggetto pubblico con legge o con un atto generale, che ne rende doverosa la conseguente attività. Il momento dell'assunzione, dunque, non può che essere riservato all'Autorità pubblica, perché consegua a una valutazione dei bisogni da soddisfare ad essa appunto riservata.

L'art. 5, nel recare disposizioni in materia di assunzione del servizio pubblico locale di interesse economico generale, stabilisce che costituisce funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane "l'individuazione delle attività di produzione di beni e servizi di interesse economico generale, il cui svolgimento sia necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali".

Deve pertanto ritenersi che la qualificazione di servizio pubblico locale spetti a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a scelte di carattere eminentemente politico quanto alla destinazione delle risorse economiche disponibili ed all'ambito di intervento, e, su quello soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico.

L'ordinamento lascia, infatti, all'autonomia delle singole amministrazioni l'individuazione di interessi pubblici da soddisfare per assurgere a servizi pubblici.

Ai sensi del secondo comma dell'art. 5, l'individuazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale – fatti salvi quelli già previsti dalla legge – deve essere effettuata previa verifica che le attività non siano già fornite e non possano essere fornite da imprese operanti secondo le normali regole di mercato, in modo soddisfacente e a condizioni coerenti con il pubblico interesse come definito dall'amministrazione, in termini di prezzo, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio.

Viene così posto un limite alla discrezionalità con la quale gli Enti locali deliberano di assumere la titolarità di un servizio di interesse economico generale, nel senso che si impone loro di verificare previamente che il mercato non sia in grado di fornire l'attività, in modo soddisfacente e nel rispetto dei parametri definiti dal diritto europeo come identificativi di un SIEG: l'accessibilità economica, caratteristiche obiettive di qualità e sicurezza, continuità e accesso al servizio.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa, pur riconoscendo la natura ampiamente discrezionale dell'assunzione di un servizio pubblico, aveva già evidenziato, in passato, la necessità di un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti in tali scelte e in quelle di organizzazione del servizio, nonché di una congrua motivazione circa la convenienza della formula gestoria prescelta tra quelle indicate dalla legge. In particolare nella pronuncia n. 374/90, il Consiglio di Stato ha precisato che la gestione dei servizi pubblici è "logicamente e necessariamente preceduta dall'atto di assunzione del servizio".

L'art. 6 prevede che l'amministrazione sia tenuta a valutare se il perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico possa essere assicurato mediante: l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel mercato, qualora ciò sia specificamente previsto da una norma di legge; il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e titoli da utilizzare per la fruizione del servizio; ovvero l'attribuzione dell'obbligo di servizio pubblico a uno o più operatori economici individuati con le modalità di cui al successivo art. 7, ossia, in primo luogo, con **affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici.**

Le suddette disposizioni sono oggi contenute nel decreto legislativo n. 50 del 2016, recante "Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

L'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che "L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

In secondo luogo, l'obbligo di servizio pubblico può essere affidato a **società mista**, il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, nel rispetto delle modalità previste dall'ordinamento dell'Unione europea e dal decreto legislativo n. 175 del 2016, recante il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica.

Le società a capitale misto, pubblico-privato, costituiscono una delle forme di partenariato pubblico-privato, la cui codificazione risale al libro verde della Commissione Ce relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, presentato il 30.4.2004. Esso si riferisce, in generale, a "forme di cooperazione tra le Autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio" e si esplica mediante il tipo "puramente contrattuale" o quello "istituzionalizzato". Il partenariato pubblico privato di tipo "puramente contrattuale" è quello basato esclusivamente su legami contrattuali, quali l'appalto e la concessione, tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi - tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al *partner* privato, mentre il partenariato pubblico privato di tipo "istituzionalizzato" implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta, detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, che ha la missione di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico. La società mista rientra nel modello del partenariato istituzionalizzato, che la Commissione europea ha assimilato al partenariato contrattuale, ai fini dell'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni: alla scelta del socio privato, così come nell'affidamento a terzi di concessioni, pur in assenza di norme specifiche, devono applicarsi i principi di trasparenza, non discriminazioni, parità di trattamento e proporzionalità.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea (Sentenza CGE in causa C – 196/08) ha chiarito che gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente ai fini della fornitura di detto servizio e con un oggetto sociale esclusivo, in cui il socio privato è scelto mediante procedura ad evidenza pubblica previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione relativamente al servizio che deve essere erogato, nonché delle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni da fornire.

La Corte di Giustizia ribadisce il principio secondo cui che l'attribuzione di un appalto o di un servizio pubblico ad una società mista pubblico-privata senza indizione di gara può pregiudicare l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento, nella misura in cui una procedura siffatta offre ad un'impresa privata presente nel capitale di detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti. Peraltro, come osservato nella Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), il fatto che un soggetto privato e un'Amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti e concessioni.

Tuttavia, introdurre una doppia gara sarebbe difficilmente compatibile, secondo la Corte, con l'economia delle procedure cui si ispirano i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, come quello rappresentato dalle società miste, poiché l'istituzione di questi organismi riunisce, in uno stesso atto, la scelta di un socio economico privato e l'aggiudicazione della concessione alla società a capitale misto istituita a tale esclusivo scopo. Il ricorso a una duplice procedura, in primo luogo, per la selezione del socio privato della società a capitale misto e, in secondo luogo, per l'aggiudicazione della concessione a detta società, invece, sarebbe tale da disincentivare i soggetti privati e le Autorità pubbliche dalla costituzione di partenariati pubblico-privati istituzionalizzati, a causa della durata di siffatte gare e dell'incertezza giuridica dell'aggiudicazione della stessa al socio privato previamente selezionato.

Ne consegue che l'individuazione del socio privato mediante procedura concorsuale rispettosa dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione e, soprattutto, tramite criteri che tengano conto, oltre della capacità di diventare azionista, anche della sua perizia e capacità tecnica nel fornire il servizio e delle caratteristiche della sua offerta in considerazione delle prestazioni specifiche da fornire, appare conforme al diritto comunitario, rendendo non necessaria l'indizione di una seconda gara per l'affidamento del servizio, a condizione che la società a capitale misto mantenga lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara.

Il principio della gara a doppio oggetto è stato recepito nel nostro ordinamento, prima, dalla giurisprudenza, poi, dal legislatore. L'art. 23 bis, comma 2, della legge 6 agosto 2008 n. 133, di conversione del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 prevede infatti che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga, in via ordinaria, tramite due modalità: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite con il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica, secondo i principi del Trattato della Comunità europea e della normativa comunitaria in tema di contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità ; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

Viene così chiarito, a livello legislativo, quanto già affermato dalla prevalente giurisprudenza nazionale e comunitaria in ordine all'affidamento del servizio pubblico a società miste, all'uopo costituite e il cui socio privato sia scelto mediante procedure competitive ad evidenza pubblica: è ammesso l'affidamento diretto, a condizione che la selezione del partner privato avvenga mediante una procedura di gara "a doppio oggetto". La gara per la scelta del socio privato, cioè, deve riguardare sia la qualità di socio, sia l'attribuzione di specifici compiti operativi di gestione del servizio.

A seguito dell'abrogazione, per effetto del referendum popolare, dell'art. 23 bis, il principio della gara a doppio è stato nuovamente codificato dal comma 12 dell'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011, poi dichiarato incostituzionale dalla Consulta con la sentenza n. 199 del 2012.

Attualmente, la disciplina delle società a partecipazione mista pubblico-privata si rinviene nell'art. 17 del d.lgs. n. 175 del 2016, recante la disciplina delle società a partecipazione pubblica.

La disposizione in esame prevede che "1. Nelle società costituite per le finalità di cui all'articolo 4, comma 2, lettera c) [ossia per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero l'organizzazione e la gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2], **la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista**".

Si conferma così e si codifica nuovamente il principio della gara a doppio per la selezione del partner privato di una società mista affidataria della gestione di un servizio d'interesse generale.

L'art. 17 citato dispone, poi, che "2. Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione".

Peraltro, stabilisce il comma 3, "La durata della partecipazione privata alla società, aggiudicata ai sensi del comma 1 del presente articolo, non può essere superiore alla durata dell'appalto o della concessione. Lo statuto prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio".

La disposizione, infine, ribadisce che "6. Alle società di cui al presente articolo che non siano organismi di diritto pubblico, costituite per la realizzazione di lavori o opere o per la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di concorrenza, per la realizzazione dell'opera pubblica o alla gestione del servizio per i quali sono state specificamente costituite **non si applicano le disposizioni del decreto legislativo n. 50 del 2016**, se ricorrono le seguenti condizioni: a) la scelta del socio privato è avvenuta nel rispetto di procedure di evidenza pubblica; b) il socio privato ha i requisiti di qualificazione previsti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita; c) la società provvede in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio, in misura superiore al 70% del relativo importo".

Inoltre, è possibile la gestione diretta, mediante **affidamento in house**, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea e dalle disposizioni in materia di contratti pubblici e del testo unico sulle partecipazioni pubbliche.

