



.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – Affidamento gestione impianti sportivi – art. 5 d.lgs. 38/2021 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-00126-2025-FC

FUNZ CONS 33/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 aprile 2025, acquisita al prot. Aut. n. 60889, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza dell'8 ottobre 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la citata nota, l'Amministrazione comunale diOMISSIS..... sottopone all'attenzione dell'Autorità un quesito relativo alle previsioni dell'art. 5 del d.lgs. 38/2021, con particolare riguardo alle modalità di affidamento della gestione di impianti sportivi. La richiedente sottolinea che sul tema sono intervenute diverse fonti normative, con particolare riguardo al d.lgs. 201/2022 (*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*), al citato d.lgs. 38/2021 (*Attuazione dell'articolo 7 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi*) e al d.lgs. 36/2023 (*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*).

L'Amministrazione osserva quindi che il d.lgs. 201/2022, che disciplina i servizi pubblici di rilevanza economica, stabilisce all'art. 14 che l'affidamento a terzi di tali servizi deve avvenire (tra l'altro) con procedura ad evidenza pubblica, specificando altresì all'art. 15 che «Gli enti locali e gli altri enti competenti affidano i servizi di interesse economico generale di livello locale secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore».

A sua volta il d.lgs. 36/2023, stabilisce all'art. 176 che «Alle concessioni di servizi economici di interesse generale si applicano le norme della presente Parte ... per i profili non disciplinati si applica il D.lgs. 201/2022» e agli art. 182 e ss., compreso l'art. 193 sulla finanza di progetto, vengono identificate le modalità di affidamento delle concessioni attraverso procedure ad evidenza pubblica.

A parere dell'istante, quindi, sembrerebbe sussistere un'antinomia tra le disposizioni sopra richiamate, riferite allo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica e l'art. 5 del d.lgs. n. 38/2021, contemplante la possibilità di affidare direttamente, in assenza quindi di procedure selettive, la gestione di impianti sportivi ad Associazioni e Società Sportive senza fini di lucro.

L'applicabilità della norma potrebbe essere sostenuta sulla base della specialità della stessa rispetto alla disciplina generale sopra indicata, almeno per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie (anche se il d.lgs. 36/2023 prevede, per le concessioni sottosoglia, l'affidamento mediante procedura negoziata). Con riguardo agli affidamenti di valore superiore a tali soglie, invece, andrebbe verificata la compatibilità dell'art. 5 del d.lgs. 38/2021 con le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici, posto che la norma presuppone la realizzazione di investimenti da ammortizzare attraverso i ricavi derivanti dalla gestione degli impianti sportivi, che è propria degli impianti con rilevanza economica.

Per quanto sopra, quindi, l'Amministrazione chiede all'Autorità di fornire indicazioni in ordine alle disposizioni del citato art. 5 del d.lgs. 38/2021 e alla coerenza delle stesse con le norme sopra richiamate.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta e limitatamente ai profili di competenza di questa Autorità, si osserva in via preliminare che il d.lgs. 38/2021 (come da ultimo modificato dal d.lgs. 120/2023), in attuazione delle deleghe di cui all'art. 7 della l.n. 86/2019, detta norme in materia di costruzione, ristrutturazione, gestione e sicurezza degli impianti sportivi, compresi quelli scolastici. Le previsioni degli articoli 4 e seguenti del decreto legislativo citato, individuano le modalità attraverso le quali la competente amministrazione provvede all'affidamento degli interventi e della gestione dei predetti impianti.

In particolare l'art. 4, per *"l'ammodernamento e la costruzione di impianti sportivi, con particolare riguardo alla sicurezza degli stessi e dei loro fruitori e degli spettatori, nonché tutti gli interventi comunque necessari per riqualificare le infrastrutture sportive non più adeguate alle loro esigenze funzionali"*, prevede la possibilità per gli operatori economici interessati, anche d'intesa con una o più delle Associazioni o Società sportive dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto, di presentare un documento di fattibilità delle alternative progettuali, corredato di un piano economico-finanziario e degli ulteriori documenti indicati dalla norma, predisposto in conformità alle disposizioni del d.lgs. 36/2023. La disposizione disciplina la procedura di valutazione/approvazione del predetto documento, nonché del successivo progetto di fattibilità tecnica ed economica (anch'esso predisposto a cura del proponente nel rispetto del d.lgs. 36/2023), il quale è posto a base di gara per l'affidamento degli interventi, da effettuarsi ai sensi dell'art. dell'art. 193 del Codice in materia di finanza di progetto (per quanto non diversamente disciplinato dalla norma). Si specifica inoltre, al comma 12, che le previsioni dello stesso art. 4 trovano applicazione anche nel caso in cui la proposta di ammodernamento e riqualificazione sia presentata dalla sola Associazione o Società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto, nei termini indicati nella disposizione.

L'art. 5 del d.lgs. 38/2021, norma sulla quale è stato sollevato il quesito in esame, dispone a sua volta che «Le Associazioni e le Società Sportive senza fini di lucro possono presentare all'ente locale, sul cui territorio insiste l'impianto sportivo da rigenerare, riqualificare o ammodernare, un progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria per la rigenerazione, la riqualificazione e l'ammodernamento e per la successiva gestione con la previsione di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile. Se l'ente locale riconosce l'interesse pubblico del progetto, affida direttamente la gestione gratuita dell'impianto

all'associazione o alla società sportiva per una durata proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento e comunque non inferiore a cinque anni».

Va richiamato, inoltre, l'art. 6 dello stesso decreto legislativo ai sensi del quale «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» (comma 2).

Anche in tal caso la norma (così come l'art. 4), rinvia alle disposizioni del d.lgs. 36/2023, stabilendo al comma 3 che «Gli affidamenti di cui al comma 2 sono disposti nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, e della normativa euro-unitaria vigente».

Infine, l'art. 7 prevede la possibilità, per le Associazioni sportive o le Società Sportive che hanno la gestione di un impianto sportivo pubblico, di «aderire alle convenzioni Consip o di altro centro di aggregazione regionale per la fornitura di energia elettrica, di gas o di altro combustibile al fine di garantire la gestione dello stesso impianto».

Dalle disposizioni sopra richiamate, deriva quindi un sistema di affidamenti degli interventi di costruzione/riqualificazione e di gestione degli impianti sportivi che, pur finalizzato a promuovere l'attività delle Associazioni e delle Società Sportive in tale ambito, è comunque improntato al rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza e par condicio tra operatori economici, come può evincersi dal richiamo, più volte contenuto nelle norme indicate, alle disposizioni del d.lgs. 36/2023. Sia l'art. 4, sia l'art. 6, infatti, rinviando espressamente al d.lgs. 36/2023, con riguardo alle modalità di svolgimento delle procedure di affidamento degli interventi di riqualificazione/ammodernamento degli impianti sportivi e della relativa della gestione.

In tale contesto, l'art. 5 del d.lgs. 38/2021 (che riproduce quanto già previsto dal comma 6 dell'art. 15, del d.l. 185/2015, conv. in l.n. 9/2016, abrogato dallo stesso d.lgs. 38/2021) – norma la cui formulazione, invero, non appare chiara – contemplante l'affidamento diretto della gestione “gratuita” dell'impianto sportivo all'Associazione o alla società sportiva che abbia presentato apposito progetto di riqualificazione e ammodernamento dell'impianto stesso, non può essere letto e interpretato come disposizione derogatoria alle previsioni del d.lgs. 36/2023, posto che una simile deroga non è contenuta nella norma (si evidenzia al riguardo che l'art. 227 del d.lgs. 36/2023 richiede ai fini della deroga al Codice una espressa previsione in tal senso, assente nel caso di specie).

Più correttamente l'art. 5 deve essere letto in maniera coordinata e sistematica con le disposizioni degli articoli 4 e 6 del d.lgs. 38/2021 e in coerenza con le previsioni del d.lgs. 36/2023 e della disciplina euro unitaria in materia di appalti e concessioni del 2014.

In tal senso, la norma potrebbe essere intesa come contemplante la possibilità, per la competente amministrazione locale, di affidare direttamente la gestione dell'impianto sportivo, nel solo caso in cui una sola Associazione o società sportiva senza scopo di lucro abbia eventualmente presentato un progetto di riqualificazione e ammodernamento, nonché di gestione dell'impianto stesso, evidentemente non più adeguato alle sue esigenze funzionali e che necessita di importanti lavori di adeguamento (come sembra derivare dall'uso del termine “ammodernamento” contenuto nella norma) e al precipuo fine (come indicato dall'art. 5) di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile.

In una logica di conformità alle disposizioni del Codice e comunitarie in materia di appalti e concessioni, la norma dovrebbe trovare applicazione esclusivamente nel caso di un affidamento di

valore inferiore alle soglie comunitarie (richiedendo, invece, gli affidamenti di valore superiore a tali soglie, lo svolgimento di procedure competitive ai sensi del Codice stesso).

La necessità di una lettura coordinata dell'art. 5 del d.lgs. 38/2021 con le previsioni del d.lgs. 36/2023 discende, peraltro, da alcune considerazioni relative, in particolare, all'ambito soggettivo di applicazione della norma e alla "gratuità" della gestione dell'impianto sportivo ivi richiamata.

Più in dettaglio, quanto al profilo soggettivo, si osserva che per principio consolidato e ormai positivizzato, la mancanza dello scopo di lucro non impedisce di qualificare un soggetto come "operatore economico" abilitato a partecipare a procedure competitive. La nozione di operatore economico è infatti più ampia di quella di impresa, essendo riferita a ogni soggetto che offre sul mercato beni o servizi al fine di ricavare somme da destinare alla realizzazione del fine perseguito, che può anche essere un fine non lucrativo. Conferma in questo senso è fornita dalla definizione recata dall'art. 1, comma 1, lettera l) dell'allegato I.1 del Codice, secondo la quale è operatore economico "qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica". Ne discende quindi che la riserva dell'affidamento ad una Associazione/Società Sportiva senza fini di lucro non esclude la riconducibilità del contratto nell'ambito di applicazione del Codice.

Sotto il profilo della gratuità della gestione dell'impianto da affidare, aspetto dirimente per stabilire l'assoggettabilità o meno di un affidamento alla disciplina dell'evidenza pubblica, dato che il diritto unionale dei contratti pubblici e la relativa normativa di recepimento si applica ai soli affidamenti onerosi (l'art. 13, comma 2, del d.lgs. 36/2023, infatti prevede che le disposizioni del Codice non si applicano ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto), la fattispecie disciplinata dall'art. 5 del d.lgs. 38/2021 appare più correttamente riconducibile ad uno schema concessorio dove l'affidatario dovrebbe trarre dalla gestione dell'impianto, presumibilmente qualificabile come dotato di rilevanza economica, una remunerazione sufficiente a coprire l'investimento e i costi di gestione, come sembra derivare dalla previsione per cui l'affidamento è condizionato alla presentazione all'ente locale di "un progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria per la rigenerazione, la riqualificazione e l'ammodernamento" - documento quest'ultimo che pare assimilabile al PEF nell'ambito dello schema concessorio - e dal fatto che la durata del contratto è "proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento", presumibilmente per consentire al gestore di avere a disposizione il tempo sufficiente per rientrare rispetto all'investimento inizialmente sostenuto per i lavori di rigenerazione, riqualificazione o ammodernamento. Secondo la definizione del d.lgs. 36/2023, mutuata dal considerando n. 11 della direttiva 2014/23, e contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. c), Allegato I, il sinallagma della concessione consiste dunque nello scambio tra l'affidamento di lavori e servizi e il diritto di gestirli, perché da tale gestione, eventualmente integrata da un prezzo pagato dell'ente concedente, il concessionario trae le risorse che remunerano l'attività svolta e coprono gli investimenti sostenuti.

