

Sentenza: 22 aprile 2020, n.103

Materia: concessioni di costruzione ed esercizio di impianti funiviari a uso turistico-sportivo-procedure di evidenza pubblica

Parametri invocati: articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, in relazione agli articoli 30 e 164, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici), e in riferimento all'articolo 117, primo comma, Cost., in relazione agli articoli 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché agli articoli 49, 56 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

Giudizio: legittimità in via incidentale

Rimettente: Tribunale regionale di giustizia amministrativa, sezione autonoma di Bolzano

Oggetto: legge Prov. autonoma Bolzano 11 luglio 2018, n. 10 (Modifiche di leggi provinciali in materia di ordinamento degli uffici e personale, istruzione, formazione professionale, sport, cultura, enti locali, servizi pubblici, tutela del paesaggio e dell'ambiente, energia, utilizzazione di acque pubbliche, caccia e pesca, protezione antincendi e civile, urbanistica, igiene e sanità, politiche sociali, famiglia, edilizia scolastica, trasporti, edilizia abitativa agevolata, lavoro, economia, cave e torbiere, entrate, commercio, turismo e industria alberghiera, rifugi alpini, artigianato, finanze e ricerca) articoli 44, comma 3, e 45

Esito:- inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 44, comma 3, della l. Prov. Bolzano 10/2018 sollevate, in riferimento all'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost., in relazione agli articoli 30 e 164, comma 2, del d.lgs. 50/2016 (Codice dei contratti pubblici), e in riferimento all'articolo 117, primo comma, Cost., in relazione agli articoli 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, nonché agli articoli 49, 56 e 106 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea;

-non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 45 della l. prov. Bolzano 10/2018 sollevate, in riferimento all'articolo 117, secondo comma, lettera e), Cost., in relazione agli articoli 30 e 164, comma 2, cod. contratti pubblici, e in riferimento all'articolo 117, primo comma, Cost., in relazione agli articoli 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE;

Estensore nota: Ilaria Cirelli

Sintesi: Il giudice rimettente espone di essere investito dell'impugnazione, da parte dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), di un provvedimento del 30 agosto 2017, adottato dall'assessore provinciale alla mobilità della Provincia autonoma di Bolzano, con cui è stata rinnovata ad una società per azioni la concessione di una linea di trasporto funiviario in servizio pubblico nella provincia di Bolzano.

L'articolo 1 della l. prov. Bolzano 1/2006 (Disciplina degli impianti a fune e prescrizioni per gli ostacoli alla navigazione aerea) permette la realizzazione e la gestione degli impianti a fune in servizio pubblico e privato, subordinatamente a concessione nel caso degli impianti in servizio pubblico, e a mera autorizzazione nel caso degli impianti in servizio privato.

Il giudice a quo argomenta che, nelle more del giudizio a quo, è entrata in vigore la l. prov. Bolzano 10/2018, i cui articoli 44 e 45 hanno modificato la citata l. prov. 1/2006. In particolare, l'articolo 44, comma 3 ha sostituito l'articolo 5, comma 1, disponendo che *la costruzione e l'esercizio degli*

impianti a fune in servizio pubblico sono soggetti a concessione, ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 164, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; mentre l'articolo 45 prevede che le concessioni di cui alle leggi provinciali 8 novembre 1973, n. 87 e 30 gennaio 2006, n. 1, che autorizzano la costruzione e l'esercizio di impianti a fune ad uso sportivo o turistico-ricreativo, e i relativi rinnovi, rilasciati prima dell'entrata in vigore della legge, si configurano come provvedimenti autorizzatori ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 164, comma 1, secondo periodo, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Il giudice a quo rileva che l'effetto delle nuove disposizioni introdotte dal legislatore provinciale con la l. prov.10/2018 è quello di escludere i provvedimenti relativi alla costruzione e all'esercizio di tali impianti (e i relativi rinnovi) dall'ambito di applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica; e ciò tanto con riferimento al futuro (art. 44, comma 3), quanto con riferimento alle concessioni e ai rinnovi già rilasciati (art. 45).

