AUTORITÀ
NAZIONALE
ANTICORRUZIONE

Il Presidente

Spett.li
COMUNE DI (omissis)

SOCIETA' (omissis).

SOCIETA' (omissis)

Fascicolo n. 363/2025

Oggetto

Comune di (omissis) - Concessione relativa a progettazione, riqualificazione, manutenzione e gestione del centro rugby di via (omissis), ai sensi del d.lgs 38/2021 - Definizione dell'istruttoria di vigilanza ai sensi dell'art. 20 del Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici (Delibera n. 270 del 20 giugno 2023).

Con la presente si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nella seduta del 26 novembre 2025, ha deliberato la trasmissione della presente nota di definizione in forma semplificata, nella quale sono evidenziate le seguenti osservazioni.

******

Ritenuto in fatto

Con note prot. n.151172 del 18.12.2024, prot. n. 49211 del 29.03.2025 è stata acquisita presso l'Autorità una segnalazione con la quale si rilevavano alcune presunte irregolarità relative alla procedura indicata in epigrafe, riguardanti le modalità di finanziamento, con contributi pubblici, del progetto, nonché presunte carenze nelle verifiche sugli elementi tecnici ed economici della proposta.

All'esito di un primo esame dell'esposto e di una preliminare richiesta di informazioni, con comunicazione del 16.04.2025, prot. n. 59468, l'Autorità ha avviato il procedimento di vigilanza nei confronti del Comune di (omissis) al fine di accertare i profili di illegittimità denunciati dall'esponente.

Si ricostruisce, in sintesi, quanto è emerso dalla prima parte dell'istruttoria.

In data 22.12.2023, con protocollo n.165944, la società (omissis)ha presentato al Comune di (omissis) una proposta, ai sensi del D.Lgs. 38/2021, avente ad oggetto la progettazione, riqualificazione, finanziamento, manutenzione e gestione del centro rugby di via (omissis). In data 6.02.2024, è stato comunicato il subentro della società (omissis)., in qualità di soggetto proponente, in sostituzione della società (omissis).

A seguito della chiusura della conferenza di servizi preliminare, indetta ai sensi dell'art. 4, comma 4, del D. Lgs 38/2021, e dell'assunzione della deliberazione di Giunta Comunale n. 151 del 10.04.2024 (con cui si è provveduto alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta), la società (omissis) ha presentato proposta definitiva composta, tra l'altro, dai seguenti elaborati:

- Progetto di Fattibilità Tecnico Economica (PFTE);
- Piano Economico Finanziario asseverato;
- Bozza di Convenzione;
- Documento recante la specificazione delle caratteristiche della gestione.

In data 22.10.2024 si è aperta la fase della conferenza decisoria ai sensi dell'art. 4, commi 4 e 7 del d.lgs. n. 38/2021.

Nel mese di novembre sono state avviate le interlocuzioni tra il proponente e il Comune finalizzate ad attribuire maggiore centralità al servizio pubblico nell'ambito della concessione.

La conferenza decisoria si è conclusa regolarmente in data 27.01.2025, come da verbale pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente nella sezione "Amministrazione Trasparente" e sul BURL n. 6/2025.

All'esito delle interlocuzioni tra il Comune e l'iniziale soggetto proponente (società (omissis)), la società di scopo (omissis), appositamente costituita da (omissis) per il 51% e dai Sig.ri (omissis), per il 24,50% e Sig. (omissis) per il 24,50%, con prot. n. 21290 del 03.02.2025 ha trasmesso la proposta di partenariato pubblico privato, recependo le modifiche ed integrazioni richieste durante la conferenza decisoria.

Come dichiarato dal Comune, la proposta iniziale della società (omissis) è stata oggetto di revisione e sostituzione con la nuova proposta, approvata in ultimo con la Deliberazione di Giunta n. 34 del 12.02.2025. Con detta deliberazione sono stati approvati i documenti aggiornati tra cui il progetto di fattibilità tecnico economica (PFTE – LOTTO 1, LOTTO 2A e LOTTO 2B), lo schema di convenzione, il capitolato di gestione, il cronoprogramma aggregato, lo studio di impatto sociale, il piano tariffario, il piano economico finanziario (PEF). Di seguito, si indicano gli importi aggiornati:

- valore complessivo dei lavori: euro 5.871.510,84 (IVA compresa);
- contributo pubblico relativo ai lavori: euro 2.750.000,00 (IVA compresa);
- canone di disponibilità: euro 1.651.392,00 (IVA compresa).