L'impostazione delineata, sia pure molto sinteticamente, nell'art. 5 del d.lgs. 38/2021, quindi, sembra presupporre la rilevanza economica almeno potenziale dell'impianto, ovvero la sua idoneità a produrre reddito, quale presupposto della sostenibilità del progetto proposto. Il riferimento, contenuto nella norma, alla "gestione gratuita", sembrerebbe invece inteso ad escludere la corresponsione di un canone periodico, associato all'utilizzo dell'impianto sportivo, in quanto bene del patrimonio indisponibile dell'ente locale, che talvolta è posto in capo al concessionario come retaggio dell'inquadramento del rapporto concessorio come concessione di beni e non come concessione di servizi. Aspetto, questo, che non incide sul carattere oneroso della

concessione e che non consente di collocarla al di fuori del perimetro del Codice in assenza di una esplicita previsione in tal senso del legislatore.

Pertanto, tali considerazioni sembrano avvalorate dalla considerazione che l'affidamento della gestione degli impianti sportivi rientra (con il CPV 92610000-0) tra i servizi alla persona elencati nell'allegato XIV della direttiva 2024/14/UE, cui l'art. 127 del codice vigente rinvia.

Conclusivamente sul punto, l'art. 5 del d.lgs. 38/2021 - contemplante una modalità di affidamento in deroga all'evidenza pubblica - deve essere letto in maniera coordinata con le norme del d.lgs. 36/2023, dettate in recepimento delle direttive appalti e concessioni del 2014, nonché con le disposizioni degli articoli 4 e 6 dello stesso d.lgs. 38/2021 e ritenuto, quindi, applicabile solo in via residuale rispetto ai citati articoli 4 e 6, esclusivamente in presenza delle specifiche e delimitate circostanze ivi previste, opportunamente motivate dall'ente locale nel provvedimento che dispone l'affidamento del contratto ai sensi dello stesso art. 5.

Più in dettaglio, considerato che la previsione in esame fa espresso riferimento all'affidamento diretto della gestione dell'impianto sportivo, con ciò derogando all'evidenza pubblica, ai fini dell'applicazione della stessa, va precisato che: (i) sotto il profilo soggettivo, la disposizione può trovare applicazione esclusivamente nel caso in cui un'Associazione o Società Sportiva senza fini di lucro, abbia presentato all'ente locale una proposta relativa ad un impianto da riqualificare; (ii) all'ente locale deve pervenire una sola proposta in tale senso; (iii) la proposta, corredata da un progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria, deve riguardare un impianto sportivo da "rigenerare, riqualificare o ammodernare", quindi un impianto che necessita di importanti lavori di adeguamento, in quanto evidentemente non più adeguato alle sue esigenze funzionali; (iv) la proposta deve perseguire la finalità di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile; (v) il valore dell'affidamento deve essere inferiore alla soglia comunitaria individuata dall'art. 14 del Codice.

In ossequio ai principi di pubblicità e trasparenza, inoltre, l'ente locale deve garantire la conoscibilità del progetto presentato, mediante pubblicazione dello stesso sul proprio sito internet.

A conforto dell'interpretazione sopra indicata, può richiamarsi l'avviso espresso dal giudice amministrativo sulle disposizioni dell'art. 5 del d.lgs. 38/2021, secondo il quale «la richiamata disposizione normativa disciplina l'affidamento diretto della gestione gratuita di un impianto sportivo a un'associazione o a una società sportiva senza fini di lucro, allorché una di queste presenti di propria iniziativa all'Ente locale un progetto preliminare per la rigenerazione, la riqualificazione, l'ammodernamento e la successiva gestione dell'impianto, al fine di favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile; il predetto affidamento diretto, ... non può operare dove ci sono una pluralità di proposte, poiché in tal caso deve applicarsi il disposto di cui al successivo art. 6» (TAR Lombardia n. 3519/2024).

Lo stesso giudice amministrativo, in relazione all'art. 6 del citato d.lgs. 38/2021, ha ulteriormente osservato che «la ratio di queste disposizioni consiste nell'esigenza di soddisfare i principi generali di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento, che sono espressione sia di regole europee, sia di principi costituzionali quali quello di tutela dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) e di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), (...)» pertanto, «...la selezione del contraente deve avvenire secondo le regole previste dal codice dei contratti pubblici» (TAR Lombardia n. 520/2025).

Anche l'Autorità Garante per la Concorrenza e il Mercato, con atto AS2064 del 5 febbraio 2025, ha affermato che «secondo l'articolo 6, commi da 1 a 3, del D.lgs. n.38/2021, l'uso degli impianti sportivi in esercizio da parte degli enti locali territoriali "deve essere garantito, sulla base di criteri obiettivi, a tutte le società e associazioni sportive". Ove intenda ricorrere a terzi, il Comune ne

affida la gestione *"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"*, nel rispetto del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs.n.36/2023) e della normativa euro-unitaria vigente.

Anche alla luce dell'avviso del giudice amministrativo, si ritiene quindi che le disposizioni dell'art. 5 del d.lgs. 38/2021 debbano essere lette in maniera coordinata e sistematica con le altre previsioni dello stesso decreto legislativo (in particolare artt. 4 e 6), nonché in coerenza con le disposizioni del d.lgs. 36/2023 e con la normativa euro-unitaria vigente, con il conseguente affidamento degli interventi di riqualificazione/ammodernamento degli impianti sportivi e della relativa gestione, secondo le procedure disciplinate dallo stesso d.lgs. 36/2023 (nei termini sopra indicati), non derogate dal d.lgs. 38/2021 ed anzi espressamente richiamate da tale ultimo decreto legislativo.

Pertanto, fermo quanto sopra, l'art. 5 citato va inteso come norma residuale del sistema degli affidamenti in esame (da effettuare ai sensi degli artt. 4 e 6 del d.lgs. 38/2021), in quanto applicabile esclusivamente nel caso in cui una sola Associazione o società sportiva senza fini di lucro, presenti di propria iniziativa all'Ente locale un progetto preliminare per la rigenerazione, la riqualificazione, l'ammodernamento e la successiva gestione di un impianto sportivo (non più adeguato alle sue esigenze funzionali), con il precipuo fine di favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile.

Inoltre, posto che l'applicazione della norma determina una deroga all'evidenza pubblica e può giustificarsi esclusivamente in presenza delle specifiche e delineate circostanze ivi previste, tale applicazione deve essere opportunamente motivata dall'ente locale nel provvedimento che dispone l'affidamento del contratto ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. 38/2021, con indicazione di tutti i presupposti a tal fine richiesti, come sopra illustrati.

In relazione a quanto sopra osservato, ritenuto che la disposizione dell'art. 5 del d.lgs. 38/2021, presenta una formulazione non chiara e che, ove applicata in via generalizzata e in assenza dei prescritti presupposti ivi stabiliti, può determinare una violazione dei principi, anche di derivazione comunitaria, di concorrenza, pubblicità, trasparenza e parità di trattamento, questa Autorità si riserva di adottare in materia le iniziative che riterrà più opportune al fine di definire con chiarezza l'ambito di applicazione della norma, in coerenza con le previsioni del d.lgs. 36/2023 e delle direttive appalti e concessioni del 2014.

Per tutto quanto sopra, si rimette a codesta Amministrazione ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente