



**Rivista di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo [www.amministrativamente.com](http://www.amministrativamente.com)

**Direzione scientifica**

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

**Direttore Responsabile**

Marco Cardilli

**Coordinamento Editoriale**

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,  
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2018

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

#### Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Salvatore Bonfiglio, Antonio Calonge Velázquez, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Gianfranco D'Alessio, Julián Espartero Casado, Gianluca Gardini, Andry Matilla Correa, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Leonardo Sánchez-Mesa Martínez, Antonio Uricchio.

#### Comitato dei referee

Giuseppe Bettoni, Gaetano Caputi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Mario Cerbone, Fabrizio Cerioni, Guido Clemente di San Luca, Anna Corrado, Ruggiero di Pace, Giuseppe Doria, Pier Paolo Forte, Stefano Gattamelata, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Gaetano Natullo, Simonetta Pasqua, Carmen Pérez González, Luca Perfetti, Marilena Rispoli, José Rodríguez García, Paola Saracini, Javier Rodríguez Ten, Salvatore Villani.

#### Comitato editoriale

Laura Albano, Jesús Avezuela Cárcel, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Marcin Princ, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Ramón Terol Gómez, Stefania Terracciano.

# **Sulla sussistenza dell'obbligo di indizione di gara pubblica sul privato gestore di impianto sportivo di proprietà pubblica, destinatario di finanziamento pubblico per la sua riqualificazione. Focus sul caso della Regione Marche\***

**di Lorenzo Maria Cioccolini**

(Avvocato amministrativista)

## **Sommario**

Le ragioni dell'attualità di una riflessione in tema di obblighi di spesa dei finanziamenti pubblici per la riqualificazione di impianti sportivi. - 1. Il caso della Regione Marche: la procedura ad evidenza pubblica per l'erogazione di un finanziamento pubblico favore dei privati gestori degli impianti sportivi di proprietà pubblica. - 2. La natura giuridica degli impianti sportivi pubblici e la disciplina per l'affidamento della loro gestione ante Direttiva 2014/23/EU. - 2.1. Le novità derivanti dalle sopravvenienze normative eurounitarie in tema di qualificazione del contratto di gestione e di disciplina delle modalità di affidamento dello stesso. - 3. Individuazione degli (eventuali) obblighi normativi in capo ai gestori di impianti sportivi pubblici per la spesa di finanziamenti pubblici volti alla loro riqualificazione.

## **Abstract**

Recently, there have been many important news about public funding legislation for the redevelopment of public-owned sports facilities.

The paper, inspired by the recent case of the Marche Region, is in charge of investigating the type of obligations that exist on the private manager (contractor or concessionaire) of the public-owned sports facility, which must proceed to the spending of such public funding.

*\* Il presente lavoro costituisce la rielaborazione degli atti della relazione "La realizzazione di opere sugli impianti pubblici dati in gestione: quali obblighi ai sensi della recente normativa?", predisposta in occasione del Seminario 21 gennaio 2019 presso la Scuola Regionale dello Sport, C.O.N.I., Ancona, Palasport "Rossini".*

0. - Negli ultimi anni, a partire dal 2013 ad oggi, la mano pubblica ha focalizzato il proprio interesse sulla realizzazione e, soprattutto, sulla riqualificazione o rigenerazione degli impianti sportivi, sia introducendo nuove forme di finanziamento pubblico, che potenziando e rivitalizzando le *vecchie* tipologie di aiuti <sup>(1)</sup>. Tale rinnovato

<sup>1</sup> Di seguito si illustreranno brevemente le ipotesi più significative, per un quadro più completo di tutte le forme di finanziamento o agevolazione economica prevista attraverso fondi pubblici, si veda la Relazione del Servizio Studi della Camera dei Deputati, XVIII Legislatura, 17 dicembre 2018, *“Impianti Sportivi e promozione dello sport”*, pubblicata sul sito istituzionale dell’ente.

Viene in considerazione innanzitutto il c.d. Fondo «Sport e Periferie» istituito dall’art. 15 del D.L. n. 185/2015, convertito con modificazioni dalla Legge n. 9/2016, il quale nasce *“Ai fini del potenziamento dell’attività sportiva agonistica nazionale e dello sviluppo della relativa cultura in aree svantaggiate e zone periferiche urbane, con l’obiettivo di rimuovere gli squilibri economico sociali e incrementare la sicurezza urbana”*. Lo sport viene individuato e favorito quale strumento per favorire la coesione sociale e, per questo motivo, è autorizzato il finanziamento a fondo perduto di 100 milioni di euro per il triennio 2015/2017, il quale è stato ulteriormente incrementato grazie al riparto del Fondo per il finanziamento di investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese (cfr. art. 1, comma 140 della Legge n. 232/2016) di altri 100 milioni di euro per il quadriennio 2017/2020. Il Fondo Sport e Periferie è stato poi reso strutturale dall’art. 1, comma 362 della Legge n. 205/2017, il quale ha disposto che dall’anno 2018 è autorizzata la spesa annuale di 10 milioni di euro iscritti su apposita sezione del relativo capitolo dello stato di previsione del Ministero dell’Economia e delle Finanze, da trasferire al bilancio autonomo della Presidenza del Consiglio dei Ministri, poi assegnate al suo Ufficio per lo sport; successivamente, con DPCM 4 maggio 2018 sono stati individuati i criteri e le modalità di gestione di tali risorse. Nello stesso anno si è avuta l’introduzione di un’ulteriore voce di finanziamento grazie all’assegnazione con Delibera 28 febbraio 2018, n. 16 del CIPE, di euro 250 milioni provenienti dal Fondo per lo Sviluppo e la Coesione (FSC) 2014-2012 per la realizzazione di un nuovo piano operativo Sport e Periferie, attuato dall’Ufficio per lo sport presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri; anche in questo caso i criteri e le modalità di gestione delle risorse sono stati definiti dal DPCM 31 ottobre 2018, modificato dal DPCM 12 dicembre 2018, il quale prevede, in sintesi, che su base annuale venga pubblicato un bando per l’accesso al finanziamento del Fondo Sport e Periferie, con determinazione dei requisiti di partecipazione e dei criteri di scelta dei progetti da finanziarsi.

Oltre alle nuove forme di finanziamento pubblico sopra indicate, come anticipato, la recente legislazione è intervenuta anche potenziando e rivitalizzando le agevolazioni di accesso al credito di competenza del c.d. Istituto per il Credito Sportivo (ICS), ente pubblico avente personalità giuridica e dotato di autonomia di gestione, istituito con la Legge n. 1295/1957, al fine di sostenere la realizzazione di strutture sportive e favorire la promozione dello sport sull’intero territorio nazionale. L’Istituto, oltre a svolgere anche attività di mera Banca-Impresa, può così agevolare le attività predette concedendo ai soggetti richiedenti aiuti economici di due distinte tipologie, ovvero l’accesso al c.d. Fondo contributi in conto interessi (grazie al quale, in sostanza, il destinatario è sgravato di una parte degli interessi del finanziamento contratto con terzi) e al c.d. Fondo di Garanzia per l’impiantistica sportiva (grazie al quale, in sostanza, il destinatario può accedere più facilmente al finanziamento presso soggetti terzi, grazie alle garanzie prestate dall’ICS). La Legge n. 147/2013, all’art. 1, comma 303, ha potenziato questo secondo Fondo, aumentandone la dotazione di euro 45 milioni nel triennio 2014/2016.

Il quadro normativo delineato fa emergere come nell’ultimo periodo, a partire dal 2013, si sia vitalizzato notevolmente l’interesse pubblico sulla materia. I finanziamenti pubblici previsti dal Legislatore interno devono, però, essere valutati anche in considerazione della loro compatibilità con la disciplina di fonte eurounitaria in tema di aiuti di Stato. In particolare, l’art. 55 del Regolamento Ue n. 651/2014, modificato dal Regolamento UE n. 1084/2017, rubricato *“Aiuti per le infrastrutture sportive e le infrastrutture ricreative multifunzionali”*, dispone le condizioni per le quali i finanziamenti pubblici possano ritenersi o meno compatibili rispetto ai limiti disposti dal TFUE, artt. 107 e ss.. In via preliminare, assume importanza determinante il considerando n. 74 del Regolamento citato, nella parte in cui statuisce che i finanziamenti pubblici in questione possono essere ritenuti ammissibili laddove il beneficiario non svolga attività economica o comunque laddove tale attività, in quanto consistente avente carattere locale e comunque riferita a sport amatoriali, non abbia carattere transfrontaliero. Più precisamente, poi, ai sensi dell’art. 55, comma 7

interesse del Legislatore sulla materia unitamente alle rilevanti novità introdotte dalla Direttiva 2014/23/UE, recepita in Italia con il D.Lgs. n. 50/2016, la quale ha determinato la concreta insorgenza di una serie di problematiche riguardante gli obblighi che ricadono in capo ai soggetti gestori degli impianti sportivi pubblici, laddove ricevano dei finanziamenti pubblici per la loro riqualificazione. Di recente, l'esperienza vissuta dalla Regione Marche ha fornito l'occasione per affrontare sul campo il tema e, quindi, individuare delle soluzioni che possano orientare l'operatore pubblico e privato nell'adozione delle proprie determinazioni.

1. – Come anticipato, lo spunto per lo svolgimento del presente approfondimento si individua nella recente esperienza della Regione Marche, la cui Giunta Regionale con Deliberazione 7 agosto 2017, n. 931, ai sensi del Regolamento Regionale n. 4/2013 (su cui si tornerà *infra*) e in attuazione della c.d. Misura 3 “Contributi regionali in conto capitale e in conto interessi per la riqualificazione di impianti sportivi di proprietà pubblica” adottata con la D.G.R. Marche 8 maggio 2017, n. 443 <sup>(2)</sup>, ha posto in essere una procedura ad evidenza pubblica per l'assegnazione a favore dei soggetti proprietari oppure gestori dell'impianto sportivo, di contributi regionali in conto capitale per interventi finalizzati alla riqualificazione degli impianti sportivi di proprietà pubblica, in attuazione dell'art. 14 della L.R. Marche n. 5/2012 appena descritto. In particolare, per l'intervento è stata destinata una dotazione finanziaria di complessivi euro 2.400.000,00 (cioè, euro 1.000.000,00 per l'esercizio finanziario 2018 ed euro 1.400.000,00 per l'esercizio finanziario 2019), con possibilità di ulteriore incremento nel futuro laddove ve ne fosse disponibilità effettiva. Più precisamente, le singole concessioni di finanziamento di contributi in conto capitale a fondo perduto riguardano interventi la cui spesa minima ritenuta ammissibile è pari ad euro 40.000,00, in relazione alla quale il finanziamento avviene nella misura del 50% e comunque entro il limite massimo di euro 75.000,00; per la quota “scoperta” dell'intervento, i beneficiari del contributo regionale sono comunque legittimati a richiedere un finanziamento a tasso agevolato presso l'ICS o

---

del citato Regolamento, gli aiuti compatibili con il TFUE sono di due tipologie: gli aiuti agli investimenti (compresi gli aiuti per la creazione o l'ammodernamento delle infrastrutture sportive e delle infrastrutture ricreative multifunzionali) o gli aiuti al funzionamento per le infrastrutture sportive. I finanziamenti pubblici in trattazione rientrano nella prima categoria, mentre nella seconda si devono fare rientrare le ipotesi di prezzo prestato dalle Pubbliche Amministrazioni per consentire il funzionamento delle infrastrutture sportive (laddove gestite da terzi privati sulla base di un contratto di appalto o di concessione). I successivi commi 8, 10 e 12 del medesimo art. 55 chiariscono che gli aiuti agli investimenti possono essere concessi per i costi materiali e immateriali, che l'importo dell'aiuto non deve superare la differenza tra i costi ammissibili e il risultato operativo dell'investimento e che comunque, per gli aiuti non superiori a 2 milioni di euro, l'aiuto non può superare l'80% dei costi ammissibili.

<sup>2</sup> Da tale Delibera risulta anche che la Regione Marche ha stipulato una convenzione con l'ICS e il CONI, approvata con DGR 6 ottobre 2014, n. 1120, per la concessione di mutui finalizzati alla costruzione, ampliamento, attrezzatura, miglioramento, ristrutturazione, completamento e messa a norma di impianti sportivi e/o strumentali all'attività sportiva, ivi compresa l'acquisizione delle relative aree e all'acquisto di immobili da destinare ad attività sportive o strumentali a queste.

altro istituto di credito. Trattandosi di procedura ad evidenza pubblica ed essendo ovviamente limitato il fondo a disposizione della Regione Marche, alle domande di finanziamento presentate da parte degli interessati è attribuito un punteggio di valutazione sulla base di una pluralità di criteri al fine di stabilire i progetti più meritevoli <sup>(3)</sup>.

La procedura ad evidenza pubblica appena (sinteticamente) descritta, è stata adottata in applicazione della legislazione regionale e, più precisamente, dell'art. 14 (rubricato "Contributi per l'adeguamento e la realizzazione degli impianti") della Legge Regionale delle Marche n. 5/2012, il quale si muove all'interno delle categorie e degli istituti delineati dalla legislazione statale <sup>(4)</sup> ed europea vigente sulla materia <sup>(5)</sup>. Tale articolato dispone che la Regione, al fine di promuovere la realizzazione di un sistema regionale di impianti e attrezzature sportive, concede contributi in conto capitale e in conto interessi a favore di Comuni, società, associazioni sportive e altri soggetti pubblici e privati senza scopo di lucro, anche grazie al ricorso ad apposite convenzioni stipulate con l'ICS o altri istituti di credito, che abbiano presentato domanda corredata da progetto definitivo già approvato dal parere tecnico del CONI <sup>(6)</sup>.

2. – Da questa esperienza, è nata l'esigenza concreta degli operatori (associazioni e società sportive gestori degli impianti sportivi, nonché Comuni proprietari degli impianti) di stabilire se il gestore privato dell'impianto pubblico, nel momento di *spendita* del finanziamento pubblico, sia o meno obbligato al rispetto della normativa italiana ed europea sulla contrattualistica pubblica (obbligo alla previa indizione di una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del contraente) oppure se questo sia libero di rivolgersi al mercato secondo quanto previsto dal Diritto Comune.

A tale fine si dovrà effettuare una breve panoramica circa la normativa che disciplina le

<sup>3</sup> Si tratta della eventuale collaborazione prestata dai Comuni interessati dall'intervento, dell'eventuale intervento su impianti sportivi non comuni sul territorio, della rispondenza dell'intervento ai fabbisogni del bacino d'utenza, della qualità tecnico-funzionale dell'intervento, della presentazione di un progetto di tipo definitivo, della presentazione di un intervento co-finanziato da parte di soggetti terzi almeno per il 10% del valore complessivo dell'opera, degli interventi relativi ad impianti sportivi multidisciplinari o polivalenti, degli interventi su impianti sportivi che possono servire un bacino di utenza sovra comunale, degli interventi che contribuiscono all'abbattimento di opere architettoniche o di adeguamento alla normativa sulla sicurezza, interventi diretti ad aumentare la fruibilità dell'impianto sportivo e con riferimento agli impianti scolastici quegli interventi che garantiscono all'utenza extrascolastica di poterne usufruire, degli interventi che consentano di contenere i consumi energetici o di produrre energia rinnovabile (fotovoltaico).

<sup>4</sup> Si precisa che, ai sensi della sentenza della Corte Costituzionale n. 424/2004 è stato chiarito come la materia degli impianti sportivi rientri all'interno di quella dell'Ordinamento sportivo, rimessa alla competenza concorrente Stato e Regioni, con la conseguenza che "lo Stato deve limitarsi alla determinazione dei principi fondamentali, spettando invece alle Regioni la regolamentazione di dettaglio, salvo una diversa allocazione, a livello nazionale, delle funzioni amministrative, per assicurarne l'esercizio unitario, in applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza con riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 118, primo comma, della Costituzione (sentenza n. 303 del 2003)".

<sup>5</sup> Cfr. precedente nota 1.

<sup>6</sup> Si tratta del parere tecnico, obbligatorio e preventivo che deve essere rilasciato da parte del CONI sull'idoneità funzionale dell'impianto sportivo, ai sensi del R.D.L. 2 febbraio 1939, n. 302.

modalità di affidamento della gestione degli impianti sportivi pubblici. Prima di ciò, è però utile ribadire come costituisca ormai approdo pacifico <sup>(7)</sup> il fatto che gli impianti sportivi <sup>(8)</sup> di proprietà degli enti territoriali (e dello Stato) appartengano al loro patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c., il quale prevede che sono inclusi nel c.d. patrimonio indisponibile delle Pubbliche Amministrazioni (Stato, Province e Comuni) *“gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a un pubblico servizio”*. L'attività sportiva è considerata servizio pubblico, in quanto attività di interesse dell'intera collettività, come dimostrato dal fatto che l'Ordinamento sportivo è connotato da un'organizzazione di stampo pubblicistico, con al vertice il Comitato Olimpico Nazionale Italiano (C.O.N.I.), ente pubblico <sup>(9)</sup> posto sotto la vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, le cui Federazioni Sportive affiliate sono soggetti di diritto privato cui, però, è attribuito l'esercizio di determinate funzioni pubbliche consistenti nella promozione e nell'organizzazione dello sport <sup>(10)</sup>.

La prima normativa che viene in considerazione circa le modalità di affidamento della gestione degli impianti sportivi pubblici è costituita dall'art. 90, comma 25, della Legge n. 289/2002 <sup>(11)</sup>, il quale prevede che *“nei casi in cui l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari”*. L'esternalizzazione deve pertanto avvenire, sulla base di procedure stabilite con legislazione regionale (*“Le regioni disciplinano, con propria legge, le modalità di affidamento”*) con criteri predeterminati, in via preferenziale a favore di categorie di soggetti predeterminati; il rapporto tra la Pubblica Amministrazione e l'affidatario è regolato da apposita convenzione che deve disciplinare le modalità d'uso dell'impianto sportivo. La sussistenza di una legislazione speciale in materia di affidamento della

<sup>7</sup> Cfr. TAR Abruzzo, Sez. I, 9 febbraio 2018, n. 54; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 22 maggio 2017, n. 683; TAR Campania, Sez. VIII, 1 dicembre 2016, n. 5554; Cons. Stato, Sez. V, 26 luglio 2016, n. 3380; TAR Abruzzo, Pescara, 11 luglio 2016, n. 258; TAR Liguria, Sez. I, 23 giugno 2016, n. 700; TAR Valle d'Aosta, Sez. I, 15 dicembre 2015, n. 98; Cass. Civ., SS. UU., 20 aprile 2015, n. 7959; TAR Veneto, Sez. I 10 giugno 2013, n. 797; TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 22 novembre 2011, n. 2757; Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040.

<sup>8</sup> Le definizioni normative in materia di impianti sportivi possono essere rintracciate nel D.M. 8 marzo 1996 *“Norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio di impianti sportivi”*, nonché nella Deliberazione CONI 25 giugno 2008, n. 1379 *“Norme CONI pe l'impiantistica sportiva”*.

<sup>9</sup> Disciplinato in origine dalla Legge n. 426/1942, attuata con D.P.R. n. 157/1986 e poi riformato in parte con il c.d. Decreto Melandri (D.Lgs. n. 242/1999) e dalla Legge n. 178/2002.

<sup>10</sup> Come previsto dall'art. 15 del Decreto Melandri; alcune funzioni pubbliche sono individuate in via non esaustiva dall'art. 23 dell'attuale Statuto CONI (ammissione e la revoca all'affiliazione delle società e associazioni sportive, il controllo al regolare svolgimento delle competizioni sportive e dei campionati, l'utilizzo dei contributi pubblici, l'attività di prevenzione e repressione del doping, etc.).

<sup>11</sup> Per un quadro sulla normativa vigente prima dell'anno 2002, si rinvia a S. RAIMONDI – R. PATRASSI, *Impianti sportivi comunali. Appalti, costruzione, gestione, sponsorizzazioni, sicurezza*, Milano, Giuffrè, 2001, Capitolo 4.3. e ss., pagg. 99 e ss.; R. PATRASSI, *Problemi sulla gestione degli impianti sportivi comunali*, Amm.it, fasc. 9, 1999, pagg. 1192 e ss..

gestione di impianti sportivi si giustifica, nell'anno 2002, in considerazione della (quasi) indifferenza della normativa europea in tema di concessioni di servizi (all'interno della cui categoria, al ricorrere di determinate condizioni, è possibile ricondurre tale tipologia di contratti di affidamento, come si avrà modo di chiarire oltre) sino all'adozione della Direttiva 2014/23/UE, recepita, come noto, dal D.Lgs. n. 50/2016.

Dato il non breve lasso temporale intercorso prima della entrata in vigore della nuova Direttiva citata, anche la Regione Marche ha adottato la propria normazione in proposito; in particolare, l'art. 19 della L.R. n. 5/2012 ha posto la regola della necessità dell'espletamento di procedura ad evidenza pubblica secondo la normativa vigente (previsione pertanto piuttosto ridondante) e, dopo avere chiarito che l'impianto pubblico deve essere sempre aperto all'utilizzo anche da parte delle associazioni sportive non affidatarie, ha rimandato ad un regolamento attuativo la determinazione effettiva dei criteri, modalità e requisiti minimi per la partecipazione alle procedure di affidamento. In attuazione di tale previsione, il Regolamento Regionale 7 agosto 2013, n. 4, per quanto qui di interesse, all'art. 15 ha ribadito i principi e i contenuti della presupposta legislazione statale e regionale, mentre l'art. 16 ha individuato i requisiti che, salva la competenza dei Comuni ad individuarne ulteriori, debbono essere preferiti in sede di affidamento della gestione di impianti sportivi, in particolare: l'attività sportiva svolta da parte della società o associazione sportiva richiedente, l'esperienza nella gestione degli impianti sportivi, la qualificazione degli istruttori e allenatori, il livello dell'attività svolta, l'eventuale attività svolta a favore di giovani, disabili e anziani, infine, il numero di tesserati per le attività sportive svolgibili nell'impianto. Di particolare interesse evidenziare come i commi 2 e 4 dell'art. 16 individuino la componente economica (*"economicità di gestione e alla conseguente ricaduta sulle tariffe applicate"* per l'accesso all'impianto) come un criterio necessariamente deteriore, poiché è disposto che non possa "pesare" nella valutazione del concorrente per più del 30% del totale.

**2.1.** – Con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, c.d. Codice dei Contratti Pubblici (ma già con il precedente D.Lgs. n. 163/2006 si era creata una, seppure parziale, sovrapposizione normativa<sup>12</sup>) il quadro delle fonti si è arricchito e, in parte, complicato:

<sup>12</sup> Sul punto si veda S. VILLAMENA, *Impianti sportivi comunali: aspetti problematici della gestione indiretta*, Cooperative ed Enti No Profit, fasc. 11-12, 2013, pagg. 44 e ss.; Raimondo P., *Costruzione e ristrutturazione dei grandi impianti sportivi italiani: profili normativi e criticità*, Diritto dello Sport, 2011, fasc. 1; S. TATTI, *Concessione di impianto sportivo: qualificazione e conseguenze*, Rivista di diritto ed economia dello sport, fasc. 1, 2014; E. Lubrano, *Le modalità di assegnazione in gestione degli impianti sportivi*, Rivista di Diritto ed Economia dello Sporto, 2013, fasc. 3, pagg. 318 e ss.; A. Fani, *Brevi note in tema di affidamento della gestione degli impianti sportivi con particolare riferimento alla nozione di TAR Umbria 28 aprile 2014, n. 230*, Rassegna giuridica umbra, 2014, fasc. 1, pagg. 296 e ss.. Più in generale, sulle novità introdotte sul tema dalla previgente normativa, si vedano A. CANCRINI, *La nuova legge degli appalti pubblici: commentario al codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Roma, 2006; A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 2012; A. CLARIZIA, *Un confronto sulle "filosofie" di recepimento delle direttive "appalti" nei paesi dell'Unione europea*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2007; A. BARTOLINI - S. FANTINI, *La nuova direttiva*

al fine di individuarsi l'esatta procedura a cui è sottoposto l'affidamento di un contratto di gestione dell'impianto sportivo pubblico, deve prima qualificarsi precisamente la sua natura giuridica <sup>(13)</sup>.

Al precedente punto, si è anticipato che tale tipologia di contratto può essere qualificato come concessione di servizi, ma tale asserzione necessita di precisazione e di un approfondimento. Infatti, ciò non è sempre vero<sup>14</sup>, potendo integrare, a seconda del tipo di attività effettivamente espletata, innanzitutto, anche un contratto di appalto di servizi. Secondo la giurisprudenza <sup>(15)</sup>, il discrimine tra le due fattispecie è sostanzialmente la rilevanza economica o meno del servizio prestato dall'affidatario, ovvero si tratterà di concessione laddove il servizio sia prestato direttamente a favore dell'utenza e la remunerazione provenga direttamente dal versamento da parte della stessa della tariffa praticata, con conseguente assunzione del rischio di gestione da parte del medesimo affidatario; definizioni pienamente in linea con quella di concessione di

---

*Ricorsi, in Urbanistica e Appalti, 2008/10, pp. 1093 ss.; B. NASCIBENE, Unione Europea. Trattati, Torino, Giappichelli, 2010; F. ASTONE, Il diritto comunitario degli appalti pubblici ed il codice dei contratti, in F. SAITTA, Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Cedam, Padova, 2008; F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), Codice e regolamento unico dei contratti pubblici, Roma, 2011; F. CARINGELLA - M. PROTTO (a cura di), L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A., Bologna 2012; G. MARCHIANO, Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004, in Riv. trim. app., 2004; G. MESSINA, Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, in Dir. comm. internaz., 2005, pagg. 100 ss.; G. MORBIDELLI - M. ZOPPOLATO, Gli appalti pubblici, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), Trattato di diritto amministrativo europeo, I, Milano, 2007; H. CAROLI CASAVOLA, L'appalto pubblico e la globalizzazione, in C. FRANCHINI (a cura di), I contratti di appalto pubblico, Torino, 2010; L. IANNOTTA, Gli appalti esclusi, in R. GAROFOLI - M.A. SANDULLI (a cura di), Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005, Milano, Giuffrè, 2005; M. GRECO - A. MASSARI, Le nuove direttive comunitarie sugli appalti. Guida pratica all'applicazione della Direttiva 2004/18, I ed., Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2006; M. BALDI - R. TOMEI (a cura di), La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice degli appalti, Milano, Giuffrè, 2007; M. PROTTO, Il nuovo diritto europeo degli appalti, in Urb. e app., 2004; M. ATELLI, La formazione del contratto negli appalti pubblici dopo il nuovo codice (commento al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163), in Obbligazioni e contratti, 2006; M.V. FERRONI, Gli appalti pubblici di forniture, in C. FRANCHINI (a cura di) I contratti con la Pubblica amministrazione, Torino, 2007; R. DE NICTOLIS (a cura di), I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Milano, Giuffrè, 2007; R. DE NICTOLIS, Il nuovo codice degli appalti pubblici, II ed., Eade, Roma, 2007; R. CARANTA, I contratti pubblici, Torino, Giappichelli, 2012; R. GAROFOLI - M. A. SANDULLI (a cura di), Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005, Milano, 2005; S. BANDINI ZANIGNI, Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la direttiva n.2004/18/CE, Torino, 2006; S. BASTIANON, Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati, Milano, Giuffrè, 2005; S. FANTINI, I contratti finanziari, in L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A., Zanichelli, Bologna, 2012; S. VINTI, Limiti funzionali all'autonomia negoziale della Pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche, Padova, Cedam, 2008.*

<sup>13</sup> Di particolare interesse sul tema si segnalano le ricostruzioni effettuate da S. VENTURI, *Le modalità di affidamento degli impianti sportivi comunali alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Vol. XIII, Fasc. 2, 2017, pagg. 109 e ss., nonché A.S. DELLE FEMMINE - D. MUSCARÀ, *Il rilancio degli impianti sportivi italiani*, Rivista di Diritto ed Economia dello Sport, Vol. XII, Fasc. 3, 2016, pagg. 32 e ss..

<sup>14</sup> Sulla difficoltà all'inquadramento giuridico dei contratti di questa tipologia, si veda S. DEL GATTO, *Affidamento a privati di locali all'interno di impianti sportivi di proprietà comunale: locazione di immobile o concessione di beni pubblici?*, Riv. giur. edil., 2003, pagg. 1544 e ss.; S. MONZANI, *L'affidamento di servizi pubblici locali alla luce dei più recenti interventi legislativi: in particolare, la gestione di impianti sportivi*", in Amministrazione italiana 2008, fasc. 12, pagg. 1592 e ss..

<sup>15</sup> TAR Abruzzo, Sez. I, 9 febbraio 2018, n. 54; Corte Appello de L'Aquila, 13 maggio 2017, n. 828; TAR Campania, Sez. VIII, 1 dicembre 2016, n. 5554; TAR Abruzzo, Sez. I, 11 luglio 2016, n. 258.

servizi introdotta in via normativa a seguito del recepimento della Direttiva 2014/23/UE, ovvero ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv del D.Lgs. n. 50/2016 di rischio operativo ai sensi della successiva lett. zz <sup>(16)</sup>. Di particolare interesse è la definizione circa la rilevanza economica della gestione dell'impianto sportivo fornita dalla sentenza del TAR Lazio, 22 marzo 2011, n. 2538, per la quale: *"è necessario distinguere tra servizi 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"*. Pertanto, ogni qual volta si sia di fronte ad un servizio avente potenzialità economica ed espletato effettivamente secondo logica di mercato si sarà di fronte all'affidamento di un contratto di concessione di servizi (laddove il concessionario presta la propria attività direttamente a favore dell'utenza in cambio del pagamento di una tariffa), altrimenti, laddove per natura o per volontà dell'Amministrazione il servizio effettivamente prestato non abbia carattere commerciale (o rilevanza economica), anche ai sensi dell'art. 164, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 <sup>(17)</sup> si sarà di fronte all'affidamento di un contratto di appalto di servizi (laddove il concessionario gestisce l'impianto sportivo in cambio di una remunerazione diretta da parte dell'Amministrazione proprietaria, con conseguente assenza di rischio operativo).

Ebbene, partendo da quest'ultima, ovvero dall'appalto di servizi per la gestione di un impianto sportivo, alla luce del nuovo Codice dei Contratti Pubblici è stato osservato

---

<sup>16</sup> La sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 21 marzo 2018, n. 1811 ha tracciato una descrizione di grande interesse dello stato dell'interpretazione della distinzione tra appalto e concessione di servizi prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2014/23/UE: *"La giurisprudenza europea, prima dell'entrata in vigore della Direttiva del Parlamento europeo del Consiglio 2014/23/UE, ha chiarito che elemento decisivo ai fini della qualificazione dell'affidamento di un certo servizio come concessione risiede nel trasferimento del rischio (cfr. Corte giustizia Comunità europee, 13 novembre 2008, C-437/07, Commissione c. Italia), specificando ulteriormente che il rischio va inteso come esposizione all'alea di mercato che ricorre, in primo luogo, nel caso in cui, essendo la remunerazione del servizio garantita da soggetti terzi rispetto all'amministrazione, l'operatore economico può trovarsi nella situazione in cui il ricavato dell'attività svolta a favore dei terzi non consente la copertura integrale dei costi sostenuti (cfr. Corte giustizia Unione europea, 10 marzo 2011, C-274/09, Strong Segurança SA), mentre non assumono rilevanza i rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico poiché insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi (cfr. Corte giustizia Unione europea, 10 novembre 2011, C-348/10, Norma-A Sia).*

*A sua volta la giurisprudenza nazionale ha, dapprima, attribuito rilevanza alla struttura del rapporto, che intercorre tra due soggetti (stazione appaltante e appaltatore) nel caso dell'appalto di servizi ed invece tra tre soggetti (amministrazione concedente, concessionario ed utente) nel caso della concessione di servizi (cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, 7 maggio 2013, n. 13), per poi indicare nel rischio economico l'elemento qualificante la concessione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624 e Cass. civ., Sezioni Unite, 20 aprile 2017, n. 9965)".*

<sup>17</sup> Tale norma esclude l'applicabilità delle norme sulle concessioni ai servizi non economici di interesse generale.

(<sup>18</sup>) che questo ricadrebbe all'interno della categoria dei servizi sociali disciplinati dal Titolo VI, Sezione IV del D.Lgs. n. 50/2016, in quanto ricade nel CPV "92610000-0" (<sup>19</sup>) "Servizi di gestione di impianti sportivi" che è ricompreso nella categoria "servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura" dell'Allegato IX del D.Lgs. n. 50/2016, con conseguente applicabilità allo stesso delle particolari procedure di cui agli artt. 140 e ss. del D.Lgs. n. 50/2016. Tra le conseguenze più importanti di tale qualificazione vi è l'individuazione della soglia di rilevanza comunitaria dei contratti fissata in euro 750.000,00 (cfr. art. 35, comma 1, lett. d del D.Lgs. n. 50/2016) e l'espressa disposizione per la quale sotto tale soglia i contratti sono affidati con le procedure semplificate previste dall'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 (cfr. art. 142, comma 5 *octies*, del D.Lgs. n. 50/2016).

Laddove, invece, si tratti di concessione di servizi, viene in considerazione la disciplina dettata dagli artt. 164 e ss. del D.Lgs. n. 50/2016, ossia la Parte III del Codice; tale tipologia contrattuale, ai sensi dell'art. 180, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, viene fatta rientrare nella "famiglia" dei contratti di partenariato pubblico privato (c.d. PPP) (<sup>20</sup>). Si deve precisare che l'art. 14, comma 1, ultimo periodo, D.Lgs. n. 50/2016 dispone espressamente che la Parte III del Codice non si applica "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"; in queste situazioni, infatti, ricorrendo la "richiesta dell'operatore economico" si rientrerà in una delle altre ipotesi di PPP di cui agli artt. 180 e ss. del D.Lgs. n. 50/2016; un esempio speciale di tale PPP con riferimento proprio agli impianti sportivi pubblici è dato dalla

<sup>18</sup> Cfr. Delibera dell'Autorità Nazionale AntiCorruzione, 14 dicembre 2016, n. 1300, "Federazione Italiana Sport del Ghiaccio (FISG) – Comitato Regionale Piemonte – affidamento della gestione degli impianti sportivi a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 – richiesta di parere".

Peraltro, in tale Delibera è stata avanzata l'ipotesi che l'art. 90, comma 25 della Legge n. 289/2002 sarebbe da ritenersi sostanzialmente abrogata alla luce del nuovo contesto normativo dettato dal D.Lgs. n. 50/2016 ("Si ritiene pertanto che ... debba ritenersi superata e non più applicabile la previsione di cui all'art. 90, comma 25 della l. 289/2002, sopra richiamato, dettata in un differente contesto normativo"), ma tale interpretazione potrebbe ritenere essere stata smentita da parte dello stesso Legislatore, il quale con D.L. 12 luglio 2018, n. 87, convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2018, n. 96, ha disposto con l'art. 13, comma 4, lettera b, la modifica dello stesso art. 90, comma 25, con ciò potendosi intendere la sua attuale vigenza e cogenza.

Certo è che il criterio preferenziale per l'individuazione degli affidatari previsto da tale art. 90, comma 25, può porre dei problemi di compatibilità comunitaria, quantomeno con riferimento agli affidamenti di contratti sopra-soglia, ovvero superiori ad euro 750.000,00.

<sup>19</sup> Si tratta del c.d. Vocabolario comune per gli appalti pubblici, disciplinato dal Regolamento CE n. 2195/2002, modificato dal Regolamento CE n. 213/2008.

<sup>20</sup> Il quale ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. eee, del D.Lgs. n. 50/2016 è definito come "il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore".

procedura di cui al comma 304 della Legge n. 147/2013, come modificato dal D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con modificazioni dalla Legge 21 giugno 2017, n. 96.

Tra le ipotesi di PPP che assume maggiore rilevanza ai fini della trattazione <sup>21</sup>, vi è la concessione di costruzione e gestione dell'impianto sportivo la quale è essenzialmente una concessione di lavori pubblici per la realizzazione di opere e la loro gestione una volta ultimate; secondo la giurisprudenza <sup>(22)</sup> tale tipo di concessione si distingue da quella di servizi sotto il profilo degli importi in gioco nella pattuizione negoziale, laddove dalla comparazione delle prestazioni che vengono poste a carico del concessionario ha carattere preminente la realizzazione delle opere rispetto alla gestione degli impianti; in questi casi, la gestione è diretta unicamente a garantire al privato concessionario la remuneratività della operazione economica intrapresa (mentre al contrario si tratterà di concessione di servizi se risultasse preminente la gestione dell'opera rispetto alla sua realizzazione).

**3.** - La Regione Marche con D.G.R. 7 agosto 2017 ha aperto la procedura ad evidenza pubblica per la concessione dei finanziamenti, così come descritta *supra*, a favore degli enti pubblici territoriali proprietari degli impianti sportivi oppure, in via alternativa, a favore dei loro gestori privati.

Laddove ci si debba interrogare sulle prescrizioni normative vigenti per la corretta modalità di spesa di tali somme, la risposta sarebbe piuttosto agevole qualora si dovesse prendere in considerazione l'ipotesi del finanziamento concesso a favore dell'ente pubblico territoriale; in questo caso *nulla quaestio*, l'ente pubblico territoriale rientrerebbe senz'altro nella definizione di Amministrazione aggiudicatrice sub-centrale di cui all'art. 3, comma 1, lett. c, del D.Lgs. n. 50/2016 con conseguente piena applicazione allo stesso della normativa prevista dal Codice. Prendendo a riferimento i valori della fattispecie concreta in questione, nella quale le n. 46 domande presentate da parte dei Comuni della Regione ed ammesse al finanziamento prevedono una spesa ammissibile avente un valore ricompreso tra euro 40.000,00 (la spesa ammissibile minima da bando è pari ad euro 40.000,00) ed euro 300.000,00 (la spesa ammissibile più elevata è stata presentata dal Comune di Vallefoglia per un totale di euro 283.121,67), nel caso di specie i singoli Comuni / Amministrazioni aggiudicatrici dovranno porre in

<sup>21</sup> Non viene preso in considerazione il c.d. *project financing*, per la cui trattazione si rinvia a E. MORLINO, *Il nuovo project financing per gli impianti sportivi*, *Munus*. Rivista giuridica dei servizi pubblici, 2013, fasc. 3, pag. 497; S. Fidanzia - A. Gigliola, *Il project financing per gli impianti sportivi alla luce delle linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) del 23 settembre 2015*, *Rivista di Diritto Sportivo*, 2015, fasc. 2, pagg. 328 e ss..

<sup>22</sup> Le cui pronunce sono incentrate sul tema al fine di definire soprattutto il riparto di giurisdizione tra Giudice Amministrativo ed Ordinario, laddove l'art. 133, comma 1, lett. c, CPA attribuisce alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo anche la fase di esecuzione della concessione di servizi, mentre quella della concessione di lavori rimane estranea e quindi attribuita alla giurisdizione ordinaria.

Sul tema TAR Lazio, Sez. II, 3 aprile 2018, n. 3676; Cass. Civ., SS.UU., 13 settembre 2017, n. 21200; Cass. Civ., SS.UU. 20 maggio 2014, n. 11022; Cass. Civ., SS. UU., 9 novembre 2012, n. 19391; C.A. Milano, Sez. IV, 26 luglio 2017, n. 3491; TAR Lombardia, Sez. II, 3 ottobre 2016, n. 1281.

essere, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettere b e c, del D.Lgs. n. 50/2016, una gara secondo le seguenti modalità: 1) nel caso di lavori di valore ricompreso tra euro 40.000,00 ed euro 149.999,99, sino al 31 dicembre 2019, grazie alla deroga introdotta dall'art. 1, comma 912, Legge n. 145/2018, potranno procedere all'affidamento diretto previa consultazione di tre operatori economici <sup>(23)</sup>; 2) nel caso di lavori di importo ricompreso tra euro 150.000,00 e euro 349.999,99, sempre grazie alla deroga introdotta dall'art. 1, comma 912, Legge n. 145/2018, dovranno procedere a procedura negoziata con consultazione di almeno dieci operatori economici (e non quindici operatori) individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

La questione si complica laddove, invece, il destinatario del finanziamento pubblico sia il soggetto privato gestore dell'impianto sportivo pubblico.

La risposta al quesito risulta dipendere dalla qualificazione del contratto di cui il privato è titolare sulla base dell'affidamento effettuato da parte dell'Amministrazione Pubblica proprietaria, ovvero se tale contratto sia un appalto di servizi, una concessione di servizi oppure una concessione di costruzione e gestione dell'impianto sportivo. Infatti, a seconda della tipologia di contratto, il privato potrà o meno essere qualificato come *"altro soggetto aggiudicatario"* ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. g del D.Lgs. n. 50/2016, ovvero come soggetto privato tenuto all'osservanza delle disposizioni del Codice.

La prima delle ipotesi prese in considerazione, cioè l'appalto di servizi <sup>(24)</sup>, si presta ad una più semplice risoluzione: non si rinviene alcuna norma nel Codice che obblighi l'appaltatore di servizi all'applicazione della normativa sulla contrattualistica pubblica e, pertanto, si dovrebbe concludere che il momento di necessaria evidenza pubblica sull'utilizzo del finanziamento in questione si sia esaurito nella procedura posta in essere dalla Regione Marche per la concessione dello stesso finanziamento, laddove la scelta è avvenuta in ragione dell'ampia valutazione soggettiva ed oggettiva del concorrente e del progetto dallo stesso presentato (valutazione in termini tecnici, economici e di interesse pubblico).

La questione si pone in modo diverso laddove si approdi invece alle ipotesi delle concessioni.

L'art. 164, comma 5, del Codice prevede testualmente che *"I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi"*

<sup>23</sup> La deroga ha portata sostanziale, in quanto in via ordinaria la norma avrebbe previsto una procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

<sup>24</sup> La Dottrina sul tema è molto ampia, si citano, senza pretesa di completezza, anche con riferimento al regime previgente al D.Lgs. n. 50/2016, A. BORTOLOTTI, *Appalto di Servizi*, in M. COSTANZA, *L'appalto privato*, Torino, Utet, 2000; A. DI GIOVANNI, *Gli appalti pubblici di servizi*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, Torino, Utet, 2007; E. CARDI, *Mercati, servizi pubblici e appalti*, Foro amm., 2008; S. BANDINI ZANIGNI, *Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la direttiva n. 2004/18/CE*, Torino, Utet, 2006.

sono tenuti all'osservanza della presente Parte nonche' le disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte". Pertanto, la qualificazione come altro soggetto aggiudicatario ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. g del Codice, avviene espressamente per l'ipotesi di concessione di lavori, tra cui, come già indicato nella parte finale del precedente punto 3, viene fatta rientrare anche la concessione di costruzione e gestione dell'impianto sportivo. In queste specifiche ipotesi, quindi, il concessionario privato laddove debba fare svolgere sull'opera ulteriori lavori da parte di terzi, il relativo contratto di appalto dovrà essere affidato con le modalità prescritte per l'affidamento delle concessioni di lavori dalla Parte III del D.Lgs. n. 50/2016. Calando nella fattispecie tale assunto, si dovrebbe concludere che il gestore dell'impianto sportivo pubblico, laddove abbia ricevuto in origine la gestione dell'impianto sotto forma di concessione di costruzione e gestione dell'opera e, successivamente, debba svolgere ulteriori lavori sulla stessa attraverso appalto a favore di terzi, sarà tenuto ad indire una procedura ad evidenza pubblica secondo quanto previsto dalla normativa appena richiamata. Queste soluzioni normative "manifestano le preoccupazioni del Legislatore che, nelle concessioni di lavori, si determini una sorta di monopolio della domanda in grado di alterare la concorrenza e di aumentare i costi per la gestione della concessione stessa, traslandoli poi sugli utenti e contribuenti, atteso il necessario rispetto del principio del mantenimento dell'equilibrio economico finanziario di cui all'art. 3, co. 1, let. fff)" <sup>(25)</sup>.

L'art. 164 del Codice non prevede, né dispone alcuna norma speciale con riferimento, invece, ai concessionari di servizi. L'assenza di una espressa previsione così come avviene per gli appaltatori di servizi e contrariamente a quanto avviene per le ipotesi appena trattate delle concessioni di costruzione e gestione (*sub specie* delle concessioni di lavori) dovrebbe portare l'interprete a ritenere che il concessionario di servizi non abbia alcun obbligo di legge in merito all'affidamento dei lavori da realizzarsi sull'opera oggetto della concessione.

La conferma di tale conclusione può trarsi da un ulteriore dato interpretativo, ovvero dall'art. 177 del D.Lgs. n. 50/2016. Tale norma, rubricata "affidamenti dei concessionari", prescrive degli obblighi del tutto peculiari per le ipotesi di concessioni di lavori e di servizi (ma anche di forniture, qui non di interesse) che sono state affidate da parte della Pubblica Amministrazione a favore di soggetti pubblici o privati in violazione della normativa europea. Il dato normativo di tale articolo non si presenta di facile lettura, in parte anche a causa di evidenti refusi di stesura (non eliminati nemmeno dal

---

<sup>25</sup> Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582 (n. aff. 547/2018), nel quale si osserva altresì che tale obblighi normativi similari erano previsti anche dal "vecchio" Codice Appalti, il cui art. 253, comma 25, prevedeva un obbligo in capo ai concessionari autostradali di rivolgersi a soggetti terzi scelti con gara per l'espletamento di una parte del contratto di concessione, mentre l'art. 146 disponeva che in tutti i bandi di concessione di lavori potesse essere prevista la possibilità di imporre al concessionario di affidare almeno il 30% dei successivi lavori mediante procedura ad evidenza pubblica.

c.d. correttivo, cioè il D.Lgs. n. 56/2017 <sup>(26)</sup>), e comunque potrebbe addirittura essere considerato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega <sup>(27)</sup>. In ogni caso, al netto dei refusi e dei dubbi di legittimità costituzionale, la disposizione prescrive che i soggetti pubblici o privati <sup>(28)</sup> che hanno ricevuto in affidamento diretto una concessione di valore pari o superiore ad euro 150.000,00 <sup>(29)</sup> sono tenuti ad affidare tramite procedura ad evidenza pubblica almeno l'80% <sup>(30)</sup> delle prestazioni oggetto

<sup>26</sup> Il testo dell'articolo recita quanto segue: *“Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità”*. Con apposito segno grafico, si è provveduto ad evidenziare la parte di normativa che lo scrivente ritiene frutto di un evidente refuso di stesura.

<sup>27</sup> Il punto è evidenziato, anche se in termini estremamente moderati, da parte del Consiglio di Stato in sede consultiva sul parere sullo schema di Codice sui Contratti Pubblici, reso in Adunanza Plenaria dalla Commissione Speciale in data 1 aprile 2016, il quale in sede di commento dell'art. 177 ha correttamente osservato che *“L'art. 177 costituisce coerente, ma parziale, recepimento del punto iii) della legge delega. Tale punto della delega, infatti, impone di esternalizzare, mediante procedure di evidenza pubblica, l'80% dei lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni, non solo per le concessioni già in essere, ma anche per le nuove concessioni, in entrambi i casi escludendo da tale obbligo le concessioni affidate con la finanza di progetto o con gara ad evidenza pubblica. Orbene, in disparte la efficacia retroattiva connessa direttamente alla previsione della legge di delega (art. 1, comma 9, l. n. 11/2016), occorre segnalare che il presente articolo si limita, in ogni caso, a imporre tale obbligo solo per le concessioni già in essere, e non anche per le nuove concessioni. Vero è che, almeno in linea teorica, tutte le nuove concessioni, affidate dopo l'entrata in vigore del codice, dovrebbero essere affidate con la formula della finanza di progetto ovvero con procedura di gara ad evidenza pubblica, e quindi il problema, a regime, potrebbe non porsi”*.

<sup>28</sup> Con riferimento ai soggetti privati è stato osservato che *“se trattasi di concessionari privati non suscettibili nella categoria delle amministrazioni aggiudicatrici o in quella degli enti aggiudicatori, occorre”* non sono sottoposti all'applicazione di tale norma solamente laddove *“le concessioni siano state rilasciate in applicazione, almeno, dei “principi” di trasparenza fissati dall'art. 29 del codice”*; altresì è stato chiarito che *“Nessun dubbio, inoltre, la Commissione nutre circa l'applicabilità dell'art. 177 ai concessionari privati. Sul punto è sufficiente richiamare il tenore testuale dell'incipit della disposizione, tra l'altro del tutto in linea con il criterio direttivo di cui all'art. 1 comma 1, lett. iii) della legge di delega n. 11/2016. Il fatto che i privati siano soggettivamente esclusi dall'applicabilità del codice dei contratti, non toglie che essi possano essere stati affidatari diretti di opere o servizi di titolarità pubblica, e che quindi, ai circoscritti fini dell'art. 177, debbano essere considerati quali stazioni appaltanti”* cfr. punti 3.2. e 3.3. del parere Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582, n. aff. 547/2018, sulle Linee Guida n. 11 dell'ANAC.

<sup>29</sup> Sul punto la lettera della Legge non risulta essere affatto chiara, ma sia le Linee Guida n. 11 dell'ANAC che il parere del Cons. Stato, Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582, n. aff. 547/2018, hanno interpretato il riferimento al valore di euro 150.000,00 *“Appare senz'altro corretta, quindi, la soluzione sposata dalle Linee guida in esame, nel senso di considerare la soglia dei 150.000 euro riferita al valore della concessione e non già ai contratti esternalizzandi. Del resto, la mancanza di soglie minime che correlino gli affidamenti da effettuare in attuazione del predicato obbligo di esternalizzazione, e gli obblighi di evidenza pubblica da adempiere in relazione all'importo dei contratti d'appalto da stipulare, costituisce lacuna che ben può essere agevolmente colmata attraverso il ragionamento analogico, in forza dell'applicazione delle pertinenti norme dettate in via generale dal codice dei contratti (a partire, quindi, dal suo art. 36) e dalla regolazione dell'ANAC”*.

<sup>30</sup> Dalla quota percentuale sono esclusi i *“contratti stipulati per la gestione dell'attività del concessionario nel suo complesso quali, ad esempio, i contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, per le utenze, per la manutenzione degli immobili, se utilizzati promiscuamente con altre attività svolte dal concessionario”* (cfr. punto 2.2. della Delibera ANAC n. 614/2018, Linee Guida n. 11).

In proposito alla stessa quota percentuale, il Consiglio di Stato, con sentenza della Sezione Quinta, 27 luglio 2017, n. 3708 (confermata sul punto dalla successiva Delibera ANAC n. 614/2018, Linee Guida n. 11, punto 3.1.), ha avuto modo di chiarire che solamente con riferimento ai soggetti già titolari di concessioni all'entrata in vigore del Codice,

della medesima concessione; tale obbligo di gara determina non soltanto la necessità di indire una procedura ad evidenza pubblica nel rispetto del Codice qualora il concessionario dovesse decidere di esternalizzare parte delle prestazioni, ma, in modo più incisivo, che il concessionario è obbligato ad esternalizzare tali percentuali di prestazioni <sup>(31)</sup>.

La ratio della disposizione in commento è stata ben individuata da parte del Consiglio di Stato (cfr. punto 1.4. del parere Comm. Spec., 20 giugno 2018, n. 1582, n. aff. 547/2018, sulle Linee Guida n. 11 dell'ANAC), laddove è stato affermato che *“la decisione del legislatore di adeguare, seppur in via mediata e indiretta, l'originario rapporto concessorio al mutato approccio alla “concorrenza per il mercato”, fatto proprio dal medesimo per il tramite del recepimento della direttiva 2014/23/UE e soprattutto dei principi generali della Costituzione e del Trattato, in modo da restituire al mercato quelle quote di lavori, servizi e forniture per lungo tempo affidate senza l'uso di procedure ad evidenza pubblica, atteso il regime previgente al codice, al riparo dalla competizione, senza con ciò incidere sull'esistenza e la durata dell'originaria concessione, in un logica che può dirsi riequilibratrice e non sanzionatoria”*; in altri termini, in *“quelle ipotesi in cui il concessionario fosse stato scelto senza un previo ricorso al mercato ... il concessionario [si ritiene essere] affetto da una sorta di colpa originale indipendente dalla sua volontà ma per se stessa tale da collocarlo in una “situazione permanente” di sostanziale violazione dei principi di concorrenza, pur senza colpa individuale. L'art. 177 intende purgare questo stato di colpa originale imponendo, a valle, il rispetto della concorrenza in quegli atti nei quali la violazione originaria della concorrenza si perpetua”*.

Tale breve digressione sull'istituto speciale previsto dall'art. 177 del Codice è utile, come anticipato, a confermare la tesi interpretativa sopra proposta, secondo la quale il soggetto privato concessionario di servizi che abbia ricevuto sulla base di regolare procedura ad evidenza pubblica il proprio contratto di concessione, allo stato della normativa vigente, nell'esecuzione di tale contratto non può essere considerato Stazione Appaltante; ciò, può essere agevolmente esplicitato sulla base del rispetto delle norme europee in tema di concorrenza dell'accesso per il mercato (concessione regolarmente

---

il rispetto della quota deve avvenire entro 24 mesi da tale entrata in vigore e, quindi, entro il 19 aprile 2018. Per i soggetti nuovi concessionari, invece, che hanno ricevuto in affidamento diretto il contratto dopo l'entrata in vigore del Codice, tale quota è immediatamente applicativa.

<sup>31</sup> Cfr. punto 2.1. della Delibera ANAC n. 614/2018, Linee Guida n. 11. L'interpretazione è stata condivisa anche dal punto 5 del *“Appare senz'altro corretta, quindi, la soluzione sposata dalle Linee guida in esame, nel senso di considerare la soglia dei 150.000 euro riferita al valore della concessione e non già ai contratti esternalizzandi. Del resto, la mancanza di soglie minime che correlino gli affidamenti da effettuare in attuazione del predicato obbligo di esternalizzazione, e gli obblighi di evidenza pubblica da adempiere in relazione all'importo dei contratti d'appalto da stipulare, costituisce lacuna che ben può essere agevolmente colmata attraverso il ragionamento analogico, in forza dell'applicazione delle pertinenti norme dettate in via generale dal codice dei contratti (a partire, quindi, dal suo art. 36) e dalla regolazione dell'ANAC”*. Al tempo stesso, però, il Consiglio di Stato ha evidenziato nel medesimo parere che tale interpretazione (unica possibile secondo Palazzo Spada) farebbe sorgere dubbi di legittimità costituzionale della norma, poiché *“l'obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell'80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, sembra in contraddizione con i principi scaturenti dall'art. 41 cost.”*

affidata con gara) e dei principi di trasparenza e ed evidenza pubblica per la concessione dei finanziamenti pubblici (ricevuti dal privato in esito a gara pubblica). Essendo state svolte a monte le procedure di selezione del soggetto privato, da un lato come concessionario di servizi, e dall'altro lato come destinatario del finanziamento pubblico, in sostanza non vi è necessità ulteriore di "attivare" il mercato per lo svolgimento dell'intervento edilizio sull'impianto sportivo oggetto della concessione e, pertanto, lo stesso concessionario privato potrà rivolgersi liberamente al mercato, salvo ovviamente il rispetto dei vincoli e dei criteri di spesa determinati in sede di gara da parte della Amministrazione (nel caso di specie, da parte della Regione Marche).