A seguito della modifica e integrazione del progetto originario:

- l'importo complessivo della concessione, per effetto della riorganizzazione dei servizi, è stato rideterminato in un importo pari a ad euro 9.938.968,00 per l'intero periodo di concessione;
- il valore complessivo dell'investimento in fase di costruzione, precedentemente stabilito in euro 5.688.510,84, è stato aggiornato a euro 5.871.510,84, con un incremento lordo (IVA al 22% compresa) di euro 183.000,00. Tale aumento è imputabile principalmente all'inclusione degli arredi necessari per l'allestimento della palestra prevista nella seconda parte del Lotto 2;
- il contributo in conto capitale già previsto da parte del Comune di (omissis) è rimasto invariato rispetto a quanto deliberato in precedenza; il contributo pubblico per l'investimento lavori, che comprende opere, manutenzioni, spese tecniche e oneri di legge, su tutti i lotti, è pari ad euro 2.750.000,00 (IVA compresa); il contributo di esercizio o canone di disponibilità è pari ad euro 1.651.392,00 (IVA compresa).

Per quanto concerne il contributo pubblico previsto in favore del concessionario, il Comune ha precisato che la sovvenzione pubblica diretta ammonta ad euro 2.750.000,00 e resta, in ogni caso, al di sotto della soglia del 50% determinando l'applicabilità del disposto di cui all'art. 4, comma 12, d.lgs. n. 38/2021, ai sensi del quale "per i lavori di importo superiore a 1 milione di euro, qualora le sovvenzioni pubbliche dirette non superino il 50% di detto importo, non trovano applicazione né le previsioni del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, né gli altri riferimenti al codice dei contratti pubblici di cui al presente decreto, e non si applica il comma 11".

Secondo il Comune, il canone di disponibilità è estraneo al concetto di «sovvenzione pubblica diretta» in quanto non è garantito in via automatica ed è soggetto a riduzioni proporzionali o ad annullamento in caso di inadempienze, con effettivo trasferimento del rischio operativo al concessionario.

Dopo l'approvazione della proposta, come sopra indicato, con Determinazione Dirigenziale n. 662 del 25.03.2025 è stato disposto l'affidamento della concessione alla (omissis).

Comunicazione di risultanze istruttorie

All'esito dell'esame dei riscontri pervenuti, con comunicazione di risultanze istruttorie, prot. n. 121749 del 12.09.2025, è stato rilevato che l'affidamento alla società (omissis) risulta privo di fondamento giuridico in quanto le norme richiamate negli atti del Comune (art. 4, comma 12 e art. 5 del d.lgs. n. 38/2021) non possono ritenersi applicabili al caso di specie.

In via preliminare, si è ritenuto che non fosse corretta l'applicazione dell'art. 4, comma 12, in quanto detta disposizione normativa presuppone che la proposta di ammodernamento dell'impianto sia presentata da un'associazione o società sportiva già utilizzatrice dell'impianto. Nel caso concreto, invece, il proponente finale, nonché affidatario della concessione, società (omissis), è una società non utilizzatrice dell'impianto. La società è stata costituita su volontà dell'iniziale proponente (società (omissis) successivamente alla proposta presentata da quest'ultimo.

E' stata, altresì, ritenuta non conforme al dettato normativo l'identità che si è venuta a creare tra il soggetto affidatario dell'impianto (omissis) e la società di scopo (omissis). In proposito, si è rilevato che l'art. 4, comma 12, ultimo periodo, introduce la figura della società di scopo ai soli fini dell'esecuzione del contratto. La norma consente, infatti, che l'associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica affidataria (deve intendersi cioè il soggetto che, ai sensi dell'art. 4, comma 12, primo periodo, abbia presentato la proposta come utilizzatore dell'impianto) possa costituire una società di scopo partecipata dalla per la sola fase esecutiva e di gestione. La società di scopo, costituita in parte dell'associazione o società sportiva, presuppone necessariamente l'esistenza di due soggetti diversi e separati, soggetto proponente/affidatario e società di scopo.

Nel caso di specie, la società di scopo (omissis) (società formata per il 51% dalla (omissis) e dai Sig.ri (omissis) per il 24,50% e (omissis), per il 24,50%), è, come detto, al contempo sia soggetto affidatario dell'impianto sia società di scopo esecutrice, tant'è che non esiste un altro soggetto a parte la (omissis). Inoltre, va osservato che detta società è stata costituita da un soggetto (omissis) che non presenta alcun collegamento con l'affidamento (omissis) deve essere considerato terzo rispetto alla concessione in quanto non può essere considerato come soggetto proponente, visto che il proponente definitivo risulta essere la società (omissis), né può essere qualificato come affidatario dell'impianto, visto che l'affidamento è stato disposto unicamente nei confronti di (omissis).

La riscontrata mancanza dei presupposti soggettivi appena richiamati ha portato ad escludere che la società (omissis) possa poi procedere all'affidamento diretti dei lavori ai sensi del comma 12. A tal riguardo, è stata rilevata un'ulteriore criticità che conferma la non possibile applicazione dell'art. 4, comma 12 al caso in esame. Come è noto, il penultimo periodo del comma 12 dispone che le società e le associazioni sportive (affidatarie) possono procedere liberamente all'affidamento dei lavori senza applicare le previsioni del codice dei contratti pubblici soltanto nel caso in cui i lavori siano di importo inferiore a 1 milione di euro o le sovvenzioni pubbliche dirette non superino il 50% dell'importo dei lavori nel caso in cui i lavori di importo superiore a 1 milione di euro. Nel caso di specie, le sovvenzioni pubbliche superano il 50% dell'importo dei lavori: l'importo dei lavori è superiore ad 1 milione di euro e il totale delle sovvenzioni pubbliche che sono state considerate comprensive sia del contributo di investimenti pari ad euro 2.750,000, IVA inclusa sia del canone di disponibilità pari ad euro 1.651.392,00, IVA inclusa supera il 50% dell'importo dei lavori (pari ad euro 5.871.510,84).

L'Autorità ha, inoltre, escluso che l'affidamento possa trovare fondamento nell'art. 5 del d.lgs. n. 38/2021. Detta norma richiede, anche in questo caso, in capo al soggetto proponente una determinata qualificazione soggettiva - il soggetto proponente deve essere un'associazione o una società sportiva senza fini di lucro - che nel caso di specie manca. (omissis) non è un'associazione o una società sportiva senza scopo di lucro ma si qualifica come società che ha per oggetto sociale la progettazione esecutiva, la ristrutturazione, lo sviluppo e la realizzazione del Centro Sportivo (omissis) e della gestione dello stesso centro sportivo.

E’ stata poi evidenziata una carenza formale attinente alla proposta, che è risultata mancante del progetto di fattibilità delle alternative progettuali (DOCFAP).

Quanto, in ultimo, al sostegno economico previsto, ribadita la non legittimità dell’affidamento, è stato evidenziato, per completezza, che la previsione di un doppio contributo pubblico (in conto investimenti e canone di disponibilità) in situazioni paragonali a quella descritta, in cui il privato viene remunerato dai ricavi provenienti dall’utenza e dall’esercizio di alcune attività commerciali (ricavi stimati in complessivi Euro 8.585.368,00, IVA esclusa), avrebbe potuto compromettere l’effettivo trasferimento del rischio operativo in capo al concessionario.

Controdeduzioni

Successivamente alla comunicazione delle risultanze istruttorie, il Comune di (omissis) ha presentato proprie controdeduzioni (prot. n. 128734 del 03.10.2025). In via preliminare, il Comune ha precisato che avrebbe potuto procedere all’affidamento diretto ai sensi dell’art. 5 nei confronti della società (omissis), in quanto detta società ha le caratteristiche di società sportiva dilettantistica senza scopo di lucro. Ciò nonostante, ha ritenuto opportuno svolgere il più articolato procedimento di cui all’art. 4 del D.Lgs. 38/2021, per i seguenti motivi: in primo luogo per consentire lo svolgimento di una conferenza di servizi preliminare con la partecipazione di tutti gli interessi pubblici coinvolti; in secondo luogo per verificare, tramite pubblicazione degli elaborati del DOCFAP, l’eventuale interesse di altri operatori economici a presentare proposte alternative.

Il Comune ritiene di aver agito correttamente e conformemente all’art. 5 del d.lgs. n. 38/2021 in quanto la proposta (omissis) è stata approvata, previo recepimento delle indicazioni emerse in sede di conferenza di servizi e di verifica del PFTE, ed è stato disposto l’affidamento nei confronti della società (omissis), costituita nelle more dell’approvazione della proposta del promotore.

In linea con quanto disposto dal citato art. 5, l’utilizzo del centro sportivo è teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile essendo la prevalenza dello stesso centro destinata all’uso gratuito dei cittadini e/o delle associazioni/società sportive che ne facciano richiesta. Il Comune ha precisato di non aver ricevuto proposte alternative di altri operatori economici e/o associazioni/società sportive, nonostante l’avviso di deposito della proposta pervenuta, pubblicato digitalmente nella sezione “Avvisi” sul sito istituzionale del Comune liberamente consultabile e visionabile a decorrere dal 26.02.2024.

Inoltre, secondo il Comune, l’art. 5 non pone limitazioni rispetto alla previsione di un contributo pubblico in corso d’opera o di un canone di disponibilità in conto gestione. Nel caso specifico, il canone di disponibilità è previsto per compensare la natura tiepida della gestione in cui la prevalenza degli impianti del centro sportivo è destinata all’uso gratuito dei cittadini e/o delle associazioni/società sportive che ne facciano richiesta, con la sola eccezione della palestra da arrampicata. Tale contributo, secondo il Comune, non sposta il rischio operativo a carico dell’operatore privato.

Quanto ai documenti prodotti dal proponente, il Comune ha precisato che la proposta definitiva pervenuta dal promotore all'esito della conferenza di servizi preliminare era composta da un corredo di documenti ben più ampio ed approfondito rispetto a quello minimo richiesto dall'art. 5 del D.Lgs. 38/21 (progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria), La proposta conteneva, tra l'altro, il PFTE, il PEF asseverato, una bozza di convenzione e un capitolato di gestione. In ogni caso è stato precisato che la proposta preliminare presentata da (omissis) ai sensi dell'art. 4, co.1. del D.Lgs. 38/2021 - cui è successivamente subentrata la società (omissis) - comprendeva il documento di fattibilità delle alternative progettuali (DOCFAP).

In ordine alla costituzione della società di scopo, il Comune ha precisato quanto segue: "*Non solo la società di scopo subentra all'aggiudicatario/affidatario diventando «la concessionaria a titolo originario», ma di regola tale subentro interviene immediatamente dopo l'aggiudicazione/affidamento, tanto che la costituzione della società di scopo integra adempimento necessario e propedeutico alla formalizzazione del rapporto contrattuale che viene stipulato direttamente tra la neocostituita società di scopo e l'Ente concedente. Se è dunque vero che, come rilevato da codesta Autorità, il provvedimento di affidamento avrebbe dovuto essere disposto nei confronti del promotore (omissis), il già ricordato principio di risultato di cui all'art. 1 D.Lgs. 36/2023 osta a che il provvedimento possa essere considerato illegittimo per tale sola circostanza, atteso che, anche ove l'affidamento fosse stato disposto in favore del promotore (omissis), la società di scopo (omissis) sarebbe, immediatamente dopo, subentrata all'affidataria (omissis) divenendo concessionario a titolo originario*".

Considerazioni

Preliminarmente, si ricorda che il d.lgs. n. 38/2021 ha introdotto una disciplina di semplificazione degli affidamenti per gli interventi di costruzione, ammodernamento, rigenerazione e gestione degli impianti sportivi, diversificando le procedure anche in ragione della qualifica soggettiva dei soggetti proponenti (privati in intesa con una o più delle associazioni o società sportive dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto; sole associazioni o società sportive dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto; associazioni e società sportive senza fini di lucro).

Nel caso dell'affidamento dell'impianto del Comune di (omissis), assumono rilevanza in particolare le disposizioni di cui al comma 12 dell'art. 4 e all'art. 5.

Il comma 12, inserito nel contesto dell'art. 4 relativo alle iniziative di ammodernamento, costruzione e riqualificazione delle infrastrutture sportive, detta una disciplina settoriale maggiormente semplificata nel caso in cui la proposta di ammodernamento e riqualificazione sia presentata dalla sola associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto. In tale ipotesi, vale a dire quando la proposta è presentata dalla categoria di soggetti individuata nel medesimo comma, al ricorrere di determinati presupposti, è previsto che si possa procedere liberamente all'affidamento dei lavori. Nel medesimo comma è stata, inoltre, inserita anche la previsione concernente la possibile costituzione di una società di scopo da parte dell'associazione o della società sportiva dilettantistica o professionistica, purchè quest'ultima mantenga una partecipazione superiore al 50%. La costituzione della società è finalizzata all'esecuzione e alla successiva gestione degli interventi.

L'art. 5, invece, disciplina l'affidamento degli impianti alle associazioni e le società sportive senza fini di lucro. Questi soggetti 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 la gestione gratuita dell'impianto per una durata proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento e comunque non inferiore a cinque anni.

Alla luce delle richiamate disposizioni, secondo l'amministrazione comunale, le contestazioni mosse dall'Autorità non risultano fondate. In sintesi, secondo quanto si deduce dalle controdeduzioni presentate, il Comune ritiene che l'affidamento possa ritenersi legittimo perché la società sportiva proponente (omissis) è una società senza fini di lucro, per cui l'affidamento avrebbe potuto essere disposto nei confronti di tale società. La proposta presentata dalla società (omissis) deve essere letta in continuità con quella presentata (omissis) e ciò legittimerebbe l'affidamento diretto ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 38/2021 disposto in favore della società di scopo (omissis) nelle more costituita dal promotore.

Inoltre, con riguardo alla creduta applicabilità dell'art. 4, comma 12, il Comune ritiene che in base al tenore letterale della norma, nonché ai principi che governano l'ordinamento deve essere escluso che possa darsi preminenza ad un operatore per la sola circostanza che esso risulti l'attuale utilizzatore dell'impianto. Secondo quanto è dato intendere, la norma dovrebbe essere quindi intesa in modo aperto, estendendo l'applicabilità anche a soggetti non utilizzatori degli impianti, anche con riguardo alla possibile costituzione della società di scopo.

L'Autorità ritiene di non condividere tali argomentazioni.

Come evidenziato in premessa, la disciplina di cui decreto n. 38/2021 nell'andare a semplificare i procedimenti di ammodernamento, riqualificazione e gestione degli impianti, introduce anche diverse disposizioni che semplificano le procedure di affidamento nei confronti di determinati soggetti. Tali riserve soggettive, rappresentando un presupposto per accedere ad una disciplina di favore e di ulteriore semplificazione (ad esempio, si ammettono affidamenti diretti di lavori, affidamenti diretti della gestione) anche con esclusione dell'applicazione del codice dei contratti, devono essere necessariamente lette in modo restrittivo, non potendosi ammettere letture aperte ed estensive. Non è del resto possibile creare una combinazione tra le norme, come pare aver argomentato il Comune, sfruttando una componente dell'una o dell'altra. Il principio di risultato, a cui ha fatto riferimento il Comune, non può essere inteso come superamento del principio di legalità.

A parere dell'Autorità, quindi, sia l'art. 4, comma 12, che l'art. 5 richiedono un profilo soggettivo dei proponenti dal quale non è possibile prescindere. Nel primo caso la riserva riguarda la sola associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto (e solo limitatamente a tali casi, è possibile ammettere affidamenti diretti di lavori e la costituzione di una società di scopo), nel secondo caso la riserva è nei confronti di associazioni o società sportive senza scopo di lucro.

Nel caso in esame, mancando la qualificazione soggettiva richiesta sia dall'art. 4, comma 12, sia dall'art. 5 del decreto 38/2021, l'affidamento al soggetto (omissis) deve ritenersi illegittimo in quanto la società, non qualificandosi né come società utilizzatrice dell'impianto né come società senza scopo di lucro, non avrebbe potuto essere destinataria dell'affidamento.

Ciò considerato, nel definire la presente istruttoria di vigilanza ai sensi dell'art. 20 del Regolamento di vigilanza (Delibera n. 270 del 20 giugno 2023), si conferma la criticità evidenziata nella comunicazione di risultanze istruttorie relativamente all'affidamento disposto nei riguardi della società (omissis), ritenendo assorbiti tutti gli ulteriori elementi di criticità connessi a detto affidamento.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente