

## **Delibera n. 1300 del 14 dicembre 2016**

**Oggetto:** 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.

AG 50/2016/AP

Art. 164 e 140 d.lgs. 50/2016

La gestione di impianti sportivi con rilevanza economica, qualificabile quale “concessione di servizi” ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice, deve essere affidata nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 164 e seguenti del Codice stesso, con applicazione delle parti I e II del Codice stesso (per quanto compatibili). La gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica, sottratta alla disciplina delle concessioni di servizi (art. 164, comma 3), deve essere ricondotta nella categoria degli “appalti di servizi”, da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli appalti di servizi sociali di cui al Titolo VI, sez. IV.

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

Considerato in fatto

Con nota pervenuta in data 30 settembre 2016 ed acquisita al prot. n. 142741, la Federazione Italiana Sport del Ghiaccio (FISG) – Comitato Regionale Piemonte - ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine alle modalità di affidamento della gestione degli impianti sportivi a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.

In particolare, l'istante ha illustrato le diverse tipologie di impianti sportivi esistenti (distinguendoli tra impianti a rilevanza cittadina e a rilevanza circoscrizionale, impianti a rilevanza economica e privi di rilevanza economica, impianti specialistici e multidisciplinari, impianti fissi e mobili) ed ha evidenziato che l'odierna istanza di parere attiene all'individuazione delle modalità di affidamento della gestione degli impianti a rilevanza economica e privi di rilevanza economica e degli impianti fissi e mobili sulla base delle previsioni del nuovo Codice e dell'art. 90, comma 25, della l. 289/2002.

Ha quindi osservato che, rispetto alla disciplina recata dall'art. 30 (concessioni di servizi) del d.lgs. 163/2006, per l'affidamento dei predetti impianti con rilevanza economica dovrebbe trovare applicazione la Parte III (contratti di concessione) del d.lgs. 50/2016, mentre sarebbero esclusi dall'ambito di applicazione del Codice quelli privi di rilevanza economica, secondo le previsioni dell'art. 164, comma 3 del d.lgs. 50/2016.

L'istante ha aggiunto che mentre per gli impianti fissi valgono le predette considerazioni, occorre definire le modalità di affidamento degli impianti mobili, intendendosi per tali, gli spazi pubblici affidati dall'ente locale a terzi per lo svolgimento di manifestazioni o eventi sportivi in assenza di contributi pubblici.

Alla luce di quanto sopra, la Federazione ha quindi chiesto all'Autorità di chiarire gli aspetti illustrati.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, si osserva preliminarmente che con riferimento all'assetto normativo recato dal d.lgs. 163/006, l'Autorità ha espresso avviso in ordine all'affidamento della gestione degli impianti sportivi nel parere sulla normativa del 2 dicembre 2015 - AG 87/2015/AP.

In tale parere è stato chiarito, in primo luogo, con riferimento alla natura del bene "impianto sportivo", che esso rientra nella previsione dell'ultimo capoverso dell'art. 826 c.c., ossia in quella relativa ai beni di proprietà dei comuni destinati ad un pubblico servizio e perciò assoggettati al regime dei beni patrimoniali indisponibili i quali, ex art. 828 c.c. non possono essere sottratti alla loro destinazione. Su tali beni insiste, dunque, un vincolo funzionale, coerente con la loro vocazione naturale ad essere impiegati in favore della collettività, per attività di interesse generale e non vi è dubbio che la conduzione degli impianti sportivi sottenda a tale tipologia di attività (Consiglio di Stato n. 2385/2013). La gestione di tali impianti può essere effettuata dall'amministrazione competente oltre che in forma diretta anche in forma indiretta, mediante affidamento a terzi, individuati in esito ad una procedura selettiva.

A tal riguardo l'Autorità ha osservato che l'affidamento a terzi della gestione di un impianto sportivo comunale deve essere inquadrato nella concessione di pubblico servizio, pertanto l'ente locale che intenda affidare a terzi tale gestione è tenuto, ai sensi dell'articolo 30, comma 3, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ad indire una procedura selettiva tra i soggetti qualificati in relazione al suo oggetto.

L'Autorità ha altresì affermato che l'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 2891 pur mostrando il favor del legislatore per l'affidamento degli impianti sportivi ai soggetti operanti nel settore dello sport, non consente un affidamento diretto degli stessi ma, in conformità alle norme ed ai principi derivanti dal Trattato, occorre procedere ad un confronto concorrenziale tra i soggetti indicati nella stessa disposizione normativa. Detto confronto concorrenziale, secondo le considerazioni svolte, deve essere effettuato nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 30 del d.lgs. 163/2006.

Passando ad analizzare i quesiti formulati dalla FISG, in ordine alla disciplina dei contratti pubblici oggi dettata dal d.lgs. 50/2016, si rappresenta quanto segue.

In via preliminare si osserva che quanto alla natura del bene "impianto sportivo", la giurisprudenza più recente (Consiglio di Stato sez. V 26/7/2016 n. 3380) conferma il consolidato orientamento (richiamato anche dall'Autorità nel parere sulla normativa sopra citato) a tenore del quale gli impianti sportivi di proprietà comunale appartengono al patrimonio indisponibile dell'ente, ai sensi dell'art. 826, ultimo comma, c.c., essendo destinati al soddisfacimento dell'interesse della collettività allo svolgimento delle attività sportive.

La gestione di tali impianti può essere effettuata dall'amministrazione competente in forma diretta oppure indiretta, mediante affidamento a terzi individuati con procedura selettiva.

A tal riguardo, in ordine alle modalità di affidamento di tale gestione, alla luce delle intervenute disposizioni del d.lgs. 50/2016, occorre distinguere tra impianti con rilevanza economica ed impianti privi di rilevanza economica. Laddove gli impianti sportivi con rilevanza economica sono quelli la cui gestione è remunerativa e quindi in grado di produrre reddito, mentre gli impianti sportivi privi di rilevanza economica sono quelli la cui gestione non ha tali caratteristiche e va quindi assistita dall'ente. Più in particolare «ai fini della definizione della rilevanza economica del servizio sportivo 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» (TAR Lazio, 22 marzo 2011 n. 2538).

Come evidenziato dalla Federazione istante, nel settore sportivo sussistono diverse tipologie di impianti, distinte per bacino d'utenza, per grandezza, per attività alle quali sono deputati; pertanto, la redditività di un impianto sportivo deve essere valutata caso per caso, con riferimento ad elementi quali i costi e le modalità di gestione, le tariffe per l'utenza, le attività praticate.

In ragione di ciò la gestione dei predetti impianti può essere ascritta alla categoria delle concessioni di servizi se ricorrono gli elementi a tal fine indicati dal legislatore.

Si osserva al riguardo che il d.lgs. 50/2016 definisce la concessione di servizi all'art. 3, comma 1, lett. vv) come «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». Il rischio operativo, come precisato alla successiva lett. zz) è «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. 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 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

Il Codice dedica alle concessioni (di lavori e) di servizi la Parte III, prevedendo per le stesse una specifica disciplina, così introducendo un regime differente rispetto alle previsioni del d.lgs. 163/2006 che escludeva, all'art. 30, l'applicabilità del Codice per le concessioni di servizi e prevedeva la scelta del concessionario nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici.

Il d.lgs. 50/2016 prevede, ora, all'articolo 164, comma 2, 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, 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 successivo comma 3 specifica inoltre che «I servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte».

Dunque, ove la gestione di impianti sportivi possa essere qualificata in termini di “concessione di servizi” secondo le indicazioni fornite dall'art. 3 del Codice, la stessa dovrà essere aggiudicata nel rispetto delle parti I e II del Codice stesso (per quanto compatibili).

Nel caso in cui gli impianti siano privi di rilevanza economica (nel senso in precedenza indicato), come chiarito dal comma 3 dell'art. 164, l'affidamento non può avvenire in applicazione delle disposizioni dettate per le concessioni dalla Parte III del Codice.

Conseguentemente occorre chiarire se in tali casi debba trovare applicazione la disciplina in tema di appalti di servizi o se, invece, debba essere esclusa l'applicazione del Codice, come ipotizzato dall'istante sulla base del tenore letterale del citato art. 164, comma 3.

A tal fine occorre sottolineare che, secondo il “vocabolario comune per gli appalti pubblici (CPV)” (Reg. (CE) n. 2195/2002, come mod. dal Reg. (CE) n. 213/2008), il codice CPV “92610000-0” è

riferito ai “Servizi di gestione di impianti sportivi”. Detto CPV è attualmente ricompreso nell’Allegato IX (Servizi di cui agli articoli 140, 143 e 144) del d.lgs. 50/2016, nella categoria “servizi amministrativi, sociali, in materia di istruzione, assistenza sanitaria e cultura”.

Si tratta, pertanto, di un appalto di servizi poiché oggetto dell’affidamento è la gestione dell’impianto sportivo, quale servizio reso per conto dell’amministrazione ed in assenza di rischio operativo (secondo le definizioni contenute nell’art. 3 del Codice).

Discende da quanto sopra, che la gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica, sottratta alla disciplina delle concessioni di servizi, deve essere ricondotta nella categoria degli “appalti di servizi”, da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli appalti di servizi sociali di cui al Titolo VI, sez. IV.

Resta ferma, inoltre, la disciplina di cui all’art. 36 per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di cui all’art. 35.

Si ritiene pertanto, che a seguito dell’entrata in vigore del nuovo Codice, che ha dettato una specifica disciplina per le concessioni di servizi e che ha incluso la “gestione degli impianti sportivi” nell’Allegato IX del Codice, quale appalto di servizi, 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.

Infine, per quanto riguarda la distinzione tra affidamento della gestione degli impianti sportivi fissi e degli impianti sportivi mobili, evidenziata dall’istante, confermando per i primi le considerazioni svolte in precedenza, con riferimento agli impianti mobili (definiti come spazi pubblici concessi dall’ente per lo svolgimento di manifestazioni o eventi sportivi), sembra opportuno sottolineare, in linea generale, che i servizi sportivi (CPV 92600000-7), i servizi connessi allo sport (CPV 92620000-3), i servizi di promozione di manifestazioni sportive (CPV 92621000-0) e i servizi di organizzazione di manifestazioni sportive (CPV 92622000-7), sono inclusi, come i servizi di “gestione degli impianti sportivi” nell’Allegato IX del d.lgs. 50/2016, pertanto gli stessi, quali appalti di servizi, devono essere affidati nel rispetto delle disposizioni del Codice sopra richiamate.

Nel caso in cui l’ente debba concedere esclusivamente l’uso di spazi pubblici per consentire lo svolgimento di eventi, tale fattispecie non rientra nell’ambito di applicazione del Codice, ma costituisce una concessione amministrativa di beni pubblici, da affidare comunque con procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza, di concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione (Corte dei conti, parere n. 4/2008, Cons. Stato, sez. VI, 30.09.2010, n. 7239; Cons. Stato, sez. VI, 25.01.2005, n. 168).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

approva la presente deliberazione.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 21 dicembre 2016

Il Segretario

Maria Esposito