L'art. 5 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha recepito l'art. 17 della direttiva 2014/23/UE (Concessioni tra enti nell'ambito del settore pubblico), l'art. 12 della direttiva 2014/24/UE (Appalti pubblici tra enti nell'ambito del settore pubblico), l'art. 28 della direttiva 2014/25/UE (Appalti tra amministrazioni aggiudicatrici), i quali - con identiche

disposizioni - disciplinano tipologie di concessioni e di appalti che presentano caratteristiche tali da poter essere escluse dall'ambito di applicazione della normativa europea in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici e da consentire il ricorso all'affidamento *in house*.

L'art. 5 citato prevede che "Una concessione o un appalto pubblico, nei settori ordinari o speciali, aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato, non rientra nell'ambito di applicazione del presente codice quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi; b) oltre l'80 per cento delle attività della persona giuridica controllata è effettuata nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore di cui trattasi; c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

Già prima della codificazione normativa europea, la giurisprudenza europea e nazionale avevano avuto modo di elaborare indici identificativi da utilizzare per verificare la legittimità del ricorso all'*in house providing*: la totale partecipazione pubblica; il controllo analogo, anche congiunto nel caso di affidamento *in house* in favore di società partecipata da più enti pubblici; la prevalenza dell'attività con l'ente affidante.

La disciplina dell'*in house* dettata dalle direttive del 2014 e recepita dal legislatore nazionale si è conformata alla giurisprudenza della Corte di Giustizia sui requisiti dell'*in house*, introducendo, tuttavia, rilevanti innovazioni.

In particolare, pur confermando che, nel caso di "*in house providing*", l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi, che ricorre qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata, ha aggiunto una precisa definizione in ordine all'ulteriore requisito della cosiddetta "parte più importante dell'attività svolta". È stata aggiunta, poi, la condizione ulteriore e parzialmente innovativa (rispetto alla giurisprudenza comunitaria e nazionale), secondo cui "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata".

Peraltro, analoga definizione delle società *in house*, anch'essa finalizzata a consentire affidamenti diretti da parte delle Amministrazioni controllanti, è contenuta anche nell'art. 16 del d.lgs. n. 175 del 2015, recante la disciplina delle società a partecipazione pubblica.

Infine, limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, è possibile **la gestione in economia o mediante azienda speciale**.

La scelta delle modalità di gestione è effettuata con provvedimento motivato dell'ente competente, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento e dal diritto europeo per la forma di gestione prescelta. Tale motivazione è prescritta - ai sensi del successivo comma 3 - anche per i casi di affidamento *in house* o di gestione dei servizi mediante azienda speciale, ipotesi nelle quali, peraltro, gli obblighi motivazionali risultano ancora più analitici.

L'articolo 8 stabilisce la **durata del periodo di affidamento**.

Essa è fissata dall'ente concedente in funzione della prestazione richiesta ed è correlata all'entità e alla durata degli investimenti, fermo restando che essa non può comunque eccedere il periodo necessario ad ammortizzare i programmi di investimento previsti in sede di affidamento (comma 1).

Qualora la durata del periodo di affidamento sia inferiore a quella necessaria per l'ammortizzazione degli investimenti, ai sensi dell'art. 11, comma 3 (cui il comma 2 dell'articolo in commento fa rinvio), il gestore subentrante è tenuto a corrispondere un indennizzo pari al valore contabile non ammortizzato (rivalutato per l'inflazione e al netto di contributi pubblici).

Il comma 3 pone un limite generalizzato alla durata dell'affidamento *in house* di servizi pubblici locali di interesse economico generale diversi da quelli a rete, stabilendo che essa non possa eccedere i cinque anni.

Con riferimento ai servizi a rete, ossia quelli caratterizzati dalla presenza di infrastrutture "fisiche" indispensabili alla distribuzione del servizio.

Ad essi lo schema di decreto legislativo in esame dedica apposite disposizioni.

L'art. 9 si occupa della proprietà e della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali essenziali.

Ai sensi del comma 1, gli enti competenti all'organizzazione del servizio individuano - in sede di affidamento della gestione delle reti e delle altre risorse patrimoniali (ovvero della gestione del servizio nei casi in cui non ci sia separazione fra gestione delle reti e gestione del servizio) - le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali destinati alla produzione del servizio.

Tali beni - indipendentemente dalla titolarità della proprietà - sono vincolati all'uso pubblico e ne deve essere garantita la disponibilità al fine della gestione del servizio (comma 2).

Il comma 3 prevede che le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali di proprietà degli enti pubblici possano essere conferiti, anche in forma associata, a società interamente possedute dall'ente o dagli enti conferenti.

A tali società - ai sensi del successivo comma 7 - può essere attribuita, oltre alla proprietà delle predette risorse, anche la loro gestione mediante affidamento diretto, nonché il compito di espletare le gare per individuare il soggetto gestore del servizio.

La gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali può essere affidata, al fine di favorire la tutela della concorrenza, separatamente dalla gestione del servizio, garantendo comunque l'accesso equo e non discriminatorio alle predette risorse. Tuttavia, gli enti competenti all'organizzazione del servizio possono stabilirne, per ragioni di efficienza, o, comunque, in funzione del maggior beneficio per gli utenti, la gestione unitaria (comma 4).

Reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali essenziali vengono posti a disposizione dei soggetti gestori dei medesimi impianti (ovvero dei gestori del servizio in presenza di gestione unitaria di rete e servizio), salvo diversamente previsto dalle discipline di settore, dietro corresponsione di un canone stabilito dalla competente autorità di settore, se prevista, ovvero dall'ente competente all'organizzazione del servizio (comma 6).

L'art. 11 disciplina il subentro del nuovo gestore nell'assegnazione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali in caso di scadenza dell'affidamento o di cessazione anticipata.

Tale disciplina è applicabile anche ai casi in cui la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali sia separata dalla gestione del servizio (comma 6).

Alla scadenza del periodo di affidamento e in esito al nuovo affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio, non essendo duplicabili a costi socialmente sostenibili, sono assegnati al nuovo gestore. Analogamente si procede in caso di cessazione anticipata (comma 1).

Nel caso di durata dell'affidamento inferiore rispetto al tempo di recupero dell'ammortamento ovvero di cessazione anticipata, si prevede, a carico del gestore subentrante, un indennizzo pari al valore contabile non ancora ammortizzato (comma 3).

4. Il trasporto a fune.

4.1. Nozione e tipologie.

Il trasporto a fune è il trasporto effettuato mediante **impianti funiviari non terrestri, ossia senza rotaie al suolo**, e comprende le funivie, le seggiovie, le cabinovie, le sciovie e altri analoghi impianti di risalita. Esso trova disciplina in alcune leggi nazionali e, soprattutto, nella legislazione regionale¹¹.

¹¹ Si ricordi infatti che il D.P.R. del 14 gennaio 1972, n. 5 ha trasferito alle Regioni le funzioni amministrative degli organi centrali e periferici dello Stato in materia di tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale, chiarendo che sono di interesse della Regione nel cui ambito si svolgono i pubblici servizi tranviari, i servizi filoviarie, funicolari terrestri e i servizi esercitati con funivie di ogni tipo (art. 1). Il D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616, poi, ha stabilito che le funzioni amministrative relative alle materie tranvie e linee automobilistiche di interesse regionale concernono i servizi pubblici di trasporto di persone e merci (esclusi gli effetti postali) esercitati con linee tranviarie, metropolitane, filoviarie, funicolari e funiviari di ogni tipo, automobilistiche (anche sostitutive di linee tranviarie e ferroviarie in concessione e di linee delle ferrovie dello Stato definitivamente soppresse a norma del regio decreto 21 dicembre 1931, n. 1575), anche se la parte non prevalente del percorso si svolge nel territorio di un'altra regione.

Per quanto concerne l'aspetto che qui interessa, ossia quello delle modalità di gestione e di affidamento, si può rilevare come generalmente, a livello regionale, il trasporto di persone mediante impianti funiviari sia qualificato servizio pubblico¹². La realizzazione e l'esercizio dell'impianto è soggetto a regime concessorio: alla concessione, necessaria per l'esecuzione dei lavori e la successiva gestione dell'impianto, segue normalmente un'autorizzazione, rilasciata previa apposita verifica tecnica, per l'apertura al pubblico esercizio.

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

Si deve distinguere, infatti, tra **impianti a fune c.d. di collegamento**, i quali comprendono le linee che costituiscono, da sole o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi¹³; e **impianti a fune volti alla pratica degli sport invernali**.

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

La **legge n. 1110 del 1927** – recante “Provvedimenti per la concessione all'industria privata dell'impianto e dell'esercizio di funicolari aeree e di ascensori in servizio pubblico” – disciplinerebbe gli impianti c.d. di collegamento, prevedendo che la costruzione e l'esercizio di funivie in servizio pubblico, per il trasporto sia di persone sia di cose, avvenga previo rilascio, prima dell'inizio dei lavori, di una concessione di durata massima quarantennale (a seconda dei casi del Comune, della Provincia o del Ministero dei trasporti). L'art. 2 chiarisce, in particolare, che il decreto di concessione implica la dichiarazione di pubblica utilità per tutto quanto concerne le funivie in servizio pubblico, applicandosi le disposizioni relative alle espropriazioni nei riguardi delle ferrovie in regime di concessione all'industria privata. Il concessionario ha quindi diritto di passare sulle altrui proprietà con le funi delle vie funicolari aeree, previo pagamento di un indennizzo. Se le funivie sono destinate a servire Comuni isolati o a favorire comunicazioni tra centri abitati o fra essi e stazioni ferroviarie, tramviarie e lacuali o rivestono, comunque, notevole interesse pubblico, poi, è prevista la possibilità di accordare una sovvenzione statale.