Secondo il giudice a quo, tuttavia, l'affidamento in gestione dell'impianto a fune da luogo ad una concessione di servizi pubblici e la procedura di aggiudicazione del contratto di concessione dovrebbe, pertanto, avvenire in conformità all'articolo 164, comma 2, del codice appalti e dunque mediante procedure a evidenza pubblica. Al contrario di quanto sostenuto dalla difesa della Provincia, il provvedimento impugnato non costituisce un semplice titolo abilitativo allo svolgimento di un'attività economica privata a cui applicare la deroga di cui all'articolo 164 primo comma secondo periodo.

Le due disposizioni, gli articoli 44 comma 3 e 45, non prevedendo una procedura a evidenza pubblica per il rilascio o il rinnovo di concessioni di impianti funiviari a uso turistico-sportivo, qualificabili come servizi pubblici si porrebbero in contrasto con i principi stabiliti a tutela della concorrenza dal diritto dell'Unione europea, e dalla direttiva 2004/23/UE, nonché con il codice dei contratti pubblici, che ha trasposto a livello nazionale i medesimi principi, con ciò violando entrambi i parametri costituzionali invocati.

La Corte anzitutto dichiara l'inammissibilità delle questioni aventi a oggetto l'articolo 44, comma 3, a causa dell'irrelevanza di tale disposizione nel giudizio a quo.

Il provvedimento di rinnovo della concessione in esame è, infatti, stato emanato sulla base della l. prov. Bolzano1/2006 prima delle modifiche ad essa apportate dall'articolo 44, comma 3, che hanno effetto per il futuro e non possono, pertanto, trovare applicazione nel giudizio a quo.

Ha rilievo soltanto l'articolo 45 a causa della sua efficacia retroattiva, e dunque della sua applicabilità al provvedimento de quo.

Con riferimento all'articolo 45, il rimettente solleva due questioni di legittimità costituzionale: in riferimento all'articolo 117, secondo comma, lettera e) e al primo comma della Costituzione. Entrambe le questioni sono relative alla incompatibilità dell'articolo 45 con le discipline, di diritto dell'Unione (artt. 3, 30 e 41 della direttiva 2014/23/UE) e nazionale (artt. 30 e 164, comma 2, cod. contratti pubblici), che impongono procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni di servizi pubblici.

Nel merito, secondo la Corte, tali questioni non sono fondate.

La Corte individua il punto centrale delle questioni sollevate nella definizione della concessione di impianti a fune prevista dalla l. prov. 1/2006 quale contratto di concessione di lavori o servizi, soggetto come tale all'obbligo di indizione di procedure a evidenza pubblica, ai sensi della direttiva

2014/23/UE e della stessa Parte III codice contratti pubblici, o invece quale provvedimento autorizzatorio di attività economiche private regolate dall'amministrazione, *ma al di fuori di un rapporto sinallagmatico che crei obblighi reciprocamente vincolanti tra quest'ultima e il privato*. In altri termini va chiarito se la Provincia autonoma di Bolzano consideri il trasporto di persone mediante impianti a fune come un proprio compito, di cui si è assunta la responsabilità a beneficio dei consociati, da realizzare per mezzo di imprese legate alla Provincia stessa da contratti di concessione.

In proposito, secondo la Corte, non può attribuirsi rilievo decisivo all'uso, nella l. prov. Bolzano 1/2006, del termine: *concessione*.

Né può attribuirsi rilievo decisivo all'espressa autoqualificazione degli impianti a fune, da parte dell'articolo 3 della l. prov. Bolzano 1/2006, come *servizio pubblico*. Tale qualificazione ha, infatti, l'evidente finalità di distinguere le funivie destinate a una generalità di utenti e quelle destinate invece a uso privato. La nozione di *impianto in servizio pubblico* coincide, invece, con quella di *impianto destinato al pubblico esercizio*, come precisato ora dal nuovo comma 2-bis dell'articolo 2 della l. prov..

Né, ancora, può essere sopravvalutata la qualificazione dei trasporti a fune *come servizio pubblico svolto nell'interesse generale* contenuta in un Piano di settore degli impianti di risalita del 2014.

La Provincia autonoma di Bolzano, nell'esercizio della discrezionalità riconosciutale dall'articolo 4 della direttiva 2014/23/UE che fa salva la libertà per gli Stati membri e per gli enti territoriali di dotati di autonomia politica di definire i servizi d'interesse economico generale, nonché dallo stesso codice dei contratti pubblici, sembra aver lasciato lo sviluppo e la gestione degli impianti di funivie a uso sportivo o turistico-ricreativo alla libera iniziativa economica privata, senza assumere in proprio il compito della realizzazione e dell'esercizio di impianti di risalita funzionali, non già al collegamento tra centri abitati, ma alla semplice pratica sportiva e all'uso turistico-ricreativo.

La disciplina della concessione della realizzazione e gestione di questa tipologia di impianti a fune, contenuta nella l. prov. Bolzano 1/2006, appare coerente con le scelte in materia dell'amministrazione provinciale, come ora descritte.

Anzitutto, argomenta in proposito il giudice delle leggi, nella legge citata la concessione non risulta un contratto, caratterizzato dalla previsione di prestazioni corrispettive, ma piuttosto appare come un provvedimento autorizzatorio di un'attività economica. L'amministrazione concedente è concepita dalla legge provinciale non come domina dell'attività economica in questione, ma piuttosto come soggetto chiamato ad una penetrante supervisione sugli impianti in questione, a tutela dei plurimi interessi pubblici che potrebbero essere pregiudicati dall'attività stessa e, assieme, soggetto impegnato a promuovere lo sviluppo di questa attività imprenditoriale, funzionale alla crescita dell'economia locale nel settore del turismo, oltre che interessato a stimolare una puntuale collaborazione con le imprese private che già esercitano gli impianti. Obiettivi, questi, pienamente compatibili con il riconoscimento dell'attività come attività imprenditoriale privata, avente ad oggetto la fornitura di servizi economici al pubblico, soggetta ad autorizzazione e vigilanza da parte della pubblica amministrazione.

L'esame dell'ulteriore disciplina contenuta nella l. prov. Bolzano 1/2006 conferma, secondo la Corte, tale lettura.

Non appare, infatti, in contrasto con essa la previsione secondo cui il reiterato inadempimento degli obblighi fissati dalla normativa vigente o dallo stesso provvedimento di concessione, comporta la decadenza di quest'ultimo. Né risulta incompatibile con la ratio della disciplina la previsione di una possibile revoca della concessione, visto che tale possibilità è prevista, per la generalità dei provvedimenti amministrativi compresi quelli a contenuto autorizzatorio, dalla l.241/1990.

Quanto al potere di approvare tariffe massime e orari di esercizio è stato oggi, non a caso, eliminato dalla l. prov. Bolzano 10/2018, che ha espressamente escluso tale potere dell'amministrazione in relazione alle funivie a uso sportivo o turistico-ricreativo qui in esame.

Né, fermo restando l'obbligo a carico della Provincia di indire procedure a evidenza pubblica in relazione ai provvedimenti concessori di terreni demaniali o di proprietà pubblica, può attribuirsi rilievo dirimente, ai fini della decisione delle questioni di legittimità, alla circostanza che l'impianto in esame insista su un terreno appartenente al patrimonio indisponibile della Provincia autonoma.

Significativo è, infine, che la stessa Commissione europea, abbia espressamente affermato (Comunicazione 2002/C 172/02, paragrafo 43) che gli impianti di trasporto a fune per uso sportivo *non forniscono un servizio di interesse economico generale, posto che non soddisfano esigenze fondamentali di carattere generale della popolazione, ma sono finalizzati a generare profitti per il tramite degli sport invernali*, rimarcando che tale conclusione *non risulta infirmata dal fatto che la costruzione e il funzionamento degli impianti a fune sono soggetti a concessione essendo prassi normale che un certo numero di professioni e di attività siano soggette ad una speciale autorizzazione e a determinati requisiti*.