

La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nel settore dello sport alla luce della recente normativa speciale.

Secondo una risalente e consolidata giurisprudenza la gestione esternalizzata degli impianti pubblici appartenenti agli enti territoriali costituisce erogazione di servizi pubblici.

La conclusione, ancorché granitica, non apre ad approdi altrettanto saldi.

La prima questione obiettivamente controversa è infatti, nell'ambito della tipologia dei servizi in questione, quella della loro rilevanza economica.

Il tema è ben lungi dall'assumere rilevanza solo teorica, trattandosi di un aspetto fondamentale ai fini dell'inquadramento della disciplina in concreto applicabile.

La distinzione di origine eurounitaria, corrispondente a quella - di importanza centrale per tutta la disciplina dei servizi - tra servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale.

Per espressa disposizione, soltanto ai secondi si applicano le norme dei Trattati in materia di concorrenza e l'art. 12 della Direttiva Appalti.

Sul piano della normativa interna, l'art. 164 comma 3 del D.lgvo 50/2016, c.d. Codice dei Contratti pubblici, consente di escludere l'applicazione delle disposizioni in materia di concessione di servizi agli impianti sportivi privi di rilevanza economica.

Il carattere differenziale è così cruciale in termini di incidenza che ad esso è sempre ricondotta una risalente – e in parte fortunatamente superata – distinzione: alla gestione esternalizzata degli impianti a rilevanza economica si applicano le disposizioni in materia di concessioni, agli impianti privi di rilevanza si considerava applicabile la normativa in materia di appalti di servizi.

E' stato giustamente osservato come tale assetto sia tanto consolidato sul piano teorico quanto rigido e irrazionale su quello pratico, dal momento che la figura dell'appalto, nell'ambito della gestione dei servizi pubblici, presenta tutti i limiti associati alla tensione economico finanziaria dei Comuni e quelli derivanti dal costo opportunità rispetto ai modelli concessori.

Solo recentemente il Consiglio di Stato ha aperto a soluzioni diverse, individuando una possibile "terza via" alla disciplina della gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica, individuando la soluzione della <<concessione strumentale di beni >> (Consiglio di Stato, Sezione V, n. 5915/2021, Consiglio di Stato, sezione V, n. 858/2021, Consiglio di Stato, sezione V, n. 1784/2022).

Le sentenze citate hanno in comune l'avvallo di una soluzione di <<fuga>> rispetto alla rigida ripartizione – che costituisce un tradizionale portato dell' interpretazione dell'ANAC – tra concessione di servizi e appalti.

Una volta però individuata la "concessione strumentale di beni" come scelta possibile, resta non priva di ambiguità la disciplina applicabile, dal momento che le sentenze si incaricano di specificare come tale soluzione non sia sussumibile nella concessione di beni ma ... in quella di servizi

Ne deriverebbe assurdamente che la concessione strumentale di beni, figura di nuovo conio, non sarebbe assoggettata alla disciplina della concessione di beni, ma sarebbe in definitiva una concessione di servizi sul piano sostanziale, che tuttavia non è riconducibile alla disciplina formale della stessa.

Un rompicapo, insomma che fortunatamente può essere circuitato in ragione della conclusione che ne dà Consiglio di Stato 5915/2021 citata, secondo la quale tale caso (la disciplina della gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica) va ricondotto all' art. 4 del Codice dei Contratti pubblici: si risolve quindi pragmaticamente il caso riconducendo in tale fattispecie un caso di "contratto attivo" al quale sono applicabili i principi e non le disposizioni del Codice dei Contratti.

La soluzione peraltro era soltanto parzialmente giunta ad un approdo sicuro, dal momento che una successiva sentenza della stessa sezione del Consiglio di Stato (sentenza 26/10/2022 n. 9138) ribadisce l'orientamento tradizionale, espressamente citando la deliberazione dell'ANAC n. 1300 del 14 dicembre 2016 secondo la quale le vie per la gestione degli impianti sportivi sono due e solo due: concessione di servizi per gli impianti a rilevanza economica e appalti di servizi per gli impianti che tale rilevanza non hanno.

Un punto (definitivo?) sul tema lo ha scritto il Consiglio di Stato nel febbraio di quest'anno, con la sentenza della V sezione n. 1517/2023. La sentenza, per il vero, non sviluppa in modo esplicito il tema, ma la circostanza che essa confermi la sentenza di primo grado del TAR Piemonte, sezione seconda, n. 263/2022 pubblicata il 24/03/2022 – che invece tratta in modo compiuto ed esauriente la problematica – consente forse di ritenerla la sintesi più prossima del diritto vivente relativamente al tema che ci occupa.

Il TAR del Piemonte, in una vicenda tra l'altro che occupa proprio un rapporto negoziale tra il Comune di Torino e un gestore di un suo impianto così inquadra la tematica, facendo riferimento in toto a quanto già statuito dalla precedente sentenza del Consiglio di Stato n. 858/2021:

- alla concessione di impianti sportivi di rilevanza economica si devono applicare le disposizioni in materia di concessione di servizi;
- la gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica si attua mediante concessione strumentale di bene nel rispetto dei principi di cui all'art. 4 del Codice dei Contratti pubblici e in ogni caso mediante procedura di evidenza pubblica, ancorché sottratta alla veste formale cui sarebbe assoggettata una concessione di servizi
- agli impianti, privi di rilevanza economica per i quali l'attività non sia resa a favore della collettività ma direttamente a favore del Comune sarebbe assoggettabile all'appalto di servizi.

Come si è visto, appare centrale, in questo discorso, la questione della suddivisione degli impianti tra quelli aventi rilevanza economica (servizi generali di interesse economico) e quelli che ne sono privi (servizi di interesse generale non di interesse economico).

In dottrina si è sostenuto un orientamento articolato in due direttrici:

- secondo una prima direttrice, le Amministrazioni competenti avrebbero dovuto procedere ad una predeterminazione della classificazione secondo i criteri che meglio si diranno.
- secondo altra direttrice, la valutazione della rilevanza economica avrebbe dovuto avere luogo caso per caso, anche alla luce della diretta incidenza in tale valutazione delle modalità con le quali il Comune definisce il bando.

La giurisprudenza di legittimità ha finito per accreditare tale seconda via (vedi sentenze già citate).

Quanto ai criteri distintivi, sempre la giurisprudenza commentata consente di individuarli nei seguenti:

- la soluzione organizzativa che l'ente locale adotta per soddisfare gli interessi della comunità
- le specifiche modalità di gestione
- i relativi oneri e costi di manutenzione
- la struttura tariffaria (imposta o libera) per l'utenza
- la "disciplina" delle quote sociali
- la praticabilità di attività accessorie
-

In buona sostanza, la distinzione in questione è tradotta nel senso che il servizio a rilevanza economica è quello almeno potenzialmente idoneo a risultare remunerativo e pertanto di interesse del mercato. Si tratta dell'idoneità del modulo prescelto di assicurare non solo la copertura dei costi, ma di garantire la remunerabilità dello stesso imprenditore, che è certamente uno dei fattori produttivi di un impianto di interesse economico generale.

Se invece l'impianto è di piccole dimensioni, è strutturalmente inidoneo a garantire dei margini ancorché contenuti di utili, necessita di sostegno da parte del Comune per potersi sostenere nella sua attività gestoria, esso va ricondotto alla categoria degli impianti privi di rilevanza economica.

Va detto che in giurisprudenza è sorto un contrasto (vedi sentenza 1784/2022) in ordine al caso di contribuzione da parte del Comune alle attività ordinarie di gestione dell'impianto.

Si è in particolare sostenuto che il coinvolgimento del Comune nella contribuzione a favore della gestione dell'impianto non è indice di irrilevanza economica dell'impianto, nella misura in cui – anzi – essa assicura ulteriori entrate a favore del gestore.

Si tratta qui di passare dalla fattispecie astratta (contribuzione) a quella concreta.

Se il Comune è costretto a contribuire perché l'attività non potrebbe altrimenti sostenersi e grazie a tali contributi si raggiunge meramente il pareggio dei fattori produttivi a meno dell'utile dell'imprenditore si è in presenza di un impianto privo di rilevanza economica.

Se viceversa la contribuzione è stata fissata a monte convenzionalmente per stabilire un assetto dei rapporti che veda il Comune contribuire in via ordinaria a fronte di altri vantaggi per la Comunità il caso potrebbe essere diverso. Resta però obiettivamente problematico ipotizzare il caso in cui il Comune, attraverso una concessione, procacci in via stabile parte delle risorse necessarie a gestire un impianto che realizzi utili destinati al gestore.

Si è giunti ora alla questione centrale del "tema" ovvero della normativa speciale di cui all'art. 5 del D.lgvo 38/2021, entrato in vigore il 1/1/2023. Secondo tale disposizione, i Comuni possono affidare DIRETTAMENTE impianti sportivi che richiedono ammodernamenti e recuperi ai soggetti sportivi che ne facciano richiesta e presentino un piano di fattibilità economico finanziario, previa dichiarazione di pubblica utilità dell'ente proprietario. La concessione è gratuita e non può essere inferiore ai cinque anni e va raccordata, in termini di durata, all'ammortamento dell'investimento.

Secondo le prime valutazioni dei commentatori, la disposizione va certamente ricollegata alla gestione di impianti sportivi di rilevanza economica, dal momento che non sarebbe ragionevole che un gestore assumesse un intervento costituito dal recupero di un impianto e dalla sua successiva gestione senza mirare ad un margine di remuneratività dell'investimento.

La considerazione è suggestiva ma non del tutto convincente.

Essa dipende infatti dal concetto di impianto a rilevanza economica, che come si è visto, anche nella recente giurisprudenza, non è così univocamente determinato.

Occorre poi osservare, sul piano sistematico, che la riforma ha previsto una procedura all'art. 4 ben più complessa ed articolata (una sorta di project financing speciale per gli impianti sportivi) che sembra decisamente confezionata per i grandi impianti, a rilevanza economica.

In tesi, dunque, è persino possibile ipotizzare che la ratio del legislatore – ancorché inespressa nei lavori preparatori – potesse proprio essere quella di riservare alla procedura di cui all'art. 5 – decisamente più rapida e snella – gli impianti privi di rilevanza economica.

Va inoltre osservato che “la gratuità” che è prevista per le concessioni di cui all'art.5 si adatta assai meglio a condizioni praticabili a favore di strutture di interesse generale non economico. E' vero che in fondo qualsiasi concessione è o dovrebbe essere “gratuita”, quasi per definizione. Nel senso che, secondo la teoria generale, le modalità di remunerazione del servizio sono costituite dallo sfruttamento dell'opera o del servizio, solo eventualmente accompagnato da un “prezzo”. Il prezzo, peraltro, ove esistente, costituisce un onere maggiore (almeno in termini finanziari) per il concessionario. Di talché, il fatto che la legge lo abbia escluso in tali tipi di concessioni rende plausibile interpretare tale opzione come atteggiamento di favore, più facilmente spiegabile nei confronti di gestori di strutture prive di rilevanza economica.

Non è poi escluso che il proponente includa, nella proposta di fattibilità, contribuzioni da parte del Comune o di altri enti pubblici e che il Comune accetti in funzione della necessità di assicurare alla Comunità servizi aventi rilevanza anche sociale ritenuti indispensabili e che per altra via non potrebbero essere garantiti.

In ipotesi simili, è difficile sostenere l'incompatibilità tra la soluzione offerta dall'art. 5 del D.lgvo 38/2021 e la gestione di impianti privi di rilevanza economica.

Va infine considerato il tema dell'affidabilità in via diretta di tali impianti.

Va innanzitutto considerato che il legislatore dal 2021 ha inteso in modo consapevole e determinato stabilire tale possibilità. Ne è prova il fatto che una disposizione del medesimo tenore dell'art. 5, in tutto e per tutto uguale tranne che per l'espressione “direttamente” era già prevista dall'art. 15 comma 6 del D.L. 25.11.2015 n. 185 recante “Misure urgenti sul territorio”.

Dunque, a distanza di sei anni il legislatore riprende la norma a suo tempo approvata e laddove si indica la possibilità di assegnare sulla base di un progetto, la ripropone connotandola con la possibilità di assegnare “direttamente”, ovvero senza alcuna procedura di evidenza pubblica.

Alla luce della giurisprudenza – da ultimo e in modo icastico – la sentenza del Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria che impone alla pubblica amministrazione la disapplicazione della

normativa interna, anche di rango primario, in contrasto con il diritto eurounitario, è assai difficile che la norma possa trovare applicazione nel senso della sua lettera.

L'atto di concessione si tradurrebbe nel c.d. atto anticomunitario, secondo le definizioni della dottrina.

Un simile atto potrebbe essere facilmente ritenuto nullo per carenza della norma primaria attributiva e in ogni caso annullabile per illegittimità atteso il contrasto con i trattati e con la direttiva appalti.

E' da tempo infatti che costituisce diritto vivente l'obbligo per la P.A. di annullare in autotutela (diversamente che per gli atti in contrasto con la normativa primaria o secondaria interna) gli atti amministrativi contrastanti con il diritto europeo,

Se la P.A. è obbligata a rimuovere propri atti in contrasto con l'ordinamento europeo, ovviamente ha ab imis l'obbligo di non approvarli. De iure condendo, l'importante opportunità recata dall'art. 5 del D.Lgvo 83/2021 potrebbe essere salvaguardata introducendo una fase di pubblica conoscibilità del progetto presentato, mediante pubblicazione dello stesso sul sito internet per un periodo definito, con invito rivolto ad operatori ammessi dalla stessa legge a proporsi come concorrenti nell'offerta presentata.

L'eventuale compresenza di più operatori potrebbe consentire di riservare la successiva fase ad un confronto competitivo fra gli operatori che hanno presentato interesse.

La circostanza che la disposizione non preveda tale fase, infatti, non dovrebbe costituire ostacolo a che essa sia comunque inserita, almeno per chi ritiene che – anche secondo il diritto amministrativo – sia possibile porre in essere qualsiasi attività funzionalizzata alla cura dell'interesse pubblico, purché non vietata o in contrasto con leggi e principi. In questo caso non vi è dubbio che l'inserimento di una fase procedurale ulteriore nel contesto della norma non solo risponde a principi noti come fondamentali nell'agire pubblico (trasparenza, pubblicità, non discriminazione), ma consente altresì all'operatore di escludere censure di illegittimità per contrasto con l'ordinamento eurounitario.