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

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

¹² Si veda, ad esempio, l'art. 3 della Legge della Provincia autonoma di Bolzano n. 1 del 2006, secondo cui “**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”.

¹³ Questa è la definizione che si rinviene ad esempio nella legge provinciale di Bolzano n. 1 del 2006, all'art. 4.

La distinzione tra le due tipologie di impianti a fune sarebbe confermata anche a livello comunitario: la **Comunicazione della Commissione europea 2002/C 172/02**¹⁴, ad esempio, fa discendere da quella differenza importanti conseguenze in tema di aiuti di Stato.

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

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

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

Ancorché specificamente riferita al tema degli aiuti di Stato, secondo taluni, la distinzione tracciata dalla Commissione europea nella Comunicazione del 2002 avrebbe portata generale e confermerebbe quella che emerge dalla normativa nazionale. Da tale distinzione si desumerebbe, quale fondamentale conseguenza, la non qualificabilità, come servizio pubblico, dell'attività di trasporto di persone mediante impianti a fune, se destinata essenzialmente alla pratica di sport invernali, e la non sottoposizione a un vero e proprio regime concessorio della sua gestione, con la conseguenza che non sarebbe necessario il ricorso al mercato per l'affidamento a soggetti terzi.

Secondo altro orientamento, invece, la gestione di impianti a fune si qualifica sempre come servizio pubblico locale: è questa, ad esempio, l'opinione **dell'Autorità nazionale anticorruzione**, espressa nel **parere precontenzioso n. 135 del 2015**.

La costruzione e la gestione di impianti a fune, compresi gli impianti sciistici, finalizzati allo sviluppo turistico del territorio, costituirebbe un servizio pubblico locale di rilevanza economica, “in quanto ha una sua soggettiva e oggettiva qualificazione, la quale deve garantire la realizzazione di prevalenti fini sociali, oltre che la promozione dello sviluppo economico e civile delle relative comunità; nel caso in cui l'ente scelga di non gestire direttamente il servizio pubblico bensì di affidare la gestione ad altri tramite concessione, la scelta del concessionario dovrà necessariamente

¹⁴ Si tratta della Comunicazione indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato n. 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune.

rispettare i principi dell'ordinamento comunitario volti a valorizzare e salvaguardare i principi di trasparenza, massima partecipazione, concorrenza e proporzionalità che, nel nostro ordinamento sono significativamente ribaditi non solo dall'art. 1 della legge fondamentale sull'esercizio dei pubblici poteri, vale a dire la legge n. 241 del 1990, ma anche dall'art. 27 e, ancor più significativamente, dall'art. 30 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, tenendo conto che tale ultimo articolo disciplina l'affidamento di concessioni di servizi”

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

4.2. L'affidamento del servizio di trasporto a fune.

4.2.1. Il trasporto pubblico locale, in generale.

L'art. 113 del T.U.E.L. prevedeva espressamente che le relative disposizioni non si applicavano “al settore del **trasporto pubblico locale** che resta disciplinato dal decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422, e successive modificazioni” (al comma 1 bis), nonché “agli **impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane**” (comma 2 bis).

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

L'art. 113 del T.U.E.L., tuttavia, è stato abrogato dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, recante la nuova disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nelle parti incompatibili con le disposizioni da esso dettate¹⁵. L'art. 23 bis, inoltre, nel far salve le discipline di settore di alcuni servizi pubblici locali, limitava il suo riferimento, per quanto concerne il trasporto locale, alle disposizioni del d. lgs. n. 422 del 1997 “relativamente alla disciplina del trasporto ferroviario regionale”.

Anche l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, volto all’“Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare” con cui è stato abrogato l'art. 23 bis, ha previsto, al comma 34 bis¹⁶, che la nuova disciplina si applicasse anche al trasporto pubblico regionale e locale.

Da ultimo, lo **schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali**, nel definire il proprio ambito di applicazione, fa salva, con riferimento al trasporto pubblico locale, la disciplina di settore, con l'eccezione delle “disposizioni relative alle modalità di affidamento” e delle “disposizioni modificative ed espressamente abrogative contenute nel testo unico”.

In particolare, si prevede che, trattandosi di servizio pubblico a rete, le regioni siano tenute a definire i bacini di mobilità nel rispetto di specifiche disposizioni dettate dall'art. 14. Peraltro, ai fini dello svolgimento delle procedure di scelta del contraente per i servizi di trasporto locale e regionale, il comma 4 prevede che “gli enti affidanti articolino i bacini di mobilità in più lotti, oggetto di procedure di gara e di contratti di servizio”.

Vengono poi ridisciplinate le competenze dell'Autorità di regolazione dei trasporti in materia di trasporto pubblico locale.

Il Titolo V, infine, reca specifiche misure in materia di trasporto pubblico locale: vengono imposti specifici obblighi contrattuali a carico delle imprese gestrici; sono dettati nuovi criteri per il riparto del Fondo per il concorso finanziario dello Stato al trasporto pubblico locale; sono potenziati gli strumenti di contrasto all'evasione tariffaria; sono introdotte misure di tutela degli utenti, tra cui il rimborso del prezzo del biglietto, in caso di disservizio.

Il **servizio di trasporto locale**¹⁷, nel quale rientrano, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d. lgs. 19 novembre 1997, n. 422, “l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari,

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

¹⁶ Comma inserito dall'art. 9, comma 2, lett. o), della legge n. 183 del 2011 e poi modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b), n. 1), del d.l. n. 1 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27 del 2012.

lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale", quindi, è stato assoggettato, prima dall'art. 23 bis e poi dall'art. 4 e oggi dal nuovo decreto legislativo in materia di SPL (non ancora in vigore), alla **disciplina generale in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, sotto il profilo delle modalità di gestione e di affidamento**. Detta disciplina è prevalsa su quella di settore, dettata dal d. lgs. n. 422 del 1997, che per gli altri aspetti è rimasta in vigore ed applicabile.

L'abrogazione dell'art. 23 bis da parte del *referendum* popolare e la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 4 hanno posto però, anche con riferimento al servizio pubblico di trasporto locale, il problema della specifica disciplina applicabile, almeno finché non verrà approvato lo schema di decreto legislativo sui SPL.

In proposito, deve osservarsi che, nonostante l'abrogazione dell'art. 23 bis per effetto della consultazione referendaria non abbia determinato alcuna reviviscenza delle norme abrogate, all'indomani di detta abrogazione, si è continuato a ritenere applicabile la normativa di cui al d. lgs. n. 422 del 1997, in quanto essa non era stata abrogata dall'art. 23 bis, anche perché non dettava una disciplina con esso incompatibile.

Ugualmente, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 non ha escluso l'applicabilità, al servizio di trasporto pubblico locale, della disciplina di settore dettata dal d.lgs. n. 422 del 1997, che non era stata dallo stesso abrogata.

In conclusione, anche con riferimento al settore del trasporto pubblico locale, deve ritenersi che la sentenza n. 199 del 2012 della Consulta non abbia creato un vuoto normativo, in quanto trova applicazione, da un lato, **la previgente normativa di settore non abrogata** né dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, né dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, dall'altro, **la normativa comunitaria**.

Ciò è confermato dalle previsioni dello schema di decreto legislativo in materia di SPL.

In relazione alla prima, si deve fare riferimento all'**art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997**¹⁸ che pone la regola dell'esternalizzazione del servizio, mediante affidamento tramite gara a soggetti terzi rispetto all'Ente locale¹⁹. La norma dispone, infatti, che "Allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale", il loro affidamento e la scelta del gestore del servizio deve avvenire mediante procedure concorsuali, in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizio.

L'art. 22, infatti, al comma 11, reca una norma di interpretazione autentica dell'art. 18, comma 2, lettera a), quarto periodo, del d.lgs. n. 422 del 1997. Quest'ultima disposizione prevede che l'esclusione dal divieto di partecipare alle gare per l'affidamento di servizi di trasporto recato al precedente periodo (riguardante le società destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli artt. 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007/114 e

¹⁷Per quanto concerne la disciplina europea, il regolamento (CE) n. 1370 del 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, ha provveduto: a definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto comunitario, nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano più numerosi e di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire; a stabilire le condizioni alle quali le autorità competenti, allorché impongono o stipulano obblighi di servizio pubblico, compensano gli operatori di servizio pubblico per i costi sostenuti e/o conferiscono loro diritti di esclusiva in cambio dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico⁷⁵

¹⁸ Si tratta del c.d. decreto Burlando, attuativo della delega di cui alla legge n. 59 del 1997. La norma di cui all'art. 18 ha imposto, per favorire la concorrenza, il graduale passaggio dal monopolio del concessionario ad una maggiore apertura al mercato, quindi all'affidamento del servizio mediante gara (cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 80 del 2006); iniziando così il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici (poi proseguito, come noto, con la modifica dell'articolo 113 T.U.E.L., introdotta ad opera della finanziaria per il 2002, cioè con la legge n. 448 del 2001) proprio nel settore dei trasporti, tradizionalmente esercitato in regime di tipo monopolistico (TAR Basilicata, n. 446 del 2011).

¹⁹ Il testo normativo sembrerebbe riferirsi anche ai trasporti a fune, in quanto la nozione di trasporto locale che fornisce è particolarmente ampia, ricomprendendo "l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale", tra cui ben possono farsi rientrare anche gli impianti di risalita.

la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019) non si applichi alle imprese affidatarie del servizio oggetto di procedura concorsuale. Ai sensi del comma in esame, l'esclusione deve intendersi circoscritta ai soli casi nei quali dette imprese concorrano all'affidamento del servizio già gestito, ovvero di un servizio avente caratteristiche qualitative, quantitative simili o che sia ricompreso nello stesso ambito territoriale dove già operano, fermo restando il divieto a partecipare a procedure "che affidano servizi con dimensioni economiche e geografiche su scala più ampia".

Ai sensi del comma 12 del medesimo art. 22, sono fatte salve le modalità di affidamento diretto dei servizi di trasporto previste dal regolamento (CE) n. 1370/2007.

In relazione alla normativa comunitaria, invece, deve farsi riferimento al **Regolamento CE 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007**²⁰, entrato in vigore il 3 dicembre 2009, il quale però si applica solamente "all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada"²¹.

Il regolamento – nel disciplinare le modalità con cui le Autorità nazionali possono intervenire nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale nel rispetto del diritto comunitario – riconosce alle stesse la possibilità di scegliere tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione del servizio.

L'art. 5, comma 2, in particolare, prevede che, "a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, le Autorità competenti a livello locale (...) hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'Autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture" (si tratta del c.d. *in house providing*).

In alternativa, prosegue il terzo comma del medesimo art. 5, l'Autorità competente può rivolgersi "a un terzo diverso da un operatore interno": in tal caso, "aggiudica i contratti di servizio pubblico mediante una procedura di gara, ad esclusione dei casi contemplati nei paragrafi 4, 5 e 6"²². La procedura di gara è equa, aperta a tutti gli operatori e rispetta i principi di trasparenza e di non discriminazione".

Venuta meno la normativa nazionale pro concorrenziale più restrittiva di quella comunitaria, quindi, anche per i servizi pubblici locali di trasporto sono previste **le seguenti modalità di gestione**: affidamento mediante **procedure di gara ad evidenza pubblica**²³; affidamento diretto a **società miste**²⁴, in cui il socio privato sia selezionato attraverso una gara a doppio oggetto, finalizzata cioè alla scelta del *partner* e all'affidamento della specifica attività di gestione del servizio, senza l'obbligo di una partecipazione pubblica o privata minima; **affidamento in house o gestione in economia**²⁵.

4.2.2. Il trasporto a fune, in particolare.

Alla luce del quadro normativo così ricostruito, si può ora affrontare **il tema della disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici di trasporto a fune**.

In proposito, possono enuclearsi due diverse opzioni interpretative.

²⁰ Pubblicato nella G.U.U.E. 3 dicembre 2007, n. L 315.

²¹ Sembra, pertanto, escluso dal suo ambito di applicazione il trasporto a fune, che come si è detto si caratterizza per essere senza rotaie al suolo.

²² Si tratta delle ipotesi di affidamento diretto dei contratti sottosoglia, in caso di emergenza, ferroviario.

²³ Ciò è possibile in forza dell'art. 5 del Reg. CE 1370/2007, dell'art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997, nonché in generale, come per tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, in forza dell'art. 106 TFUE.

²⁴ Anche questa modalità di affidamento è ormai ammessa in via generale, per tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica, dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale.

²⁵ In senso parzialmente contrario, TAR Puglia, Lecce, n. 3436 del 2007, secondo cui l'affidamento del servizio pubblico di trasporto deve avvenire tramite procedure di evidenza pubblica, non sussistendo, per tali servizi, alcuna previsione derogatoria alla necessità del ricorso alle procedure di evidenza pubbliche (art. 18 del d.lgs. n. 422 del 1997). Affinché possa esperirsi legittimamente un affidamento diretto, infatti, occorre che vi sia una specifica previsione normativa derogatoria al principio di concorsualità e concorrenza, e che ricorrano tassativamente le condizioni dalla stessa previste.

Da un lato, può ben ritenersi che l'art. 113 T.U.E.L., laddove escludeva dal suo ambito di applicazione, oltre al trasporto pubblico locale, “gli impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane”, sia stato tacitamente abrogato dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, il quale ha voluto introdurre una disciplina generale delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, salve le specifiche esclusioni e deroghe da esso stesso previste.

Impostazione che potrebbe ritenersi confermata dallo **schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali**, che, nel definire il proprio ambito di applicazione, fa salva, con riferimento al trasporto pubblico locale, la disciplina di settore, con l'eccezione delle “disposizioni relative alle modalità di affidamento”, oltre che delle “disposizioni modificative ed espressamente abrogative contenute nel testo unico”.

Poiché a seguito dell'abrogazione dell'art. 23 bis per effetto della consultazione referendaria non si è avuta una reviviscenza della norma abrogata, ossia della deroga introdotta per il trasporto a fune dall'art. 113 T.U.E.L., e poiché anche la successiva normativa, dettata dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, è venuta meno, il servizio pubblico di trasporto funiviario deve ritenersi assoggettato alla disciplina generale dettata in tema di servizi pubblici locali a rilevanza economica (che sarà dettata, al momento della sua entrata in vigore, dallo schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali), nonché, laddove applicabile, alla specifica disciplina del servizio pubblico di trasporto locale²⁶.

In questo senso si è espresso il **Consiglio di Stato**²⁷, il quale, in relazione ad una procedura di affidamento della concessione di esercizio, in servizio pubblico, di trasporto di una funivia, ha ricostruito il quadro legislativo facendo riferimento agli artt. 30, 210 e 216 del d.lgs. n. 163 del 2006.

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

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

Ne consegue, secondo il Consiglio di Stato, che, “in specie in forza di quanto previsto dal citato art. 216, la disciplina di riferimento da osservare in sede di affidamento della concessione di che trattasi [ossia di trasporto funiviario] è quella generale dettata dall'art. 30 d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, sicché si impone il rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi”.

È tuttavia possibile **una diversa lettura interpretativa**, secondo la quale il comma 2 bis dell'art. 113 T.U.E.L., laddove escludeva dal suo ambito di applicazione gli impianti di trasporto funiviario, non sarebbe stato abrogato dalla successiva disciplina: non è ricompreso, infatti, tra le

²⁶ Dettata, come si è visto, dal d.lgs. n. 422 del 2012 e dal Reg. Ce 1370/2007.

²⁷ Si tratta del parere n. 1155 del 18.4.2007, reso dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato su richiesta del Ministero dei Trasporti in relazione alla legittimità della procedura di affidamento della concessione di esercizio in servizio pubblico di trasporto della funivia Savona-San Giuseppe di Cairo.

disposizioni del testo unico espressamente abrogate dal regolamento di attuazione dell'art. 23 bis (art. 12 del D.P.R. n. 168 del 2010).

Detta disposizione, insomma, sarebbe ancora in vigore, con la conseguenza che opererebbe ancora oggi, per gli “impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane”, la deroga alla disciplina generale in tema di affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica: questa disciplina, cioè, non si applicherebbe a detti impianti, che rimarrebbero assoggettati alla normativa nazionale e regionale per essi specificamente dettata.

Nel senso che il disposto del comma 2 bis dell'articolo 113 del TUEL, nella parte in cui prevede un regime di deroga specifico per quanto attiene proprio agli impianti di trasporto a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati nelle località montane, sia ancora in vigore si è espresso il **Tar Lazio, Roma**²⁸.

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

In senso contrario, invece, si è espresso il **Consiglio di Stato**, secondo cui il comma 2 bis dell'art. 118 del d.lgs. n. 267 del 2000 sarebbe stato abrogato dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, in quanto indubbiamente incompatibile con la suddetta disposizione²⁹. Il primo comma dell'art. 23 bis, infatti, per un verso stabiliva, in termini generali: “Le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili”; per altro verso, contemplava delle specifiche eccezioni alla regola appena trascritta tra le quali non rientrava, però, quella degli impianti di trasporto a fune (ma solo, nel settore dei trasporti, quella del trasporto ferroviario regionale).

Si potrebbe allora confermare l'esistenza di una distinzione tra **impianti a fune c.d. di collegamento**, che rientrerebbero nella nozione di servizio pubblico di trasporto locale e sarebbero assoggettati alla medesima disciplina, soprattutto per quanto concerne l'obbligo della gara nel caso di affidamento a soggetti terzi; e **impianti a fune volti alla pratica degli sport invernali**, che invece non costituirebbero veri e propri servizi pubblici.

Gli impianti a fune appartenenti a questa categoria, infatti, non forniscono un servizio di trasporto volto a soddisfare esigenze di mobilità generale della popolazione, ma sono finalizzati a generare profitti per il tramite degli sport invernali³⁰. Si tratta, cioè, di attività di carattere puramente commerciale, che non rispondono ad esigenze generali e fondamentali della popolazione relative a servizi considerati come parte essenziale della vita quotidiana³¹.

Ne consegue che, per la realizzazione e l'esercizio di impianti funiviari a servizio di un'area sciistica, sarebbe sufficiente il rilascio di un titolo autorizzatorio, adottato dall'Amministrazione competente all'esito di un'istruttoria tecnica, che consenta di garantire la tutela di tutti gli interessi pubblici coinvolti, quali l'ambiente, la salute, la sicurezza pubblica³². Non sarebbe necessaria,

²⁸ Sentenza n. 2538 del 2011.

²⁹ Sentenza n. 1171 del 2015.

³⁰ In tal senso, vedi la Comunicazione della Commissione europea indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato n. 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune. Si veda anche, Tar Lombardia, Milano, n. 4550 del 2009, secondo cui il servizio di trasporto locale di persone ha natura di servizio pubblico, atteso che la relativa nozione deve essere riferita ad attività che di per sé sono di interesse pubblico, perché intrinsecamente dotate di rilevanza pubblicistica in virtù della generalità degli interessi che sono dirette a soddisfare, a prescindere dalla qualificazione del soggetto cui la detta attività sia imputata.

³¹ Vedi sempre la Comunicazione della Commissione europea indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato n. 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune.

³² L'art. 22 della legge Veneto n. 21 del 2008, ad esempio, prevede che “il rilascio della concessione di linea e dell'autorizzazione alla realizzazione dell'impianto è reso sulla base della contestuale valutazione di tutti gli aspetti interessati, tra i quali, in particolare, quelli programmatori, trasportistici, idrogeologici, forestali, idraulici, urbanistici, ambientali, paesaggistici e valanghivi”.

invece, una vera e propria concessione, in quanto con il provvedimento abilitativo l'Ente locale non esternalizza un servizio di sua competenza, ma attua una funzione di programmazione e controllo dell'uso del territorio e dello svolgimento di attività economiche utili, ma potenzialmente pericolose.

La c.d. concessione di linea – ossia l'autorizzazione a realizzare ed esercitare l'impianto di risalita – insomma, non sarebbe una vera e propria concessione di servizio pubblico, perché non attribuisce al concessionario il diritto/dovere di gestire un'attività volta a soddisfare bisogni, ritenuti essenziali, dei cittadini, che altrimenti l'Ente pubblico concedente dovrebbe organizzare, gestire ed erogare in proprio. Ciò comporta che, ai fini del suo rilascio, se si tratta di impianto esclusivamente finalizzato alla mobilità turistico-sportiva, non si applica la disciplina nazionale e comunitaria in tema di affidamento dei servizi pubblici economici e, in particolare, di trasporto pubblico locale. Non sarà necessario, quindi, l'espletamento di una procedura di gara ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario, come generalmente richiesto dalla normativa nazionale e comunitaria in tema di concessione di servizi pubblici.

In tal senso, ad esempio, con riferimento al trasporto di sciatori con aeromobili eliski, il TAR Valle d'Aosta³³ ha rilevato che “Si tratta di attività per la quale i Comuni interessati non corrispondono alcun prezzo, e dalla quale non ricavano alcuna prestazione e che dunque (...) non è riconducibile nello schema del contratto di appalto. Ma neppure vi sono i presupposti per qualificare il rapporto in esame come concessione di servizio di trasporto (in quanto tale, per effetto dell'art. 30 del Codice dei contratti pubblici, sottoposto alla giurisdizione del giudice amministrativo): la legge regionale³⁴ che disciplina l'esercizio di tale attività non solo non ne individua la titolarità in capo al Comune, ma nemmeno prevede il potere dell'Amministrazione di imporre all'operatore tariffe determinate; così come non fa obbligo al Comune di reperire un operatore, sopportandone i costi, nell'ipotesi in cui non vi siano soggetti interessati allo svolgimento di tale attività”.

“Vero è”, prosegue il Tribunale, “che la convenzione stipulata in attuazione della disciplina regionale appena richiamata reca nell'oggetto: “contratto di concessione per il servizio di trasporto sciatori con aeromobili per attività di eliski”. Così come – nel testo del contratto – il titolare dell'autorizzazione viene indicato come soggetto concessionario. Ma questa circostanza (...) non è sufficiente per qualificare il rapporto in termini diversi da quelli che si ricavano dalla disciplina regionale”.

Anche il Tar Sicilia, Palermo³⁵, con riferimento ai c.d. servizi di gran turismo (quali il giro della città in *pulman*), ha osservato che, poiché sono “diretti in modo preminente a soddisfare esigenze turistiche, non rientrano nell'ambito del servizio pubblico di trasporto, ma consistono molto più semplicemente in un'attività d'impresa privata soggetta ad autorizzazione”.

La sentenza sottolinea la sostanziale differenza tra il servizio di gran turismo ed il servizio pubblico di trasporto a mezzo autobus, attribuendo rilievo particolarmente significativo all'art. 6 del d.lgs. n. 59 del 2010³⁶ che, nell'indicare, al primo comma, le attività che rientrano nel novero dei servizi di trasporto – esclusi dalle liberalizzazioni ivi dettate – contiene un'elencazione di servizi

³³ Si tratta della sentenza n. 38 del 2010.

³⁴ La legge regionale n. 5 del 1998 chiarisce che “l'esercizio delle attività di trasporto sciatori è regolamentato da apposite convenzioni da stipularsi da parte dei Comuni competenti per territorio con i soggetti che offrono al pubblico il servizio di eliski, sulla base di una convenzione tipo redatta dall'Assessorato competente per il Turismo e approvata dalla Giunta Regionale, previo parere delle Commissioni consiliari competenti” (art. 2, comma 3). La legge regionale prevede poi che, “per ragioni di sicurezza, ogni Comune autorizza un solo soggetto a svolgere attività di eliski, individuandolo con le procedure previste dalle leggi vigenti per l'affidamento di forniture di servizi da parte degli enti pubblici” (art. 2, comma 3).

³⁵ Sentenza n. 452 del 2012.

³⁶ Si tratta dell'attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno. Secondo l'art. 6, “Le disposizioni del presente decreto non si applicano ai servizi di trasporto aereo, marittimo, per le altre vie navigabili, ferroviario e su strada, ivi inclusi i servizi di trasporto urbani, di taxi, di ambulanza, nonché i servizi portuali e i servizi di noleggio auto con conducente”.

che hanno, quale denominatore comune, la primaria esigenza per gli utenti di spostarsi da un luogo ad un altro, diversamente da quei servizi nei quali il trasporto è strumentale al perseguimento di altra finalità, elencati al secondo comma. Ancora più probante, secondo il Tribunale, appare poi il considerando n. 13 del regolamento CE n. 1370/2007, che chiarisce che ai servizi pubblici di trasporto non possono essere assimilati quei servizi prestati essenzialmente per il loro valore turistico³⁷.

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

Per contro, **gli impianti a fune destinati al soddisfacimento di bisogni di trasporto della popolazione** rientrerebbero a pieno titolo nella nozione di servizio pubblico di trasporto locale e sarebbero assoggettati alla medesima disciplina, dettata dal d. lgs. n. 422 del 1997, dal Regolamento Ce 1370 del 2007, nonché dai principi e alle regole generali in materia di servizi di interesse economico generale.

Qualora la realizzazione e l'esercizio di detti impianti venga esternalizzato dagli Enti locali, mediante concessione a soggetti terzi, quindi, sarà necessario espletare una procedura concorsuale improntata ai principi di trasparenza, pubblicità, parità di trattamento, non discriminazione e proporzionalità.

La distinzione, nell'ambito del trasporto effettuato mediante impianti a fune, tra trasporti costituenti l'unico sistema di collegamento tra comuni e frazioni di comune e trasporti strumentali al funzionamento di strutture sportivi (quali le piste da sci) e ausiliarie (come rifugi, posti di ristoro, ecc...), allestiti dai comuni per finalità di incremento turistico e di sviluppo economico del territorio montano, è fatta propria anche dalla Corte di Cassazione, ancorché a fini fiscali e, in particolare, di esenzione da IVA delle relative prestazioni³⁸.

4.2.3. La normativa regionale.

Come si è visto, la disciplina del trasporto a fune è dettata, prevalentemente, dalla legislazione regionale.

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

Così ad esempio, la legge della **Valle d'Aosta** n. 20 del 2008 stabilisce che "Sono considerate in servizio pubblico tutte le linee funiviarie ed in particolare quelle destinate al trasporto, con offerta indifferenziata, dei clienti degli alberghi o in generale di esercizi pubblici di tipo ricettivo, commerciale o sportivo, degli ospiti dei convitti, collegi e comunità in genere e degli allievi delle scuole di sci, ancorché in uso gratuito o gestite dai titolari dei rispettivi esercizi. Non sono, invece, considerate in servizio pubblico le linee funiviarie utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dal proprietario, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e dalle persone che devono servirsi occasionalmente della linea per assistenza medica, pubblica sicurezza o simili". Il successivo art. 5 prevede poi che "La costruzione e l'esercizio di linee funiviarie, destinate al trasporto in servizio pubblico di persone ovvero di persone, di cose e animali, sono subordinati a concessione per la costruzione e l'esercizio rilasciata con deliberazione

³⁷ Secondo cui, "Alcuni servizi, spesso connessi con un'infrastruttura specifica, sono prestati essenzialmente per il loro interesse storico o per il loro valore turistico. Poiché questi servizi hanno scopi manifestamente diversi dalla fornitura di trasporto pubblico di passeggeri, non è necessario che la loro prestazione sia disciplinata dalle norme e dalle procedure applicabili agli obblighi di servizio pubblico".

³⁸ Cass. civ., sez.I, 1992 n. 8223 e n. 8224.

della Giunta regionale”, che “sostituisce ogni altro provvedimento autorizzatorio di competenza regionale ai fini della realizzazione della linea funiviaria e delle relative opere complementari”. Peraltro, “La deliberazione della Giunta regionale che rilasci la concessione di linee (...) costituisce ad ogni effetto dichiarazione di pubblica utilità”, con la conseguenza che il concessionario può ottenere in via coattiva la titolarità della proprietà delle aree necessarie alla costruzione delle stazioni e delle aree limitrofe destinate a parcheggi necessari ad integrare le finalità dell’impianto; della servitù sulle aree su cui insistono i sostegni dell’impianto, della servitù aerea, della servitù di transito sul terreno di sciatori al traino di sciovie, delle servitù di elettrodotto interrato o aereo, della servitù di passo a piedi e con veicoli per consentire il raccordo con il più vicino impianto a fune e delle eventuali altre servitù ritenute necessarie per la costruzione e l’esercizio dell’impianto. Ultimata la costruzione dell’impianto secondo il progetto appositamente approvato, il concessionario deve conseguire l’autorizzazione all’apertura dell’impianto al pubblico esercizio, previa apposita verifica tecnica da parte dell’Amministrazione competente.

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

La legge del **Veneto** n. 21 del 2008 stabilisce che “sono impianti a fune gli impianti destinati al servizio pubblico autorizzati all’esercizio per il trasporto di persone e cose” e, in particolare, quelli che “da soli o in proseguimento con altre linee di trasporto in servizio pubblico, costituiscono in preminenza un collegamento tra strade o ferrovie e centri abitati o tra i centri stessi”, nonché quelli “che consentono di raggiungere l’area adatta agli sport sulla neve superando zone inadatte alla loro pratica, denominati impianti di arroccamento, (...) che consentono il collegamento tra aree sciabili attrezzate superando zone inadatte o non destinate alla pratica degli sport sulla neve, denominati impianti di collegamento, (...) che consentono all’utente di superare ripetutamente il dislivello necessario a raggiungere la partenza di una pista, denominati impianti di ricircolo” (art.17). L’art. 18 chiarisce che “l’esercizio degli impianti è subordinato al rilascio di una concessione di linea”. Peraltro, “nel provvedimento di concessione sono specificati gli obblighi che gravano sul concessionario”, quali il trasporto gratuito della posta nei periodi e orari di esercizio, su richiesta del soggetto gestore del servizio pubblico postale; il trasporto di cose secondo le caratteristiche tecniche dell’impianto; il trasporto gratuito di personale degli enti competenti alla vigilanza, nell’esercizio delle proprie funzioni; il trasporto gratuito di personale incaricato delle operazioni di soccorso. L’apertura al pubblico esercizio degli impianti, infine, è subordinata al rilascio di un’apposita autorizzazione, previa verifiche tecniche dell’impianto realizzato.

Ugualmente la Legge della Provincia autonoma di **Bolzano** n. 1 del 2006 stabilisce che “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”, prevedendo poi che “la costruzione e l'esercizio degli impianti a fune in servizio pubblico sono soggetti a concessione”, il cui beneficiario può chiedere, se non ne ha la disponibilità, l'espropriazione dei terreni su cui realizzare l'impianto o la costituzione di diritti di servitù coattiva. Al rilascio della concessione e alla realizzazione dell'impianto, deve seguire, all'esito del collaudo funzionale, “il nullaosta all'apertura dell'impianto al pubblico esercizio”.

Anche secondo la legge della Provincia autonoma di **Trento** n. 7 del 1987, “sono considerate in servizio pubblico tutte le linee funiviarie, ad eccezione di quelle utilizzate gratuitamente ed esclusivamente dal proprietario, dai suoi congiunti, dal personale di servizio, da ospiti occasionali e dalle persone che devono servirsi occasionalmente della linea per fini di assistenza medica, di sicurezza pubblica o simili. Non sono considerate in servizio pubblico le linee funiviarie realizzate mediante impianti scioviari di tipo spostabile, leggero, ad uso esclusivo e gratuito per lo sci agonistico”. Prevede, inoltre, che “la costruzione e l'esercizio di linee funiviarie adibite al trasporto in servizio pubblico di persone, cose o misto, sono soggetti a concessione da parte della Giunta provinciale” e che, effettuato il collaudo funzionale, viene rilasciata “l'autorizzazione all'apertura dell'impianto al pubblico esercizio”.

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

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

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

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

Come risulta evidente da questo breve *excursus* normativo, la maggior parte delle legislazioni regionali qualifica l'attività di trasporto a fune come servizio pubblico, indipendentemente dalla finalità turistica ovvero di trasporto generale dalla stessa svolta. La qualificazione in termini di servizio pubblico concerne cioè "tutte le linee funiviarie" per il trasporto di persone, siano esse dirette ad assolvere funzioni turistiche e sportive o funzioni di collegamento tra località diverse di uno o più Comuni.

Inoltre, come si è visto, la legislazione regionale prevede, generalmente, che la costruzione e l'esercizio di impianti funiviari siano soggetti al rilascio di apposita concessione.

Tuttavia, secondo taluni, questa circostanza non è di per sé sufficiente a qualificare la fattispecie in termini di concessione di lavori e di servizi e a rendere necessaria l'applicazione della relativa disciplina, in particolare ad imporre all'Ente pubblico concedente l'obbligo di rispettare i principi desumibili dal Trattato e i principi generali relativi ai contratti pubblici ai sensi del d.lgs. n. 50 del 2016.

Anche secondo la Commissione europea, peraltro, è irrilevante, ai fini della relativa qualificazione, il fatto che la costruzione e il funzionamento degli impianti a fune sono soggetti, per espressa previsione legislativa, a concessione, il che obbliga l'impresa ad effettivamente gestire l'impianto e a trasportare tutti gli utenti ai prezzi correnti. Ciò perché è prassi normale che un certo numero di professioni e di attività siano soggetti ad una speciale autorizzazione e a determinati requisiti³⁹.

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

Nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 28.3.2014, è stata pubblicata la direttiva 2014/23/UE, approvata il 26.2.2014 dal Parlamento europeo e dal Consiglio, la quale, dettando la disciplina dell'aggiudicazione dei contratti di concessione, ha colmato un vuoto normativo esistente da tempo.

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

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

³⁹ Comunicazione indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all'aiuto di Stato n. 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune.

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

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

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

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

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

L'art. 2 riconosce poi "il principio per cui **le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione**. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici" e l'art. 4 "fa salva **la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale**, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti. Parimenti, la presente direttiva non incide sulle modalità di organizzazione dei sistemi di sicurezza sociale da parte degli Stati membri".

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

ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”.

L'art. 10 della direttiva prevede le esclusioni dal relativo ambito di applicazione, tra cui vi sono “le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio (1) o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007”, il quale come si è visto si applica solamente “all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada”.

Segue poi, al titolo II, la disciplina dell'aggiudicazione delle concessioni, con particolare riferimento alle garanzie procedurali, al titolo III, la disciplina dell'esecuzione delle concessioni e, al titolo III, la modifica delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE.

La direttiva in esame, entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, è stata recepita nell'ordinamento interno tramite il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), adottato in esecuzione della delega contenuta nella legge 28 gennaio 2016, n. 11.

6. La legge delega n. 11 del 2016 e il d.lgs. n. 50 del 2016.

La **legge n. 11 del 2016** ha delegato il Governo ad attuare la nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni in un unico contesto normativo.

Essa ha dedicato uno specifico criterio direttivo (il criterio hhh) ai contratti di concessioni, al fine di garantire una disciplina organica della materia, “mediante l'armonizzazione e la semplificazione delle disposizioni vigenti, nonché la previsione di criteri per le concessioni indicate nella sezione II del capo I del titolo I della direttiva 2014/23/UE, nel rispetto dell'esito del referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011 per le concessioni nel settore idrico, introducendo altresì criteri volti a vincolare la concessione alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche, nonché al rischio operativo ai sensi della predetta direttiva 2014/23/UE”.

Il medesimo criterio direttivo vincola il legislatore delegato “a disciplinare le procedure di fine concessione e le modalità di indennizzo in caso di subentro; previsione di criteri volti a promuovere le concessioni relative agli approvvigionamenti industriali in autoconsumo elettrico da fonti rinnovabili nel rispetto del diritto dell'Unione europea”.

La legge delega, invece, non ha dettato specifiche regole sul tema dell'affidamento delle concessioni.

Il d.lgs. n. 50 del 2010, che costituisce il nuovo “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione”, ha dedicato, alla materia delle concessioni, una disciplina sintetica, ma comunque significativa se si considera che si è trattato della prima sistemazione organica di una complessa materia.

Nell'attuare la delega, il d.lgs. n. 50 del 2016 ha disciplinato i profili comuni delle concessioni e degli appalti unitariamente (ad esempio parte I - titolo IV, Modalità di affidamento - principi comuni; titolo III - Procedura di affidamento, capo I - Modalità comuni alle procedure di affidamento, sezione I - Disposizioni comuni) e, poi, con uno specifico articolato, nella parte III, sono stati recepiti i distinti e innovativi profili della disciplina europea (il comma 3 dell'art. 164 prevede, comunque, che “alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici,

ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione).

Il capo I della parte III disciplina i principi generali, il capo II le garanzie procedurali e il capo III la fase dell'esecuzione del contratto.

Il contratto di concessione è definito dall'art. 3 del Codice, secondo cui la «concessione di lavori» è “un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere” e la «concessione di servizi» è “un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”.

L'art. 164 definisce l'oggetto e l'ambito di applicazione della nuova disciplina nazionale in tema di concessioni, chiarendo **le disposizioni della Parte III “non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici”**.

L'art. 166 recepisce il **principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche di matrice europea**, disponendo che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, da un lato, “sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario², fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla Parte III e, dall'altro, “sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici”.

Il legislatore delegato ha, dunque, limitato la portata del principio in esame, rispetto a quanto previsto dal diritto dell'Unione, il quale rimette alla P.A. la scelta tra il modello dell'autoproduzione e quello dell'esternalizzazione, con conseguente divieto di guardare al primo come modello succedaneo e subvalente rispetto a quello della messa a gara.

Il Codice del 2016, invece, limita l'applicazione del principio di libera amministrazione alla scelta della procedura per la selezione del concessionario, nonché alla scelta del modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione del servizio, proponendo il modello della messa a gara come prevalente.

Come si è visto, anche lo schema di decreto legislativo in materia di SPL, nel disciplinare l'affidamento del servizio di interesse economica a società *in house*, pone alcune restrittive condizioni.

Dalla disciplina codicistica delle concessioni, sono escluse, perché coperte da altre fonti regolatrici, le concessioni nel settore idrico, quelle relative alle reti pubbliche di telecomunicazioni, quelle aggiudicate in base ad un accordo internazionale, quelle tradizionalmente estranee alla disciplina europea dell'evidenza pubblica di cui all'art. 17.

Infine, ai sensi dell'art. 18, “le disposizioni del presente codice non si applicano: a) alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 (...)”.

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

Con riferimento alla durata delle concessioni, l'art. 168 prevede che essa sia limitata e sia determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Detta durata deve essere commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa. Peraltro, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario.

Segue poi la disciplina delle procedura di affidamento e di quella della fase esecutiva del contratto di concessione.

7. Ripercussioni dell'attuazione della direttiva 2014/23/UE ad opera del d.lgs. n. 50 del 2016 sull'affidamento del "servizio" di trasporto a fune.

Si tratta ora di verificare se l'entrata in vigore della direttiva in esame, e il suo recepimento da parte del legislatore nazionale, possano influire sul tema oggetto della nostra indagine, ossia sulle modalità di affidamento del servizio pubblico di trasporto a fune.

Come si è visto, la direttiva detta "le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette" da PP.AA., al fine di garantire quei principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, nonché quei principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza, che costituiscono i principi fondanti la materia degli appalti pubblici. L'esigenza sottesa all'emanazione della direttiva in esame, come si è detto, è proprio quella di prevedere delle regole e delle procedure comuni nell'affidamento di concessioni, per evitare incertezze giuridiche e discriminazioni tra i diversi Paesi membri.

Per quanto qui interessa, la direttiva in esame si applica alle concessioni di servizi, come definite dall'art. 5, tra cui rientra appunto il contratto con cui si affida a un soggetto terzo ed estraneo alla P.A. il servizio pubblico di trasporto. La direttiva, infatti, esclude, dal suo ambito di applicazione, solamente le "concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007", ossia i "servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada".

Ugualmente, l'art. 164 del d.lgs. n. 50 del 2016, nel definire l'ambito di applicazione della disciplina dei contratti di concessione, prevede che le relative disposizioni "definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici", a loro volta definiti dall'art. 3.

Ai sensi dell'art. 18, poi, dall'ambito di applicazione del Codice sono escluse, tra le altre, "le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio o alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 (...)".

Rimane, pertanto, il problema dei servizi di trasporto di tipo diverso, quale quello realizzato con impianti a fune.

Per stabilire se le procedura di affidamento delle concessioni previste dalla nuova normativa dell'Unione e nazionale in materia siano applicabili anche al trasporto a fune e alla c.d. concessione di linea, bisogna quindi verificare se detto trasporto integri, ai sensi di detta normativa, la nozione di servizio pubblico di rilevanza economica. In caso di risposta positiva, infatti, sarebbe necessario ricorrere alle procedure previste dal diritto dell'Unione così come recepito nell'ordinamento interno per il suo affidamento a terzi, con i conseguenti limiti, anche di durata della relativa concessione, che ne derivano (art. 168).

In proposito, si ricordi che la direttiva prevede espressamente "la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in

conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti”.

Anche lo schema di decreto legislativo in materia di SPL, all’art. 5, nel recare disposizioni in materia di assunzione del servizio pubblico locale di interesse economico generale, stabilisce che costituisce funzione fondamentale dei comuni e delle città metropolitane “l’individuazione delle attività di produzione di beni e servizi di interesse economico generale, il cui svolgimento sia necessario al fine di assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali”.

Anche questa disposizione lascia, all’autonomia delle singole amministrazioni, l’individuazione degli interessi pubblici da soddisfare per assurgere a servizi pubblici. La qualificazione in termini di servizio pubblico a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, è effettuata, pertanto, in base a scelte di carattere eminentemente politico.

Di conseguenza potrebbe ritenersi che – in assenza di una specifica indicazione contenuta nella direttiva e attesa la riconosciuta libertà degli Stati membri di definire quali attività siano qualificabili come servizi di interesse economico generale – possa continuare a distinguersi, come faceva parte della giurisprudenza precedentemente, tra **impianti a fune c.d. di collegamento**, che rientrerebbero nella nozione di servizio pubblico di trasporto locale e sarebbero assoggettati alla disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016 e **impianti a fune volti alla pratica degli sport invernali**, che invece non costituirebbero veri e propri servizi pubblici.

Gli impianti a fune appartenenti a questa categoria, non fornendo un servizio di trasporto volto a soddisfare esigenze di mobilità generale della popolazione, ma essendo finalizzati a generare profitti per il tramite degli sport invernali, costituiscono un’attività di carattere puramente commerciale, che non risponde ad esigenze generali e fondamentali della popolazione relative a servizi considerati come parte essenziale della vita quotidiana⁴⁰.

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

Peraltro, proprio l’art. 164 del nuovo Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione esclude dal suo ambito di applicazione “**i provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l’esercizio di un’attività economica che può svolgersi anche mediante l’utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici**”.

Alla c.d. concessione di linea – ossia l’autorizzazione a realizzare ed esercitare l’impianto di risalita – potrebbe ritenersi riferibile proprio questa disposizione.

Si ricordi, inoltre, che il considerando n. 14 della direttiva 2014/23/UE stabilisce 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

⁴⁰ Vedi la Comunicazione della Commissione europea indirizzata agli Stati membri e agli altri interessati in merito all’aiuto di Stato n. 376/01 - Regime di aiuti in favore degli impianti a fune.

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".

Insomma, in caso di impianti a fune volti alla pratica degli sport invernali, la c.d. concessione di linea non sarebbe una vera e propria concessione di servizio pubblico, perché non attribuisce al concessionario il diritto/dovere di gestire un'attività volta a soddisfare bisogni, ritenuti essenziali, dei cittadini, che altrimenti l'Ente pubblico concedente dovrebbe organizzare, gestire ed erogare in proprio, con conseguente "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".

Si tratta, piuttosto, di un atto "con cui lo Stato membro o una sua autorità pubblica stabiliscono le condizioni per l'esercizio di un'attività economica". Ciò comporta che, ai fini del suo rilascio, non si applica la disciplina nazionale e comunitaria in tema di affidamento dei servizi pubblici economici.

8. Il trasporto funiviario, finalizzato esclusivamente a finalità turistiche, come servizio soggetto a regime di autorizzazione ai sensi della direttiva CE 2006/123 del 12 dicembre 2006.

Qualora si segua la soluzione interpretativa che distingue tra gli impianti destinati a soddisfare esigenze generali di trasporto della popolazione e quelli destinati ad attività sportive, si pone un ulteriore problema: quello di verificare se l'attività di trasporto a fune sia da qualificare come attività d'impresa privata soggetta ad autorizzazione ai sensi della c.d. direttiva Bolkestein o direttiva servizi e del d.lgs. n. 59 del 2010, con cui essa è stata recepita nel nostro ordinamento.

La direttiva servizi mira alla rimozione degli ostacoli che impediscono o rallentano la libera circolazione dei servizi e la loro libera prestazione negli Stati membri, in attuazione dell'art. 49 TFUE, che vieta appunto le restrizioni alla libera prestazione di servizi all'interno della Comunità.

Ai sensi dell'art. 8 del d.lgs. n. 59 del 2010, per servizio si intende «qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e normalmente fornita dietro retribuzione; i servizi non economici non costituiscono servizi ai sensi del presente decreto».

Inoltre, nell'ambito delle attività escluse dal campo di applicazione del decreto attuativo della direttiva servizi, rientrano, ai sensi dell'art. 2, lett. c), i servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico. In particolare, secondo quanto previsto dal successivo art. 6, il d.lgs. n. 59 non applica «ai servizi di trasporto aereo, marittimo, per le altre vie navigabili, ferroviario e su strada, ivi inclusi i servizi di trasporto urbani, di taxi, di ambulanza, nonché i servizi portuali e i servizi di noleggio auto con conducente».

Alle attività rientranti nel campo di applicazione della normativa in esame si applica il principio della libertà di accesso ed esercizio delle attività di servizi, secondo cui «nei limiti del presente decreto, l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie».

L'art. 14, comma 1, prevede, poi, che «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 di cui al presente titolo». In particolare, prosegue il comma 3, «il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi può essere limitato solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili».

Ai sensi dell'art. 8, lett. f), per regime di autorizzazione si intende qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere un provvedimento formale o un provvedimento implicito relativo all'accesso ad un'attività di

servizio o al suo esercizio. Peraltro, non costituisce regime autorizzatorio la dichiarazione di inizio attività, di cui all'articolo 19, comma 2, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (oggi SCIA).

L'art. 15 stabilisce, inoltre, che, ove sia previsto un regime autorizzatorio, le condizioni alle quali è subordinato l'accesso e l'esercizio alle attività di servizi sono: a) non discriminatorie; b) giustificate da un motivo imperativo di interesse generale; c) commisurate all'obiettivo di interesse generale; d) chiare ed inequivocabili; e) oggettive; f) rese pubbliche preventivamente; g) trasparenti e accessibili.

L'art. 16, infine, impone che, nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, «le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi».

Peraltro, in tali casi, «il titolo è rilasciato per una durata limitata e non può essere rinnovato automaticamente, né possono essere accordati vantaggi al prestatore uscente o ad altre persone, ancorché giustificati da particolari legami con il primo».

A sua volta, l'art. 12 della direttiva servizi dispone che, qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, «gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento». Peraltro, in tal caso, l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare vantaggi al prestatore uscente.

Insomma, l'art. 12 citato disciplina le fattispecie in cui il potere della P.A. ha la funzione di "autorizzare", cioè disciplinare l'accesso da parte degli operatori economici a risorse scarse, imponendo agli Stati membri di predisporre una procedura di selezione tra i soggetti interessati.

Come emerge dalla direttiva servizi e dal decreto legislativo n. 59 di recepimento, le autorizzazioni con cui la P.A. consente l'accesso ad attività limitate, per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, sono estranee alla nozione di concessione di servizi di cui alla direttiva 2014/123/UE sui contratti di concessione. Peraltro, i servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico, sono espressamente esclusi, come si è visto, dall'ambito delle attività rientranti nel campo di applicazione del decreto attuativo della direttiva servizi.

Si tratta ora di verificare se l'attività di gestione di impianti a fune finalizzati ad un'attività sportiva – non costituendo un servizio di interesse economico generale, in quanto attività non volte a soddisfare esigenze fondamentali di carattere generale della popolazione, ma a generare profitti per il tramite degli sport invernali – sia qualificabile come servizio ai sensi della direttiva Bolkestein e del d.lgs. n. 50 del 2010.

Secondo questa prospettiva ermeneutica, si dovrebbe fornire una risposta positiva al quesito, perché si tratta di attività di carattere commerciale, dirette in modo preminente a soddisfare esigenze turistiche di una determinata località con conseguente profitto per colui che le esercita.

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

A questo punto, il problema è di verificare se la costruzione di un impianto di trasporto a fune e la sua gestione, quando ineriscano a beni pubblici, siano attività limitate, per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili e quindi debbano essere soggette a un titolo autorizzatorio rilasciato a seguito di una procedura di selezione.

Qualora l'impianto è realizzato su suolo pubblico, infatti, con il rilascio dell'autorizzazione si concede al privato la facoltà di sfruttare in via esclusiva questo bene per finalità turistico-ricreative, escludendo la medesima facoltà, attesa la limitata sfruttabilità del bene stesso, ad altri operatori economici.

La limitatezza del bene pubblico, che è suscettibile di sfruttamento da parte di un numero limitato di operatori, in quanto l'impianto a fune può essere realizzato solamente su pendii montani aventi certe caratteristiche che li rendano idonee alla pratica dello sci, impone, insomma, alla luce dell'art. 12 della direttiva servizi e dell'art. 16 del d.lgs. n. 59 del 2010, che la P.A. disponga, al fine del rilascio del titolo autorizzatorio, una procedura selettiva che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento e che il titolo medesimo abbia una durata limitata adeguata.

È quanto peraltro, anche di recente, affermato dalla Corte di Giustizia UE con riferimento alle concessioni demaniali marittime. È vero che, a differenza del lido del mare, della spiaggia e dei porti, le montagne non costituiscono demanio pubblico necessario, ma quando esse sono di proprietà pubblica, le fattispecie sono analoghe.

Anche la costruzione e la gestione di un impianto a fune è un'attività economica privata volta, non già a soddisfare bisogni della collettività, ma a sfruttare un bene pubblico per esigenze turistico-ricreative, con prospettive di guadagno da parte dell'operatore privato. Di conseguenza, essendo il bene pubblico in questione limitatamente sfruttabile, cioè sfruttabile da un numero limitato di operatori economici, il rilascio della relativa concessione (autorizzazione nel linguaggio della direttiva servizi) deve essere preceduto da una procedura di selezione del "concessionario" improntata a trasparenza, pubblicità e imparzialità.

9. La recente giurisprudenza amministrativa.

La giurisprudenza amministrativa degli ultimi anni si è orientata in modo differente rispetto alle conclusioni raggiunte nei precedenti paragrafi.

Con una recente sentenza⁴¹, ad esempio, il Consiglio di Stato – relativamente al rinnovo della concessione di un impianto di seggiovia nel comprensorio del Terminillo – nel confermare la pronuncia di primo grado, ha ritenuto corretto l'inquadramento del trasporto a fune, anche se servente la mera pratica degli sport invernali, nella categoria dei servizi pubblici locali, come tale assoggettato, per quanto concerne le modalità di affidamento a terzi, ai principi comunitari sulla concorrenza.

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

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

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

Peraltro, qualora, come nel caso di specie, le caratteristiche oggettive (tecniche, economiche o finanziarie) giustificano una limitazione del numero dei soggetti ammessi ad operare in un

⁴¹ Sentenza n. 1171 del 2015.

determinato mercato o un'esclusiva, l'affidamento del servizio deve avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica.

Il Tar Lazio, Roma⁴², con riferimento alla medesima controversia, ha rilevato come “la concessione avente ad oggetto la gestione di un impianto di seggiovia sia ascrivibile alla materia del servizio pubblico di trasporto a fune in montagna”.

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

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

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

Nel senso della qualificazione dell'attività di gestione degli impianti a fune e, in particolare, di quelli volti alla pratica degli sport invernali come servizio pubblico locale, si è espresso il Tar Lazio, Roma, anche in una precedente sentenza⁴³.

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

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

In tal caso, e questa è la fondamentale differenza rispetto all'opzione interpretativa che qualifica la gestione di un impianto a fune quale servizio di trasporto locale, l'affidamento a terzi della gestione di un impianto sciistico (ossia di un impianto a fune finalizzato alla pratica dello sport) deve inquadarsi nella fattispecie della concessione di pubblico servizio e, quindi, deve essere assoggettato alla relativa disciplina di matrice europea, solamente qualora si tratti di impianto comunale, o comunque di proprietà pubblica.

Per contro, qualora la gestione di un impianto di risalita a fune sia inquadrato, indipendentemente dalla sua finalità, nell'ambito del servizio di trasporto pubblico locale, esso dovrebbe essere assoggettato, con riferimento all'affidamento a soggetti terzi, alla disciplina concorrenziale di matrice europea, indipendentemente dalla proprietà pubblica o privata dell'impianto.

⁴² Sentenza n. 9264 del 2014.

⁴³ Sentenza n. 2538 del 2011.

10. Osservazioni conclusive.

L'inquadramento dell'attività di gestione di un impianto a fune volto alla pratica degli sport invernali nell'ambito della nozione di servizio di interesse economico generale ovvero in quella di servizio ai sensi del d.lgs. n. 59 del 2010 non è di poco momento ed è foriera di conseguenze pratiche.

Nel primo caso, infatti, l'affidamento a terzi da parte dell'Ente pubblico avverrà tramite contratto di concessione e sarà soggetta, con riferimento alle regole procedurali di individuazione dell'affidatario, alle disposizioni in tema di gare pubbliche dettate, oggi con specifico riferimento anche all'aggiudicazione delle concessioni, dal d.lgs. n. 50 del 2016.

Nel secondo caso, invece, l'Amministrazione sarà tenuta, solamente, ad indire una procedura selettiva informale ma improntata ai principi di trasparenza, imparzialità e pubblicità.

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