

GLI ENTI SPORTIVI DILETTANTISTICI (ESD) E I RAPPORTI GIURIDICI DI COLLABORAZIONE CON GLI ENTI PUBBLICI ALLA LUCE DEL CODICE DEL TERZO SETTORE E DELLA RIFORMA DELLO SPORT

Alceste Santuari

Professore associato di Diritto dell'Economia nell'Università di Bologna

Abstract

L'obiettivo dell'articolo è quello di evidenziare il ruolo importante che gli enti sportivi dilettantistici (ESD), possono svolgere in ambito locale per la promozione del benessere e, più in generale, per la realizzazione della coesione e solidarietà sociale in spazi, impianti ovvero in immobili di proprietà pubblica con modalità diverse. In questa prospettiva, gli ESD possono risultare concessionari, affidatari, soggetti convenzionati ovvero partners in progetti di partenariato pubblico-privato (si pensi per tutti al *project financing*) in forza di diverse discipline normative. L'articolo analizza i diversi rapporti giuridici che possono intercorrere tra ESD ed amministrazioni pubbliche, distinguendo tra procedure "di mercato" e istituti giuridici di partnership, tra prestazioni sinallagmatiche e convenzioni che prevedono soltanto il rimborso delle spese.

Parole chiave: Associazioni, Organizzazioni non profit, Impianti sportivi, Accordi di partnership

Abstract

Over the last years, non-profit organisations carrying out sport activities have progressively gained importance. Not only are they capable of performing a range of activities for the benefit of young people and local communities. They also serve as preferred partners of public authorities in managing sport centres and facilities. To this end, the Italian law allows for some specific partnership agreements, whereby city councils can choose non-profit organisations to entrust them with the carrying out of activities of general interest. The article analyses the different partnership agreements between non-profit organisations and public authorities according to the latest law reforms.

Keywords: Associations, Non profit organisations, Sport centres, Partnership agreements

1. Delineazione del tema oggetto di analisi

Agli enti sportivi dilettantistici (ESD)¹ l'ordinamento giuridico affida la realizzazione di finalità di interesse

¹ Si ritiene opportuno utilizzare la definizione di "enti sportivi dilettantistici", così come impiegata nel recente d.lgs. n. 38/2021, atteso che essa ricomprende quella di "associazioni sportive dilettantistiche" utilizzata in altre e precedenti normative. Tra queste si ricordano la legge n. 91/1991, il cui articolo 1 prevede che "l'esercizio dell'attività sportiva" possa essere (anche) dilettantistico; la legge n. 398/1991, il cui articolo 1 dispone in ordine alle associazioni sportive non aventi scopo di lucro che svolgono attività sportive dilettantistiche; il d.lgs. n. 460/1997, il cui articolo 10, comma 1, lett. a), punto 6) identifica lo sport dilettantistico quale uno dei

generale, in forza delle quali gli enti in parola possono beneficiare di talune agevolazioni fiscali e di corsie preferenziali nell'ottenimento di contributi pubblici.²

A queste forme tradizionali di supporto finanziario, si devono altresì aggiungere le forme e gli istituti – oggetto del presente contributo – che prevedono la sottoscrizione di accordi giuridici formalizzati per l'utilizzo e/o la gestione di immobili, spazi o impianti sportivi.

In questo senso, gli ESD possono richiedere agli enti pubblici: a) porzioni di immobili ove eleggere la propria sede sociale nella quale svolgere l'attività associativa; b) spazi in cui organizzare le proprie manifestazioni sportive; c) proporre ovvero partecipare a procedure ad evidenza pubblica per la gestione di immobili o impianti sportivi.

Dalle tre ipotesi di utilizzo / gestione sopra delineate discendono diverse procedure amministrative, che comprendono sia quelle di natura cooperativa e collaborativa, disciplinate nel Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) sia quelle a carattere competitivo contenute nel Codice dei Contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).

Queste ultime, nello specifico, prevedono la possibilità per gli enti pubblici sia di esternalizzare la gestione di impianti sportivi sia di definire formule di partenariato pubblico-privato con gli ESD,³ che possono invero delineare sperimentazioni gestionali innovative.

Sulla base di queste premesse e alla luce delle riforme del Terzo settore e dello Sport, l'articolo analizza sia gli istituti giuridici di natura collaborativa sia quelli di matrice competitiva che si possono instaurare tra enti pubblici ed ESD, al fine di comprenderne l'applicabilità a fattispecie diverse e le potenzialità di sviluppo per gli ESD.

L'articolo è composto da 5 paragrafi. Nel primo paragrafo è individuato il tema oggetto dell'analisi. Nel secondo paragrafo vengono approfondite le diverse fonti normative che disciplinano gli ESD, allo scopo di rintracciarne una qualificazione unitaria. Il terzo paragrafo è dedicato alle procedure ad evidenza pubblica attraverso cui gli enti pubblici possono gestire i rapporti con gli ESD e contiene altresì un esempio di applicazione pratica di partenariato pubblico-ESD. Il quarto paragrafo contiene invece un'approfondita disamina degli istituti giuridici di cooperazione tra ESD ed enti pubblici disciplinati dal Codice del Terzo settore. Infine, il quinto paragrafo propone alcune riflessioni conclusive.

2. Gli ESD e la loro qualificazione giuridica: necessità di coordinamento tra diverse fonti normative

Lo sport dilettantistico è stato oggetto di numerosi provvedimenti normativi che, nel corso dei decenni, hanno contribuito a rendere la relativa disciplina giuridica frastagliata e confusa, provocando una conseguente incertezza in ordine alle regole applicabili, in specie di natura fiscale.⁴

Il recente d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36⁵ si propone quale provvedimento normativo in grado di superare le

settori in cui possono operare le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS); il d.lgs. n. 242/1999, il cui articolo 5, comma 2, lett. d) opera una precisa distinzione tra società sportive professionistiche e dilettantistiche; la legge n. 289/2002, così come modificata dal d.l. n. 72 del 22 marzo 2004 convertito in legge n. 128/2004, che ha esteso le agevolazioni fiscali previste nella l. n. 398/1991 anche alle società sportive dilettantistiche costituite in società di capitali ed alle cooperative senza fine di lucro. L'art. 90, comma 17 di quest'ultima normativa deve intendersi abrogato, a far data dal 2 aprile 2021, dall'art. 52, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 36/2021. Alle normative citate si devono, infine, aggiungere il d.lgs. n. 117/2017, il cui articolo 5, comma 1, lett. t) contempla l'organizzazione di attività sportive dilettantistiche tra le attività di interesse generale che gli enti del terzo settore (ETS) possono svolgere, nonché il d.lgs. n. 112/2017, il cui articolo 2, comma 1, lett. u) ricomprende l'attività sportiva dilettantistica tra le attività di interesse generale che le imprese sociali possono svolgere.

² In tema di agevolazioni fiscali alle organizzazioni non profit è stato evidenziato che la loro valutazione ed estensione “riflette non solo il modello teorico prescelto (quanto a ruolo e comportamento delle [non profit organisations], bensì più in generale la filosofia complessiva di intervento pubblico di ciascun paese”. Così, L. Gandullia, *La regolamentazione fiscale degli enti “non-profit”*, in R. Artoni (a cura di), *Gli enti non profit. Aspetti tributari*, Cedam, Padova, 1996, p. 5.

³ Per un'analisi giuridica dei partenariati pubblico-privati, si veda, per tutti, S. Valaguzza, E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, n. 1, 2020, pp. 1 ss.

⁴ In argomento, tra gli altri, si vedano F. Napolitano, E.M. Vidali, *Enti sportivi dilettantistici: la perdita del regime fiscale agevolato di cui alla L. 398/91*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, 1, gennaio/marzo 2021, pp. 63 ss.

⁵ Si tratta del decreto legislativo recante “Attuazione dell'articolo 5 della legge 8 agosto 2019, n. 86, recante riordino e riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo”. Preme evidenziare che, al momento in cui si scrive, l'entrata in vigore di molte disposizioni contenute nel decreto in parola è fissata al 1 gennaio 2022.

incertezze interpretative del passato, per offrire agli operatori un *framework* giuridico sulla base del quale individuare con chiarezza gli elementi distintivi delle associazioni e delle società sportive dilettantistiche.⁶

Le diverse forme giuridiche attraverso cui è organizzato e gestito lo sport dilettantistico devono prevedere una causa non lucrativa⁷ e devono essere orientate al perseguimento di una finalità sportiva.⁸ Questi due aspetti devono trovare un'espressa e chiara declinazione negli atti costitutivi e negli statuti degli ESD, i quali devono altresì obbligatoriamente disporre in merito all'esercizio in via stabile e principale dell'organizzazione e gestione di attività sportive dilettantistiche,⁹ alla previsione di un ordinamento interno improntato alla democraticità ed effettività del rapporto associativo, all'obbligo di redazione e approvazione di rendiconti economico-finanziari, alle disposizioni circa lo scioglimento del sodalizio e alla conseguente devoluzione del patrimonio ai fini sportivi.

I "tratti distintivi" individuati nel d.lgs. n. 36/2021 per identificare gli ESD consentono di comprendere le "affinità elettive" che intercorrono tra gli stessi e gli ETS di cui al Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017). In quest'ottica, il d.lgs. n. 36/2021 prevede che gli ESD, qualora ne ricorrano i presupposti giuridico-formali, possono assumere la qualifica di enti del terzo settore (ETS)¹⁰ ai sensi del Codice del Terzo settore (d.lgs. n. 117/2017) e di impresa sociale ai sensi del d.lgs. n. 112/2017.

Atteso che il d.lgs. n. 36/2021 identifica gli ESD quali formule finalizzate a svolgere attività sportiva dilettantistica, l'esercizio di quest'ultima *per se* legittima un sodalizio, sia esso riconosciuto ovvero non riconosciuto, ad iscriversi al Runts, poiché l'organizzazione di attività sportive dilettantistiche rientra nell'elenco delle attività di interesse generale che gli ETS possono svolgere in funzione del perseguimento delle proprie finalità statutarie.¹¹

L'ESD, costituito sotto forma di associazione, che intenda acquisire la qualificazione giuridica di ETS, deve decidere in quale sezione del Runts iscriversi, atteso che quest'ultimo prevede sia la tipologia specifica delle

⁶ Ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 2, comma 1, lett. a) e 6, comma 1 del d.lgs. n. 36/2021, lo sport dilettantistico può essere organizzato e gestito sia nelle forme associative sia nelle forme societarie di cui al Titolo V del Codice civile, dalle quali sono escluse le società cooperative.

⁷ Causa identificata nell'assenza di fine di lucro che deve caratterizzare tanto le associazioni quanto le società sportive dilettantistiche (cfr. art. 8, commi 1 e 2, d.lgs. n. 36/2012). Per vero, il divieto di lucro soggettivo di cui ai commi citati può risultare "allentato" ovvero "parziale", atteso che gli ESD costituiti in forma societaria possono, in forza del successivo comma 3 dell'art. 8 del decreto legislativo di riforma dello sport, destinare una quota inferiore al 50% degli utili e avanzi di gestione ad aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato nel limite dell'indice ISTAT, alla distribuzione di dividendi ai soci (anche sotto forma di aumento gratuito del capitale sociale o emissione di strumenti finanziari), in misura massima non superiore all'interesse dei buoni fruttiferi postali aumentati di due punti e mezzo percentuali rispetto al capitale effettivamente versato. Sulla sopravvenuta incapacità della causa lucrativa di rappresentare la causa tipica dei contratti societari, si era già espresso G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, in part. p. 161.

⁸ Per la realizzazione della finalità statutaria, gli ESD possono svolgere attività sportiva dilettantistica, attività formativa, didattica, nonché attività di preparazione e assistenza all'attività sportiva. Così dispone l'art. 2, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 36/2021. Agli ESD è richiesto inoltre di affiliarsi annualmente, e anche a più di una, tra le Federazioni Sportive Nazionali, le Discipline Sportive Associate e gli Enti di Promozione Sportiva (cfr. art. 6, comma 3, d.lgs. n. 31/2021). L'adesione ad una "rete" nazionale è considerata dunque una *conditio sine qua non* per il riconoscimento delle finalità dell'ente sportivo. Sulla natura giuridica ibrida pubblica-privata delle organizzazioni in parola, si veda, tra gli altri, il recente contributo di S. Papa, *Le federazioni sportive: natura privata e profili pubblicistici alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *www.federalismi.it*, n. 10, 2021, pp. 214 ss.

⁹ Gli ESD, costituiti sotto forma di associazione, che svolgono in via esclusiva o principale un'attività non commerciale, sono riconducibili, quali soggetti passivi IRES, tra gli enti non commerciali di cui all'articolo 73, comma 1, lettera c) del TUIR. Cfr. Agenzia Entrate, circolare n. 18 del 01.08.2018, recante "Questioni fiscali di interesse delle associazioni e delle società sportive dilettantistiche di cui all'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289, emerse nell'ambito del Tavolo tecnico tra l'Agenzia delle entrate ed il Comitato Olimpico Nazionale Italiano". Accanto alle attività da svolgersi in via esclusiva e principale, l'art. 9, d.lgs. n. 36/2021 riconosce che gli ESD possano svolgere anche attività secondarie e strumentali, a condizione che tale possibilità sia indicata negli atti costitutivi o negli statuti e che le attività in oggetto abbiano carattere secondario e strumentale rispetto alle attività istituzionali, secondo criteri e limiti che dovranno essere definiti da apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

¹⁰ Così dispone l'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 36/2021. La qualifica giuridica di ETS discende dall'iscrizione dell'associazione in una delle sezioni del Registro Unico Nazionale del Terzo settore (Runts), di cui al Titolo VI del Codice del Terzo settore e, successivamente, regolamentato dal decreto del Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali n. 106 del 15 settembre 2020.

¹¹ Si veda la previsione contenuta nell'art. 5, comma 1, lett. t), del Codice del Terzo settore.

Associazioni di promozione sociale (APS) sia quella più generale degli “altri enti del Terzo settore”, in cui risultano iscritti tutti gli ETS che non appartengono a nessuna delle categorie individuate dal Registro in parola.¹²

Indipendentemente dalla sezione, dall’iscrizione nel Runts consegue un rafforzamento degli elementi caratterizzanti la forma giuridica prescelta, poiché, accanto alla non lucratività e allo svolgimento dell’attività sportiva dilettantistica quale attività di interesse generale da svolgersi in via esclusiva o principale,¹³ il Codice del Terzo settore stabilisce in capo agli ETS una serie di adempimenti ed obblighi, in specie finalizzati a potenziarne la trasparenza, l’accountability e la responsabilità.¹⁴

Come sopra ricordato, gli ESD possono decidere di iscriversi nella sezione del Runts dedicata alle Associazioni di promozione sociale (APS): considerando alcune delle caratteristiche degli ESD, le APS si configurano *naturaliter* quale tipologia giuridica da adottare per lo svolgimento delle attività sportive dilettantistiche.¹⁵ In entrambe le forme organizzative, infatti, si registra la presenza di volontari¹⁶ e le attività sono principalmente rivolte ai propri associati, “vocazione” tipica delle APS, che le distingue da altre forme giuridiche di ETS.¹⁷

In considerazione degli elementi statutari che devono caratterizzare l’attività e le finalità degli ESD, questi ultimi – come previsto dall’art. 6, comma 2, d.lgs. n. 36/2021 – possono chiedere l’iscrizione al Runts nella sezione dedicata alle imprese sociali.¹⁸ La qualifica di impresa sociale ricomprende sia gli enti non profit costituiti in forma di associazioni (e fondazioni) sia le società di cui al libro V del Codice civile,¹⁹ che esercitano in via stabile e

¹² Così dispone l’art. 3 del decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 106 del 15 settembre 2020, che individua le seguenti sezioni di tipologie giuridiche in cui gli ETS possono decidere di iscriversi: organizzazioni di volontariato, associazioni di promozione sociale, enti filantropici, imprese sociali, società di mutuo soccorso, reti associative e altri enti del terzo settore non precedentemente individuati.

¹³ Si segnala che attività diverse da quelle di interesse generale possono essere svolte da tutti gli ETS e, quindi, anche dalle APS solo nella misura in cui siano secondarie e strumentali rispetto a quelle di interesse generale, secondo i termini e le modalità specificamente stabiliti da un apposito decreto ministeriale (cfr. art. 6, d.lgs. n. 117/2017) ancora da emanarsi al momento in cui si scrive il presente contributo. Sul rapporto tra ESD e APS, si veda A. Fici, *Terzo settore e sport dilettantistico. La riforma come opportunità per le associazioni (e le società) sportive dilettantistiche*, in A. Fici (a cura di), *Un diritto per il terzo settore. Studi sulla riforma*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 84 ss.

¹⁴ Si pensi, tra gli altri, all’obbligo di approvazione e deposito del bilancio (art. 13, d.lgs. n. 117/2017); all’obbligo di tenuta dei libri sociali (art. 15, d.lgs. n. 117/2017); alla previsione secondo cui all’assemblea devono essere riconosciute precise ed inderogabili prerogative (art. 25, d.lgs. n. 117/2017) e che gli associati che vi partecipano devono essere iscritti nell’apposito libro da almeno 3 mesi, condizione ritenuta necessaria al fine di preservare il carattere non temporaneo del sodalizio (art. 24, comma 1, d.lgs. n. 117/2017). In tema di responsabilità, nello specifico, il Codice del Terzo settore prevede che ai componenti dell’organo di amministrazione possa essere richiesto il possesso di specifici requisiti professionali, morali e di indipendenza (art. 26, d.lgs. n. 117/2017).

¹⁵ Deve segnalarsi che, anche prima dell’approvazione del Codice del Terzo settore, molte associazioni sportive dilettantistiche hanno optato per la qualificazione giuridica di APS, soprattutto perché, nella maggior parte dei casi, APS nazionale era, in forza dell’abrogata legge n. 383/2000, l’ente di promozione sportiva cui le singole associazioni locali aderivano. In questo caso, le APS già saranno oggetto della trasmigrazione prevista dall’art. 31 del decreto ministeriale n. 106/2020 citato, secondo il quale le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano provvederanno a trasmettere all’Ufficio centrale del Runts i dati in loro possesso relativi alle APS regolarmente iscritte presso i registri regionali e per le quali non siano in corso procedimenti di cancellazione.

¹⁶ Le APS svolgono la propria attività sportiva dilettantistica prevalentemente con volontari, i quali, ai sensi dell’art. 17, comma 2, d.lgs. n. 117/2017, persone che, per libera scelta, svolgono attività in favore della comunità e del bene comune, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della loro azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà. Le APS possono altresì assumere lavoratori dipendenti o avvalersi di prestazioni di lavoro autonomo, purché le persone retribuite non superino il 50% del numero dei volontari ovvero il 5% del numero degli associati.

¹⁷ Così recita l’art. 35, comma 1, d.lgs. n. 117/2017: “Le associazioni di promozione sociale sono enti del Terzo settore costituiti in forma di associazione, riconosciuta o non riconosciuta, da un numero non inferiore a sette persone fisiche o a tre associazioni di promozione sociale per lo svolgimento in favore dei propri associati, di loro familiari o di terzi di una o più attività di cui all’articolo 5, avvalendosi in modo prevalente dell’attività di volontariato dei propri associati”.

¹⁸ Sebbene la Commissione europea debba ancora pronunciarsi sulla compatibilità delle agevolazioni fiscali previste a favore delle imprese sociali, occorre ricordare che il d.lgs. n. 112/2017 prevede per le stesse la totale esenzione dall’imposizione fiscale degli utili reinvestiti (art. 18, comma 1), nonché forti incentivi alla capitalizzazione delle nuove imprese sociali (art. 18, commi 3 e 4).

¹⁹ Sul punto, è utile segnalare che mentre il d.lgs. n. 112/2017 ammette tra le tipologie societarie che possono qualificarsi come imprese sociali anche le società cooperative, di cui quelle sociali sono individuate quali imprese sociali ex lege, l’art. 6, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 36/2021 fa esplicito riferimento al solo Titolo V del Libro V del codice civile, che esclude le società cooperative. I primi commenti pubblicati subito dopo l’approvazione del d.lgs. n. 36/2021 non hanno mancato di evidenziare quella che essi ritengono una “svista” del

principale un'attività di impresa di interesse generale, tra le quali è specificamente annoverato anche lo sport dilettantistico,²⁰ senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, adottando modalità di gestione responsabili e trasparenti e favorendo il più ampio coinvolgimento dei lavoratori, degli utenti e di altri soggetti interessati alle loro attività.²¹

Alla luce dell'analisi sopra condotta, è possibile inferire che gli ESD possono assumere forme giuridiche diverse che, tuttavia, devono contenere alcuni elementi comuni, quali la non lucratività, assoluta ovvero relativa,²² il perseguimento di finalità e lo svolgimento di attività di interesse generale, una governance democratica (qualora trattasi di associazioni) e un certo grado di accountability, intesa quale obbligo di rendere intellegibili, chiare e trasparenti le risorse impiegate le modalità di gestione delle stesse.

Dalla specifica configurazione giuridica e delle finalità di interesse generale perseguite l'ordinamento fa discendere uno speciale *favor legis* nei confronti degli ETS: questo non si traduce soltanto in agevolazioni fiscali ovvero in contributi a fondo perduto, ma anche in procedure amministrative "dedicate" a regolare i rapporti di partnership tra ESD ed enti pubblici.

Questi ultimi possono risultare coinvolti nella gestione di spazi, immobili e impianti sportivi ad esito di procedure ad evidenza pubblica di iniziativa degli enti pubblici locali ovvero possono essi stessi proporre soluzioni, progetti e programmi di intervento sia nell'alveo delle procedure ad evidenza pubblica sia attivando i processi e percorsi disciplinati dal Codice del Terzo settore.

3. La gestione di immobili, spazi e impianti sportivi da parte degli ESD tra le disposizioni del d.lgs. n. 38/2021 e le procedure ad evidenza pubblica disciplinate nel d.lgs. n. 50/2016

In una logica sussidiaria e di amministrazione condivisa,²³ nella riforma dello Sport si registrano talune importanti

legislatore della riforma, atteso che molte sono le società cooperative che svolgono attività sportiva dilettantistica, in quanto disciplinate dall'art. 90, comma 17, lett. c) della legge 289/2002. Così, F. Napolitano, F. Moine, Nuova veste per gli enti sportivi professionistici e dilettantistici, in Euteckne.info / Sabato 23 marzo 2021.

²⁰ Le imprese sociali, a giudizio di attenta dottrina, potrebbero mantenere inalterate le agevolazioni previste dalla l. n. 398/1991, atteso che il combinato disposto dell'art. 29, comma 1 e dell'art. 89, comma 1 del Codice del Terzo settore fanno espresso riferimento agli "enti del Terzo settore diversi dalle imprese sociali". Si veda A. Mazzullo, Impresa sociale e sport dilettantistico, AICCON, Short Paper, 15/2018, febbraio 2018, p. 10. Sul rapporto tra ESD e legge n. 398/1991, si veda anche F. Napolitano, E.M. Vidali, *Enti sportivi dilettantistici*, cit., pp. 63 ss.

²¹ Le imprese sociali, dunque, devono assicurare la possibilità effettiva di partecipazione al governo e al controllo delle attività svolte, che – ricordiamolo – integrano la finalità sociale dell'impresa, da parte di tutti coloro che beneficiano dell'attività dell'impresa sociale, in specie se trattasi degli attori portatori di quegli interessi cui l'impresa sociale è finalizzata. Questo modello particolare di governance contribuisce a definire la specificità delle imprese sociali rispetto alle imprese tradizionali, ma anche rispetto alle organizzazioni non profit in generale. Il contenuto etico cui sono tenuti i membri degli organi direttivi, in uno con le finalità sociali perseguite costituiscono il *proprium* delle imprese sociali, chiamate ad erogare servizi ai propri soci e alla comunità locale di riferimento in forza di obiettivi comuni condivisi. Ai loro soci le imprese sociali devono assicurare il rispetto di un diritto fondamentale, tipico e caratterizzante la fattispecie giuridica: il diritto di rappresentanza di interessi sociali primari, da esprimersi e valorizzare in un sistema articolato di poteri di gestione e controllo. Quanto più l'impresa sociale saprà garantire questo fondamentale diritto ai propri soci e alla pluralità di *stakeholders*, tanto maggiore sarà l'impatto in termini di esternalità positive prodotte e tanto minore sarà il rischio di derive isomorfe e di abbandono delle responsabilità di gestione e di controllo dei soci e degli altri attori sociali.

²² Preme ricordare che la disposizione contenuta nell'art. 8, comma 3, d.lgs. n. 36/2021, riguardante la possibilità per gli ESD costituiti in forma societaria di distribuire parzialmente gli utili o gli avanzi di gestione è assimilabile a quanto prescritto dall'art. 3, comma 3, lett. a), d.lgs. n. 112/2017 in materia di imprese sociali.

²³ L'amministrazione condivisa identifica un modello organizzativo, che di regola è disciplinato in un apposito regolamento sull'amministrazione condivisa dei beni comuni, che, in attuazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, legittima cittadini e pubblica amministrazione a svolgere su un piano paritario attività di interesse generale, concernenti la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni. Il modello si fonda dunque su relazioni di collaborazione o, meglio, di condivisione, che si ispirano ad un complesso coerente di valori e principi generali, quali la fiducia reciproca; la pubblicità e trasparenza; la responsabilità; l'inclusività e l'apertura; le pari opportunità e il contrasto alle forme di discriminazione; la sostenibilità; la proporzionalità; l'adeguatezza e differenziazione; l'informalità; l'autonomia civica; la prossimità e territorialità.

In argomento, si vedano, tra gli altri, G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4, 1997; S. Cassese, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2001; G. Arena, *I cittadini attivi, una risorsa per l'interesse generale*, in A. Bixio, G. Crifò (a cura di), *Il giurista e il diritto*, Milano,

disposizioni normative che sottendono un approccio “bottom up”, segnatamente, la valorizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni delle proposte e delle idee progettuali degli ESD.²⁴

In questa prospettiva, deve leggersi la previsione contenuta nell’art. 4, d.lgs. n. 38/2021, che, al fine di favorire misure di concentrazione, accelerazione e semplificazione del procedimento amministrativo, riconosce in capo agli ESD, anche in rete tra loro, la facoltà di presentare al comune o ad altro soggetto pubblico un progetto di fattibilità finalizzato all’ammodernamento e alla costruzione di impianti sportivi.²⁵

Nell’ambito dello schema giuridico del project financing,²⁶ il comune o l’ente locale interessato che riceve il progetto di fattibilità, previa conferenza di servizi preliminare convocata su istanza dell’ente pubblico interessato in ordine al documento di fattibilità, ove ne valuti positivamente i contenuti, dichiara, entro un termine di 60 giorni dalla presentazione del progetto medesimo, il pubblico interesse della proposta.²⁷ Da ciò discende la disponibilità

FrancoAngeli, 2010; G. Arena, *I beni comuni nell’età della condivisione*, in G. Arena e C. Iaione (a cura di), *L’età della condivisione*, Roma, Carocci, 2015; G. Arena, *L’essenza della sussidiarietà è la creazione di una relazione di condivisione*, in *Labsus.it*, 2015; G. Arena, *Prime riflessioni sul diritto dell’amministrazione condivisa*, in *Labsus.it*, 2016; F. Giglioni, A. Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020; G. Arena, *Sussidiarietà orizzontale ed enti del terzo settore*, in A. Fici, L. Gallo e F. Giglioni (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Quaderni di TerzJus, Editoriale Scientifica, 2020, pp. 25 ss.

²⁴ I rapporti con gli ESD sono disciplinati nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, recante “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”. Al momento in cui si scrive, per effetto dell’art. 30, comma 9, d.l. n. 41/2021, che ha novellato il d.lgs. n. 38/2021, introducendovi l’art. 12-bis, le disposizioni ivi contenute si applicano a decorrere dal 31 dicembre 2023.

²⁵ Il progetto di fattibilità, che deve valorizzare il territorio in termini sociali, occupazionali, economici, ambientali e di efficienza energetica, deve essere redatto ai sensi del combinato disposto degli artt. 3, *gggg-quater* e 23, comma 5 e 5-bis, d.lgs. n. 50/2016. Preme evidenziare che il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve individuare, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire (art. 23, comma 5). Attenta dottrina al fenomeno del project financing ha evidenziato che in “sede di valutazione di fattibilità, l’amministrazione dovrà svolgere un primo giudizio sulla coerenza della proposta con l’interesse pubblico e con prestabiliti parametri tecnici, economici e giuridici”. E. Parisi, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel Project Financing a iniziativa privata*, in *Il diritto processuale amministrativo*, 2018, vol. 36, fasc. 4.

²⁶ La finanza di progetto, disciplinata dall’art. 183 del Codice dei Contratti pubblici, prevede che un soggetto “promotore assuma l’iniziativa per la realizzazione di un’opera, che il soggetto (pubblico) competente valuti l’interesse dell’opera, la validità del progetto ed i profili finanziari e che, in caso positivo, si realizzi l’opera”. Così, N. Lugaresi, *Project financing e finanza di progetto. Le peculiarità del project financing tra promozione ed interessi pubblici*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 579-580. Sul peculiare ruolo attivo riconosciuto agli operatori privati nell’ambito del *project financing*, si veda F. Caringella, *Il nuovo volto della finanza di progetto*, in G. Cerrina Ferroni (a cura di), *Il Partenariato Pubblico-Privato. Modelli e strumenti*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 109-111.

²⁷ Lo schema giuridico del *project financing*, seppure riconducibile in termini generali nell’ambito delle tecniche di realizzazione di opere ed infrastrutture, presenta elementi di indubbia “peculiarità rispetto ad altre forme di affidamento dei contratti pubblici, consentendo a operatori privati di farsi promotori della realizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico non inserite nella programmazione triennale delle amministrazioni aggiudicatrici”. Così, E. Parisi, *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel Project Financing a iniziativa privata*, cit., p. 1486. Attraverso la dichiarazione di pubblico interesse, pertanto, la pubblica amministrazione riconosce la meritorietà del progetto elaborato dall’operatore privato. Tuttavia, quest’ultimo non acquisisce alcun diritto pieno all’indizione della procedura di gara per la selezione dell’affidatario, ma una mera aspettativa, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza della pubblica amministrazione in ordine all’opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta. Sul punto, si veda Consiglio di Stato, sez. V, 23 giugno 2020, n. 4015. In quest’ottica, l’ente locale mantiene intatta la propria autonomia organizzativa, decisionale e, pertanto, la propria discrezionalità amministrativa fino “all’ultimo miglio”, nel senso che esso può revocare il project financing anche dopo la dichiarazione di pubblico interesse e dopo aver indetto la gara per l’affidamento della concessione relativa. Così si è espresso il Consiglio di Stato, Sez. V, con sentenza 4 febbraio 2019, n. 820. Una simile facoltà peraltro esclude finanche che in capo alla pubblica amministrazione scatti un obbligo di riconoscere alcun indennizzo al soggetto promotore, così come statuito dal Tar Veneto con sentenza n. 184 del 16 febbraio 2018. In quell’occasione, i giudici amministrativi veneti hanno ribadito che “anche una volta dichiarata di pubblico interesse una proposta di realizzazione di lavori pubblici ed individuato quindi il promotore privato, l’Amministrazione non è tenuta a dare corso alla procedura di gara per l’affidamento della relativa concessione, posto che tale scelta costituisce una tipica e prevalente manifestazione di discrezionalità amministrativa nella quale sono implicate ampie valutazioni in ordine all’effettiva esistenza di un interesse pubblico alla realizzazione dell’opera, tali da non potere essere rese coercibili nell’ambito del giudizio di legittimità che si svolge in sede giurisdizionale amministrativa”. In argomento, si veda anche Consiglio di Stato, sez. II, 4 settembre 2019, n. 6087, che ha

del soggetto pubblico di concedere le eventuali forme di finanziamento pubblico previste nella proposta e nell'allegato piano economico-finanziario.²⁸ L'equilibrio economico-finanziario, che deve quindi individuare la corretta ripartizione dei rischi tra le parti,²⁹ costituisce un prerequisito essenziale per la corretta realizzazione del progetto. Esso inerisce alla capacità di intervento dell'operatore economico privato e, contestualmente, consente alle pubbliche amministrazioni di assicurare l'efficace allocazione delle risorse pubbliche.³⁰

A seguito della dichiarazione di pubblico interesse della proposta avanzata dal soggetto proponente,³¹ quest'ultimo presenta all'ente locale interessato il progetto definitivo, al quale, oltre al piano economico-finanziario sopra indicato,³² deve essere allegata anche una bozza di convenzione con l'amministrazione pubblica.³³ La convenzione di qua, oltre ai criteri generali di esecuzione dei lavori, alla durata e alle condizioni contrattuali e agli eventuali finanziamenti pubblici, deve indicare i costi e i benefici dell'intervento per l'ente sportivo, per la comunità territoriale di riferimento, anche in termini di crescita economica, integrazione sociale e riqualificazione urbanistica, nonché di efficienza energetica. La previsione in oggetto è degna di nota in quanto il legislatore si è preoccupato di contemplare anche profili che non risultano di immediata valutazione economico-patrimoniale, quali ad esempio, i vantaggi sociali diretti e indiretti derivanti dall'ospitare l'impianto sportivo utilizzato dall'ente sportivo e l'importanza del radicamento dell'associazione o della società sportiva nella comunità locale. Questi aspetti acquistano una loro rilevanza autonoma in un contesto di collaborazione pubblico-privata finalizzata a favorire la realizzazione di obiettivi sociali e di interesse generale. In questo senso, il d.lgs. n. 38/2021 sembra orientato a seguire l'impostazione contenuta nella riforma del terzo settore in ordine alla valutazione dell'impatto sociale delle attività e degli interventi realizzati dagli enti non lucrativi.³⁴ Quest'ultima è intesa quale metodo che supera i

ricosciuto che per potersi identificare la responsabilità precontrattuale a carico del Comune non è sufficiente che il soggetto privato dimostri la propria buona fede soggettiva, ossia un affidamento incolpevole nella scelta di compiere attività economicamente onerose. Occorre che questo affidamento venga lesa da una condotta dell'ente che, valutata nel suo complesso, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza, e sia imputabile all'amministrazione in termini di colpa o dolo.

²⁸ Così dispone l'art. 4, comma 4, d.lgs. 38/2021. Nel contesto giuridico della finanza di progetto, il piano in oggetto e il suo equilibrio rivestono una importanza fondamentale. In questo senso, l'art. 3 lett. fff), d.lgs. n. 50/2016 precisa che con il termine "equilibrio economico-finanziario" si deve intendere "la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intenda la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento".

²⁹ Al riguardo, ANAC ha sottolineato come in alcuni casi abbia registrato la presenza di clausole contrattuali finalizzate a limitare le conseguenze negative derivanti dal verificarsi dei rischi in capo al soggetto concessionario. Delibera n. 219 del 16 marzo 2021, recante "Partenariato pubblico-privato – risultanze emerse nel corso dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità nel 2020 – analisi", p. 5. Rischi che, in ragione dello specifico contratto di concessione, che, in tal senso si distingue dal contratto di appalto, devono permanere in capo al soggetto concessionario della gestione di un impianto sportivo, anche a seguito degli eventi avversi creati dall'emergenza epidemiologica da COVID-19 (*Ibid.*, p. 7).

³⁰ Sul punto, in passato i giudici contabili si sono espressi come segue: "Anche il project financing è un valido strumento di coinvolgimento dei privati per la realizzazione di opere pubbliche, purché l'opera venga realizzata integralmente con capitali privati, limitando la eventuale contribuzione pubblica ad importi non significativi. Nelle prassi operative è dato riscontrare contratti nei quali l'intervento pubblico è elevato, superando anche la metà del valore dell'opera. Si tratta di un uso improprio del contratto, anche in relazione ai parametri stabiliti in sede comunitaria in relazione alle partnership pubblico-private". Corte dei Conti, Sezioni Riunite, deliberazione n. 15/2010.

³¹ In una recente analisi, l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) ha evidenziato l'eccessivo favor nei confronti del soggetto promotore, che – a giudizio dell'Autorità – "nella maggior parte dei casi [fa sì che esso] sia l'unico partecipante alla gara". ANAC, delibera n. 219 del 16 marzo 2021, recante "Partenariato pubblico-privato – risultanze emerse nel corso dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità nel 2020 – analisi".

³² Il piano economico-finanziario deve essere asseverato da un istituto di credito o da una società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritto all'elenco generale degli intermediari finanziari, che deve indicare l'importo delle spese di predisposizione della proposta ed i costi sostenuti per la predisposizione del progetto definitivo e giustificati, anche mediante i ricavi di gestione, dell'effettiva copertura finanziaria dei costi di realizzazione e di gestione dell'impianto. Da questa previsione, contenuta nell'art. 4, comma 5, lett. b), d.lgs. n. 38/2021, è inferibile la complessità insita nella definizione del progetto di fattibilità che gli enti sportivi dilettantistici sono chiamati ad elaborare e che, pertanto, richiede un'organizzazione professionale.

³³ Così prescrive l'art. 4, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 38/2021.

³⁴ L'art. 14, d.lgs. n. 117/2017 dispone che gli enti del terzo settore che superano una certa soglia di ricavi, rendite ovvero entrate sono tenuti ad approvare il bilancio sociale che dovrà evidenziare, tra gli altri, gli elementi che permettano di valutare l'impatto sociale delle loro

tradizionali confini della rendicontazione economica e finanziaria per approdare ad una visione secondo cui l'ente non lucrativo, di concerto con l'ente pubblico, è in grado di valutare e, quindi, di restituire alla comunità locale il risultato effettivo del progetto di riqualificazione e utilizzo successivo degli impianti sportivi.³⁵

Nei casi di interventi da realizzarsi su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti ovvero nelle altre ipotesi previste dalla normativa,³⁶ il progetto definitivo approvato è posto alla base della procedura ad evidenza pubblica,³⁷ cui è invitato a partecipare anche il soggetto proponente, che assume la denominazione di promotore.³⁸ Quest'ultimo, qualora non risulti aggiudicatario, può esercitare il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di assumere la migliore offerta presentata.³⁹

Le procedure sopra descritte si applicano anche nel caso in cui la proposta progettuale di riqualificazione o di ammodernamento degli impianti provenga dal solo ESD (o società professionistica) utilizzatrice di quell'impianto. In queste ipotesi, il documento di fattibilità, allo scopo di rafforzare e consolidare la garanzia patrimoniale dell'ESD, può altresì stabilire la cessione, anche a titolo gratuito a fronte del valore dell'intervento, del diritto di superficie o

attività. La misurazione dell'impatto sociale è stata oggetto di specifiche linee guida approvate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con decreto 23 luglio 2019, che espressamente prescrive che "le pubbliche amministrazioni, nell'ambito di procedure di affidamento di servizi di interesse generale, possono prevedere la realizzazione di sistemi di valutazione dell'impatto sociale da parte degli ETS che intrattengono rapporti con le medesime PP.AA, sì da consentire una valutazione dei risultati in termini di qualità e di efficacia delle prestazioni e delle attività svolte".

Sulla valutazione dell'impatto sociale nell'azione e negli interventi degli enti non profit e delle imprese sociali si veda il numero monografico di *Impresa Sociale*, n. 1, 2021.

³⁵ Come è stato evidenziato, la valutazione di impatto sociale ha l'obiettivo di "integrare e nutrire la dimensione "rendicontativa" con ingredienti valutativi, con l'intento di restituire una visione del valore non solo misurata da output e performance (spesso ridotte a mere certificazioni), ma da evidenze legate al cambiamento generato". Così, P. Venturi, *La valutazione d'impatto sociale come pratica "trasformativa"*, AICCON, Short Paper 19, 2019, p. 3.

³⁶ Si tratta degli appalti di lavori, di importo superiore ad 1 milione di euro, sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50 per cento da amministrazioni aggiudicatrici, nel caso in cui tali appalti comportino, tra gli altri, lavori di edilizia relativi a ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari e edifici destinati a funzioni pubbliche (art. 1, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 50/2016).

³⁷ L'art. 4, comma 11, d.lgs. n. 38/2021 prevede che alla procedura de qua si applicano le previsioni di cui al Codice dei contratti pubblici in materia di finanza di progetto, derogate nel caso in cui l'importo dei lavori da assegnare sia inferiore a 1 milione di euro e qualora, essendo superiore a 1 milione di euro, le sovvenzioni pubbliche dirette non superino il 50% di detto importo (art. 4, comma 12, d.lgs. n. 38/2021).

³⁸ Sembra opportuno ricordare che la giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto che: a) la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa (cfr. Cons. Stato, III, 20 marzo 2014, n. 1365; III, 30 luglio 2013, n. 4026; 24 maggio 2013, n. 2838; V, 6 maggio 2013, n. 2418); b) la scelta del promotore non attiene alla valutazione della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (Cons. Stato, V, 31 agosto 2015, n. 4035); c) lo scopo finale dell'intera procedura, interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore, è l'aggiudicazione della concessione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. Stato, V, 14 aprile 2015, n. 1872; VI, 5 marzo 2013, n. 1315). Da ciò consegue che la ratio di questo strumento giuridico si ricollega all'esigenza specifica della pubblica amministrazione di definire un livello qualitativo delle offerte particolarmente elevato, sì da comportare l'esclusione di quelle che, pur magari astrattamente convenienti sul piano economico, non raggiungano sul versante qualitativo lo standard che l'Amministrazione si prefigge (Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5468). Quanto fin qui evidenziato conduce a ritenere che il giudizio di inidoneità dell'offerta tecnica del concorrente/promotore derivante dal mancato raggiungimento del previsto punteggio minimo, che rende insuscettibile di valutazione la correlata offerta economica e impossibile la graduazione finale dell'offerta complessiva, che viene conseguentemente esclusa, si riflette anche sul diritto di prelazione, rendendo la stessa offerta complessiva *tamquam non esset* anche ai fini della venuta a esistenza del diritto. Si tratta di una conclusione coerente con la previsione dell'art. 183, comma 15 del d.lgs. 50/2016, che, pur non disponendo espressamente al riguardo, stabilisce che "Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario", in tal modo riconducendo il diritto di prelazione al "promotore non aggiudicatario" e rendendo necessaria per la sua nascita l'effettività della sua partecipazione alla gara, mediante la presentazione di un'offerta che, sino all'esito della procedura, sia stata comparata con le offerte presentate dagli altri concorrenti e figurati nella graduatoria finale in una posizione diversa dalla prima.

³⁹ Sul punto, si veda la recente pronuncia del Tar Milano, 7 gennaio 2021, n. 37, nella quale i giudici amministrativi hanno ribadito che il diritto di prelazione è esercitabile "solo ove l'offerta presentata dallo stesso promotore sia regolarmente ammessa alla gara. Pertanto, in caso di offerta inammissibile da parte del promotore, tale soggetto non sarà ammesso a esercitare l'opzione di cui all'art. 183 comma 15 cit., e a conseguire l'aggiudicazione".

del diritto di usufrutto sull'impianto sportivo o sulle altre aree contigue di proprietà pubblica per una durata fino a novantanove anni ovvero il trasferimento della proprietà degli stessi all'ESD.⁴⁰ In una logica che sembra ricondursi alla valorizzazione delle finalità perseguite dagli ESD, il medesimo comma riconosce la facoltà di rivedere le clausole contrattuali in essere tra l'ente pubblico e l'ESD interessato relative all'utilizzo dell'impianto oggetto di intervento ovvero di altro impianto pubblico esistente, in considerazione dell'intervento di riqualificazione o di nuova costruzione proposto.

Gli ESD procedono liberamente all'affidamento dei lavori, poiché le associazioni e le società sportive dilettantistiche non rientrano nel novero degli organismi di diritto pubblico⁴¹ e, pertanto, possono approvvigionarsi dei beni e servizi che esse necessitano sul libero mercato senza i vincoli e le procedure disciplinate dal d.lgs. n. 50/2016.⁴²

Nella logica di semplificazione che informa l'articolo 4 del d.lgs. n. 38/2021, anche in assenza di previa presentazione della proposta fin qui esaminata, gli ESD sotto forma di società (e le società sportive professionistiche) possono liberamente negoziare direttamente con i comuni in cui essi hanno la propria sede legale e con i comuni limitrofi il prezzo e le condizioni contrattuali sia di vendita o di utilizzo di aree del patrimonio disponibile urbanisticamente destinate alla costruzione di impianti sportivi.⁴³

Qualora si registri l'interesse di più ESD, l'ente pubblico interessato deve indire una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara.⁴⁴ Il comma 13 dell'art. 14, d.lgs. n. 38/2021 conferma il *favor legis* che permea la riforma dello sport, riconoscendo agli ESD il rimborso delle spese documentate e l'obbligo per gli stessi di riconsegnare l'area e il corrispettivo a quel momento versato, nei casi in cui, per qualsiasi motivo non imputabile agli stessi, i lavori di riqualificazione o di costruzione non possano essere avviati entro 120 giorni dalla conclusione del contratto o nel diverso termine fissato in quest'ultimo.⁴⁵

⁴⁰ Così prevede l'art. 4, comma 12, d.lgs. n. 38/2021.

⁴¹ In questa sede, sembra opportuno ricordare che, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 4, della direttiva 2014/24, per "organismi di diritto pubblico" si intendono gli organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche: a) sono istituiti per soddisfare specificamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; b) sono dotati di personalità giuridica; e c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico".

Sul punto, si veda, *inter alia*, Corte di giustizia dell'Unione europea, Quarta sezione, 3 febbraio 2021, cause riunite C-155/19 e C-156/19, Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), Consorzio Ge.Se.Av. S.c. arl contro De Vellis Servizi Globali Srl.

⁴² Rimane tuttavia consigliabile l'adozione di regolamenti interni ai sodalizi ovvero alle società sulla base dei quali organizzare l'acquisizione dei beni e dei servizi necessari all'intervento di riqualificazione/ammodernamento, finalizzati a tutelare i responsabili dell'associazione/società e a rendere trasparente l'iter relativo. In quest'ottica, ai sensi dell'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 38/2021, gli ESD che hanno in gestione un impianto sportivo pubblico possono 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. Sul ruolo della Consip e l'obbligo di ricorrervi da parte degli enti locali, si veda Consiglio di Stato, V sez., 8 marzo 2018, n. 1937, con la quale i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che è facoltà per le P.A. (comprese le amministrazioni statali centrali e periferiche) di attivare in concreto propri strumenti di negoziazione laddove tale opzione sia orientata a conseguire condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate all'esito delle convenzioni-quadro proposte da Consip.

⁴³ L'emergenza epidemiologica derivante da COVID-19 ha influenzato negativamente la gestione degli impianti sportivi, costretti a chiudere o, comunque, a ridurre significativamente il loro utilizzo. Ne è conseguita la decisione di molte amministrazioni comunali di rinegoziare le condizioni contrattuali, al fine di permettere ai soggetti gestori, specie non lucrativi, di poter far fronte alle minori entrate. Al riguardo, preme evidenziare che, nel caso di concessioni, la possibilità di rinegoziazione delle condizioni contrattuali si colloca all'interno di un istituto giuridico nell'ambito del quale al soggetto gestore è richiesto di sopportare la maggior parte dei rischi imprenditoriali. Per una valutazione della possibilità di rinegoziazione delle clausole contrattuali di utilizzo degli impianti sportivi nel Comune di Milano, si veda Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per la Regione Lombardia, 4 febbraio 2021, n. 9.

⁴⁴ Si tratta di una previsione contenuta all'art. 63, d.lgs. n. 50/2016, il cui comma 2, lett. a) riconduce tale fattispecie ai casi in cui – come parrebbe interpretabile nel disposto di cui al comma 13 dell'art. 4, d.lgs. n. 38/2021 in oggetto – non sia stata presentata alcuna offerta.

⁴⁵ Agli ESD che gestiscono un impianto sportivo è altresì riconosciuta una tariffa agevolata per il consumo di acqua in quanto uso pubblico del bene rispetto a quella che verrebbe praticata per l'uso commerciale dello stesso (art. 7, comma 2, d.lgs. n. 38/2021).

Qualora gli enti pubblici non intendano gestire direttamente gli impianti sportivi di loro pertinenza e competenza possono decidere di affidarne la gestione in via preferenziale agli ESD, sulla base di apposite convenzioni.⁴⁶ Queste, anche per assicurare pari dignità e parità di trattamento tra i diversi ESD, devono contenere i criteri d'uso degli impianti, nonché i criteri generali e gli obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari. Sebbene il comma in questione faccia esplicito riferimento ad una corsia preferenziale per gli ESD, che potrebbe far presupporre il ricorso a forme di aggiudicazione non contendibili, nel caso specifico in esame la procedura applicabile, per espressa previsione dell'art. 6, è quella contemplata nel Codice dei contratti pubblici. Da ciò consegue che le stazioni appaltanti dovranno pubblicare appositi bandi di gara attraverso cui procedere alla selezione dell'ESD affidatario, individuando le specifiche caratteristiche e requisiti che valorizzino l'azione e l'intervento di queste particolari forme organizzative.

Il decreto in esame ha inteso contribuire al sostegno dell'azione degli ESD permettendo a questi ultimi, nel caso di interventi di ristrutturazione o di nuova costruzione di impianti con una certa dimensione, di destinare, all'interno degli impianti medesimi, in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti regionali e degli enti locali, fino a 200 metri quadrati della superficie utile ad attività di somministrazione di alimenti e bevande, aperta al pubblico nel corso delle manifestazioni sportive ufficiali e durante gli allenamenti, e fino a 100 metri quadrati della superficie utile al commercio di articoli e prodotti strettamente correlati alla disciplina sportiva praticata.⁴⁷

Al fine di promuovere gli interventi di riqualificazione, ammodernamento o costruzione di impianti sportivi, gli ESD proponenti possono avere accesso ai finanziamenti dell'Istituto per il Credito Sportivo o di altro intermediario bancario o finanziario, con i quali gli enti sportivi dilettantistici possono entrare in associazione in partecipazione ovvero costituire società miste.⁴⁸

A questa possibilità si aggiunga quella prevista dall'art. 69 del Codice del terzo settore, in forza della quale gli enti pubblici promuovono le opportune iniziative per favorire l'accesso degli ETS ai finanziamenti del Fondo sociale europeo e ad altri finanziamenti europei per progetti finalizzati al raggiungimento degli obiettivi istituzionali.

3.1. Una ipotesi applicativa: gli ESD e la riqualificazione e gestione degli impianti sportivi in funzione dell'inclusione sociale

Alla luce del contesto normativo sopra descritto, di seguito si propone un'ipotesi di proposta progettuale che potrebbe essere elaborata da un ESD e presentata ad un ente locale per la riqualificazione e la gestione di impianti sportivi, in particolare attraverso un intervento di riqualificazione energetica.⁴⁹

⁴⁶ Così prescrive l'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 38/2021. Le convenzioni, quali accordi di natura giuridica tra enti pubblici ed ESD per l'utilizzo degli impianti sportivi, si applicano anche nel caso di utilizzo di palestre, aree di gioco e impianti sportivi scolastici, che gli enti pubblici devono porre a disposizione degli ESD medesimi, che abbiano sede nel comune in cui ha sede l'istituto scolastico o in comuni confinanti. Cfr. art. 6, comma 4, d.lgs. n. 38/2021.

⁴⁷ La previsione, contenuta nel comma 15 dell'articolo 4, d.lgs. n. 38/2021, si presta ad interessanti valutazioni da parte degli ESD, che potrebbero assumere la tipologia giuridica di APS (associazioni di promozione sociale), in specie, in considerazione delle agevolazioni fiscali che il Codice del terzo settore prevede a loro favore. A ciò si aggiunga che anche gli ESD, costituiti sotto forma di impresa sociale, potrebbe beneficiare della forma imprenditoriale per organizzare il settore merchandising della loro attività statutaria.

⁴⁸ Art. 4, comma 16, d.lgs. n. 50/2016. Ai sensi dell'art. 2549 c.c., è il negozio giuridico con il quale una parte, che prende il nome di associante, attribuisce a un'altra parte, che prende il nome di associato, il diritto ad una partecipazione agli utili della propria impresa o, in base alla volontà delle parti contraenti, di uno o più affari determinati, dietro il corrispettivo di un apporto da parte dell'associato. Per quanto riguarda le società miste, invece, qualora il soggetto finanziatore sia configurabile alla stregua di un organismo di diritto pubblico, come nel caso dell'Istituto del Credito Sportivo (cfr. in questo senso l'art. 1, comma 2 dello Statuto), si dovranno applicare le disposizioni contenute nell'art. 17, d.lgs. n. 175/2016 e nell'art. 5, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, mentre negli altri casi potranno essere adottate le clausole statutarie tipiche delle società di capitali. Nel caso in cui l'ente pubblico intenda costituire una società mista, il socio privato deve essere selezionato attraverso una gara a "doppio oggetto", che individua sia il socio sia il determinato servizio da erogare, "delimitato in sede di gara sia temporalmente che con riferimento all'oggetto". Così, Tar Lazio, sez. II-bis, sentenza del 6 luglio 2018, n. 7524.

⁴⁹ Il caso che si presenta è frutto di una revisione dell'A. di un project work elaborato e presentato dal gruppo di lavoro composto da Giovanni Orlando, Lucia Fraticelli, Nicoleta Ciloci, Gianluca Aiello e Giulia Colombo nell'ambito dell'insegnamento di Partenariati Pubblico-Privato, Università di Bologna, Campus di Forlì, a.a. 2019/2020. Le studentesse e gli studenti citati hanno autorizzato chi scrive ad utilizzare i dati e parte dei contenuti da essi elaborati nel project work.

Il progetto di fattibilità elaborato dall'associazione sportiva dilettantistica prevede l'attivazione di un partenariato pubblico-privato (PPP) avente ad oggetto la ristrutturazione dell'impianto sportivo e la successiva gestione del servizio a favore della cittadinanza attraverso l'efficientamento energetico dell'impianto in parola.

Il Comune, in qualità di partner pubblico del partenariato, mette a disposizione l'impianto sportivo con lo scopo di garantire il servizio alla cittadinanza, mentre l'ESD, in qualità di partner privato, promuove il progetto di finanziamento dell'efficientamento energetico e della gestione del servizio dell'impianto sportivo.

Nello specifico, il progetto non prevede soltanto un risparmio di energia, ma la produzione in surplus, da utilizzarsi per soddisfare le esigenze dell'ente locale.

L'ESD richiede all'ente locale di assicurare la concessione del servizio connesso all'impianto per la durata di tutto il progetto,⁵⁰ in modo che questa possa generare flussi di cassa che consentano un rientro dell'investimento effettuato.

A seguito della valutazione dello Studio di Fattibilità (SdF) e dell'Analisi di Fattibilità Finanziaria (AFF), il Comune valuta conveniente il progetto, sia dal punto di vista finanziario (in termini di risparmio di spesa pubblica e di produzione di energia) sia dal punto di vista di pubblica utilità (servizio alla cittadinanza, inclusione sociale, efficientamento energetico, rigenerazione urbana).

Sulla base dei criteri definiti, il Comune individua l'oggetto della procedura ad evidenza pubblica, che contiene le modalità di realizzazione del partenariato pubblico-privato.

Alla procedura prendono parte diversi operatori economici, tra cui anche l'ESD proponente e, al termine delle valutazioni, l'ente locale, verificato l'interesse pubblico del progetto, decide di indire un bando di gara a doppio oggetto. Quest'ultima è finalizzata alla selezione dell'operatore economico incaricato di gestire l'impianto sportivo e al reperimento del finanziamento necessario alla ristrutturazione, nella fattispecie l'efficientamento energetico.

In seguito alla valutazione delle proposte presentate e dei rischi dell'operazione, la stazione appaltante individua nell'ESD proponente il soggetto affidatario della gara e con esso stipula un contratto misto di concessione mista.⁵¹

Il modello giuridico del partenariato pubblico-privato permette di:

- 1) mobilitare risorse private e *know how* specifico per l'erogazione di servizi e la realizzazione di opere a beneficio di una determinata comunità;
- 2) conseguire un'efficiente ottimizzazione dell'uso delle risorse pubbliche, nonostante si possano verificare costi di transazione dovuti ad esigenze o imprevisti di processo che può riscontrare il privato nell'adempiere quanto previsto dal contratto;
- 3) ridurre la spesa pubblica;
- 4) perseguire un rendimento (se correttamente gestito) garantito dalla durabilità prestabilita che accompagna questo tipo di istituto giuridico;
- 5) realizzare per gli ESD una pluralità di obiettivi migliorativi che riguardano la capacità progettuale e gestionale in una prospettiva di medio/lungo termine e un ampliamento dell'orizzonte strategico, che comporta una valutazione dei rischi anche in campi e /o aree non tradizionali;
- 6) superare il tradizionale schema di committenza pubblica, secondo il quale la pubblica amministrazione affida un servizio di interesse generale all'operatore economico privato;
- 7) condividere le fasi di pianificazione, progettazione, implementazione e monitoraggio, garantendo la trasparenza durante tutte le fasi del progetto;
- 8) valorizzare il contributo degli ESD, che assicurano, tra l'altro, la tutela dell'interesse generale e della dimensione sociale del progetto;

⁵⁰ Si tratta di una concessione per la progettazione ed esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria ed efficientamento energetico, nonché di gestione della piscina comunale del comune a utilizzazione diretta del concedente ai sensi dell'articolo 164 e seguenti e dell'articolo 180 e seguenti del Codice dei contratti pubblici.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 169, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, "le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto. Nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IX l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi".

- 9) rafforzare i legami collaborativi tra enti non profit e pubblica amministrazione;
- 10) condurre accurate e approfondite analisi in ordine ai rischi, alle opportunità e alle potenzialità di sviluppo delle attività oggetto del partenariato pubblico-privato.

4. Utilizzo degli impianti sportivi e degli immobili pubblici: il ruolo degli ESD e la collaborazione con le pubbliche amministrazioni tra istituti giuridici cooperativi di cui al d.lgs. n. 117/2017 e previsioni del d.lgs. n. 38/2021

Nella prospettiva di supportare l'azione degli ESD, il d.lgs. n. 38/2021 (art. 5) prevede che gli stessi possono presentare all'ente locale nel 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. Il progetto deve avere come obiettivo quello di favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile. Il legislatore ha dunque inteso riconoscere lo scopo di pubblica utilità degli ESD che, nell'elaborazione di progettualità volte a riqualificare in senso lato un determinato impianto sportivo, si impegnino a realizzare finalità di pubblico interesse. Qualora detta finalità sia riconosciuta dall'ente locale interessato, quest'ultimo affida direttamente la gestione gratuita dell'impianto all'ente sportivo dilettantistico, sia esso sotto forma di associazione ovvero di società sportiva, per una durata proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento e comunque non inferiore a cinque anni.

È questa una fattispecie giuridica riconducibile alla previsione contenuta nell'art. 56 del Codice del Terzo settore in materia di convenzioni tra enti del terzo settore ed enti pubblici.

L'art. 56, comma 1, d.lgs. n. 117/17 stabilisce infatti che le amministrazioni pubbliche possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato (OdV) e le associazioni di promozione sociale (APS), iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato.⁵² Si tratta, pertanto, di attività che *naturaliter* sono rivolte alla collettività e non sono invece rivolte alla P.A. procedente e, quindi, non configurabili alla stregua di attività strumentali alla stessa, come potrebbe essere un'attività di manutenzione del verde comunale da parte di una cooperativa sociale di tipo b).

L'art. 56, confermando una impostazione giuridica già presente nelle l. n. 266/1991, 328/2000 e 383/2000 – introduce un approccio “altero” rispetto alle logiche di mercato, in quanto stabilisce un rapporto collaborativo e non competitivo tra enti pubblici e soggetti non lucrativi. I rapporti tra EE.PP. e ETS, ivi compresi gli ESD, non individuano dunque una attività/un servizio/una fornitura che, in quanto “in capo” all'ente pubblico, quest'ultimo può decidere di esternalizzare ad un operatore economico (affidamento).⁵³

⁵² Sul significato da attribuire a questa particolare motivazione che l'ente procedente deve fornire per legittimare il ricorso al convenzionamento diretto, si veda Tar Campania, sez. V, 1 aprile 2021, n. 2227, che ha statuito che essa non deve essere interpretata con riferimento alla “mera convenienza economica” ma involge la valutazione dei maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggior attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità, efficienza, economicità e adeguatezza.

⁵³ I contenuti dell'art. 56 CTS sono stati oggetto di una serie di interventi interpretativi. Tra questi, si ricorda, in primo luogo, il parere rilasciato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato, in data 26 luglio 2018 (numero affare 01382/2018), parere richiesto dall'ANAC in ordine alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. n. 50/2016 e del d.lgs. n. 117/2017. In quell'occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che, in tema di convenzioni ex art. 56 CTS, ciò che rileva è la gratuità delle prestazioni, criterio unico che legittima l'affidamento (senza gara) alle medesime organizzazioni dei servizi. Solo il rimborso a piè di lista può escludere la remunerazione del servizio, circostanza che legittima la non riconducibilità dei servizi in parola alla disciplina sugli appalti. In ultima analisi, il Consiglio di Stato ritiene che gli affidamenti dei servizi sociali agli enti non profit risultano esclusi dall'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica soltanto nel caso in cui non siano a carattere selettivo e che il prestatore si impegni a rendere il servizio a titolo gratuito. In secondo luogo, si riporta quanto statuito dall'Agenzia delle Entrate, Direzione Regionale dell'Emilia Romagna, che con la risposta all'interpello n. 909-858/2019, ha ribadito che il rapporto tra enti pubblici e associazioni debba essere considerato alla stregua di un contratto, ritenendo il rimborso delle spese previsto in tali convenzioni equiparabile ad un corrispettivo e, conseguentemente, assoggettabile ad IVA. Nello specifico caso, l'Erario ha considerato il contributo erogato da un comune quale corrispettivo poiché si sarebbe trattato di un rapporto sinallagmatico, nel quale l'associazione beneficiaria del contributo si “obbliga a specifici adempimenti nell'interesse diretto e preponderante del Comune, oltre che in via sussidiaria nell'interesse generale della collettività”. In terzo luogo, si segnala la sentenza del Tar Toscana (Sezione I) del 1 giugno 2020, n. 666, nella quale i giudici amministrativi hanno ravvisato l'illegittimità di un avviso pubblico di un comune che invitava, ai sensi dell'art. 56 CTS, le OdV e le APS a presentare proposte per l'organizzazione e gestione di corsi di lingua straniera. In quell'occasione, la Sezione ha riconosciuto che

Al contrario, la pubblica amministrazione e l'ente di terzo settore condividono obiettivi, modalità di azione, finalità degli interventi, con la conseguenza che le convenzioni (*nomen iuris* affatto diverso da contratto) non contemplano un soggetto affidante (la P.A.) e un soggetto (economico) affidatario (ETS), come avviene nello schema giuridico degli appalti.⁵⁴

Da ciò consegue che i rapporti di partnership tra enti pubblici e ETS non contemplano l'esperimento di una procedura ad evidenza pubblica di natura contendibile: la procedura ad evidenza pubblica è rispettata in quanto l'ente pubblico procedente in forma trasparente e non discriminatoria comunica a tutte le organizzazioni interessate l'intenzione di procedere all'attivazione di una convenzione e, una volta raccolte le disponibilità delle associazioni interessate, svolge un confronto comparato sulla base dei criteri indicati nell'avviso pubblico (es. esperienza nel settore di riferimento, capacità progettuale, personale qualificato, *et similia*). L'art. 56 individua il percorso (valutazione comparativa), le modalità (la convenzione) e i contenuti della medesima.⁵⁵ L'azione degli enti locali è dunque positivamente ancorata nella riforma del terzo settore, che attribuisce alla P.A. – ad esito di confronto comparativo – di individuare l'associazione con la quale – anche a seguito di proposta proveniente dalla medesima o da altre associazioni (cfr. art. 55, comma 3 CTS, che opera un espresso riferimento alla l. n. 241/1990) – definire la convenzione.

Poiché i rapporti che si instaurano tra ETS ed enti pubblici non costituiscono contratti a prestazioni sinallagmatiche,⁵⁶ il quantum economico che gli enti pubblici possono riconoscere agli ETS si configura alla stregua di un rimborso delle spese sostenute e documentate.⁵⁷ Di tal che, la convenzione deve prevedere le “voci” di rimborso necessarie a coprire le spese sostenute per la realizzazione di uno o più scopi di solidarietà sociale e non per lo svolgimento di prestazioni sorrette da un interesse economico.

Accanto alle procedure ad evidenza pubblica, che permettono agli enti locali di individuare, sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'operatore economico aggiudicatario di un determinato servizio di interesse

l'esclusione di una forma societaria dall'avviso pubblico in oggetto debba considerarsi un ostacolo alla concorrenza. Richiamando il parere del Consiglio di Stato del 2018 sopra richiamato, il Tar Toscana ha statuito che la convenzione “non possa dar luogo a qualunque forma diretta o indiretta di remunerazione a carico del soggetto pubblico affidante, quale ne sia la formale denominazione, al personale volontario o dipendente e direttivo dell'ente affidatario”. I termini “affidamento”, “senza gara” e “gratuità” impiegati nelle interpretazioni sopra brevemente richiamate non solo non trovano una corrispondenza di diritto positivo nell'art. 56 CTS, ma, a seguito dell'approvazione del d.lgs. n. 38/2021 sembrano a fortiori confermati e valorizzati. In questo senso, si veda la recente pronuncia del Tar Campania, sez. V, n. 2227 del 1 aprile 2021, con la quale i giudici amministrativi hanno riconosciuto che nel rimborso delle spese possono ricomprendersi voci quali i rimborsi per gli ammortamenti del costo degli automezzi e i rimborsi del costo della manodopera dipendente. Tutto ciò senza fare assurgere il riconoscimento di queste voci di spesa a prezzo riconosciuto in un contesto di contratto sinallagmatico, come accadrebbe, al contrario, in una procedura ad evidenza pubblica.

⁵⁴ Questo orientamento delle pubbliche amministrazioni è stato confermato dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, che ha convertito il d. l. 76/2020 (c.d. “decreto Semplificazioni”), che ha novellato gli artt. 30, co. 8, 59, co. 1 e 140, co. 1 del Codice dei contratti pubblici. Ricorrendo alla formula “fermo restando”, le modifiche introdotte segnano un punto importante per l'azione delle P.A., in quanto queste ultime, lungi dall'essere obbligate ad applicare il Codice dei contratti anche agli istituti di cooperazione previsti dal Codice del Terzo settore, hanno oggi a disposizione diverse procedure, rispettose dell'oggetto delle decisioni da adottare e che hanno pari dignità e legittimazione giuridica.

⁵⁵ L'art. 56, comma 4, indica gli elementi obbligatori che devono trovare spazio nelle convenzioni, tra i quali si ricordano la continuità dell'attività svolta, il rispetto dei diritti e della dignità degli utenti, degli standard organizzativi e strutturali, la durata del rapporto convenzionale, il contenuto e le modalità di intervento del volontariato, le modalità di risoluzione del rapporto giuridico e le forme di verifica della qualità dei servizi e delle prestazioni oggetto della convenzione.

⁵⁶ Il Codice del Terzo settore ha disegnato un sistema di rapporti tra P.A. ed enti non profit fondato sulla condivisione e non sulla competizione (anche, se come è stato già sottolineato, si richieda una valutazione comparativa tra diverse associazioni), circostanza che esclude la possibilità che si instaurino rapporti sinallagmatici.

E ciò permette di ritenere che i due codici, segnatamente, il Codice dei Contratti pubblici e il Codice del Terzo settore, operino su piani equiordinati e, laddove necessario, coordinati e non su base di primazia gerarchica del primo rispetto al secondo.

⁵⁷ La previsione secondo cui alle OdV e alle APS spettano soltanto il rimborso delle spese sostenute e documentate non esclude tuttavia che le stesse possano avvalersi di personale retribuito per lo svolgimento delle proprie attività. Si tratta di una possibilità già disciplinata nelle l. n. 266/1991 e 383/2000 e confermata dal CTS, a condizione che il numero del personale retribuito non sia superiore al 50% del numero dei volontari.

generale, il d.P.C. 30 marzo 2001⁵⁸ aveva già previsto quale ulteriore modalità di raccordo tra istituzioni pubbliche committenti e soggetti non profit affidatari del servizio la c.d. “co-progettazione”. Si tratta di una dinamica collaborativa che, in forza di linee di indirizzo impartite dalle Regioni ovvero contenute in discipline organiche approvate da queste ultime,⁵⁹ può intercorrere tra enti locali e organizzazioni non lucrative, in specie per quanto riguarda la definizione di interventi di natura emergenziale o comunque non “standard”. Invero, gli enti locali, specie alla luce dei nuovi bisogni che emergono dalla società civile e dalle fasce più deboli della stessa, si ritrovano nella necessità di identificare e progettare nuove modalità di intervento e di azione, che non trovano una precisa collocazione all’interno del “nomenclatore” classico dei servizi alla persona. Coerentemente con una impostazione volta a favorire la ricerca di soluzioni adeguate per implementare un’efficace ed efficiente rete di interventi e servizi sociali, la legge di riforma del welfare del 2000 ha disposto che in ordine all’attivazione di percorsi e di azioni non precedentemente classificabili ovvero che richiedono una modalità di approccio resa urgente dalla situazione fattuale enti pubblici (locali) ed organizzazioni del terzo settore possano attivare percorsi innovativi e condivisi.

Questa impostazione è stata, nella sostanza, ribadita nell’art. 55, co. 3, d.lgs. n. 117/17, che ha confermato che la co-progettazione consiste nel procedimento finalizzato “alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti”, che devono trovare attuazione nell’ambito di quanto definito in sede di co-programmazione. L’articolo in parola – come ribadito nella sentenza della Corte costituzionale n. 131 già citata – “pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare, «nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona», il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell’organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall’art. 5 del medesimo CTS. A differenza di quanto previsto nel d.p.C. del 2001, l’art. 55 allarga la portata dei rapporti collaborativi a tutte le attività di interesse generale di cui all’art. 5 CTS.

Il co. 3 in parola individua, pertanto, la co-progettazione quale azione temporalmente conseguentemente alla fase co-programmatoria, orientata ad una più puntuale definizione degli elementi operativi, che sono stati identificati, in linea più generale nella co-programmazione. Preme, tuttavia, segnalare che il procedimento di co-progettazione solo eventualmente può condurre alla realizzazione degli interventi e delle azioni individuati. Detta realizzazione allora condurrà gli enti del terzo settore a partecipare alla modalità concertativa ovvero selettiva attraverso cui gli enti locali intendono avvalersi dei medesimi enti per l’organizzazione ed erogazione del / dei servizio/i individuati. In caso contrario, la co-progettazione si dovrà interpretare quale passaggio integrativo e perfezionante dell’attività di co-programmazione avviata senza giungere alla fase dell’attribuzione del servizio. Si può ritenere che, in questa seconda ipotesi, l’attività di co-progettazione possa risultare funzionale alla definizione di una procedura ad evidenza pubblica per l’individuazione del soggetto affidatario del servizio.

In entrambi i casi, la co-progettazione individua un procedimento a disposizione degli enti pubblici per definire e realizzare specifici progetti e/o interventi volti a soddisfare bisogni definiti coinvolgendo attivamente gli enti non profit. Si tratta, pertanto, della possibilità per la P.A. e per gli enti non profit di attivare “sperimentazioni gestionali e sociali”, utili soprattutto per affrontare situazioni di emergenza, che richiedono azioni e interventi di carattere innovativo.⁶⁰ In questa direzione, le istituzioni locali, le organizzazioni non profit concorrono alla definizione di modalità di intervento in grado di soddisfare bisogni e necessità della comunità locale già dalle fasi progettuali. In quest’ottica, la co-progettazione, considerata la sua particolare natura e le modalità di svolgimento delle relative procedure, si configura come uno strumento che supera il tradizionale rapporto committente fornitore per divenire strumento di realizzazione di forme di collaborazione e partnership tra P.A. ed enti del Terzo settore, rispettose dei

⁵⁸ Si tratta del decreto attuativo dell’art. 5 della legge n. 328/2000 di riforma dell’assistenza, che ha disposto in ordine alla legittimità per le organizzazioni non profit di essere coinvolte non soltanto nella fase di esecuzione dei servizi, ma finanche nella fase di programmazione degli stessi unitamente agli enti pubblici.

⁵⁹ La Regione Toscana, con la legge 22 luglio 2020, n. 65, ha disciplinato i rapporti collaborativi tra P.A. ed Enti del terzo settore,

⁶⁰ Recentemente, il Consiglio di Stato, in un parere rilasciato su richiesta dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), ha ribadito che l’istituto della co-progettazione deve considerarsi di natura sperimentale e non quale ordinario strumento giuridico per attivare percorsi collaborativi tra enti non profit e P.A. Cfr. Commissione speciale del Consiglio di Stato, n. affare 01382 del 26 luglio 2018.

principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, che devono caratterizzare l'azione delle pubbliche amministrazioni.

L'art. 55, sia per i richiami espressi alla disciplina sul procedimento amministrativo, sia in ragione degli obiettivi che i diversi istituti giuridici ivi contemplati intendono realizzare non rappresenta una "variazione sul tema" degli affidamenti / appalti. Anzi, è opportuno segnalare che proprio il tenore letterale della disposizione in oggetto contempla la sola eventualità che la co-progettazione, nel caso di specie, possa realizzare un servizio ovvero un intervento.

Appare questa una scelta del legislatore della riforma non soltanto in linea con la normativa precedente come sopra richiamato, ma anche con il framework legislativo eurounitario. Al riguardo, basti pensare alla direttiva 2014/24/UE, nella quale diverse sono le norme a favore delle imprese sociali e delle organizzazioni non profit, ma soprattutto nella quale è dato registrare un *favor legis* nei confronti dell'autonomia discrezionale degli Stati Membri (e quindi delle autorità regionali e locali) qualora "in gioco" vi sia l'interesse generale.

In quest'ottica, ben si comprende allora come gli istituti giuridici previsti dall'art. 55 CTS (co-programmazione, co-progettazione e accreditamento) non siano a presidio del confronto concorrenziale ovvero competitivo, che rimane la "cifra" distintiva del Codice dei contratti pubblici. Essi costituiscono l'alternativa alle procedure di affidamento proprio perché esse non sono definite, in primis, dalla necessità di selezionare il soggetto che dovrà risultare affidatario del servizio. Qualora questo dovesse essere l'obiettivo, la P.A. procedente, nel rispetto dei principi che informano le procedure ad evidenza pubblica, potrà pur sempre riservare la partecipazione a taluni soggetti del terzo settore.⁶¹

L'art. 55 è finalizzato a tracciare percorsi, modalità di condivisione di obiettivi e finalità per realizzare gli interventi e finanche i servizi necessari a rispondere ai bisogni emersi in sede di co-programmazione. L'art. 55 volutamente lascia spazio alle P.A. per "riempire" di contenuti gli istituti giuridici ivi previsti: in questo senso, pertanto, sia le Regioni – con la possibilità di emanare linee guida – sia gli enti locali che devono concretamente definire le procedure di raccordo con gli ETS giocano un ruolo imprescindibile nell'orientare i risultati da ottenere.

L'art. 55 non è meno "proceduralizzato" rispetto alle procedure ad evidenza pubblica: quelle definite nel Codice del Terzo settore non sono inferiori alle seconde. Sono disciplinate su un piano diverso.

Nell'art 4 della legge delega n. 106/2016 si afferma che uno degli obiettivi della riforma è la semplificazione normativa e la necessità di definire i rapporti pubblico-privati in un'ottica di maggiore valorizzazione del ruolo e funzioni degli enti non profit, finanche nella fase di co-programmazione e che gli affidamenti devono avvenire "secondo modalità improntate al rispetto di standard di qualità e impatto sociale del servizio, obiettività, trasparenza e semplificazione".

Alla luce dell'impianto normativo brevemente richiamato si comprende perché l'art. 55 giochi un ruolo decisivo nel futuro sviluppo degli enti non profit nei rapporti con la P.A.: l'art. 118 u.c. Cost. potrà trovare una sua effettiva ed efficace implementazione negli strumenti giuridici previsti dall'art. 55 CTS laddove le P.A. insieme agli enti del terzo settore sapranno accettare di attivare procedure che si discostano dalla ricerca di un "vincitore" e dalla conferma di rendite di posizione.

È tuttavia necessario ricordare che gli enti pubblici che intendano attivare percorsi collaborativi attraverso la procedura della co-progettazione devono rispettarne le caratteristiche affinché dette procedure non "mascherino" una procedura ad evidenza pubblica, tipica del settore degli appalti.⁶²

Le finalità di interesse generale perseguite dagli ESD che si qualificano come APS o altra tipologia di ETS legittimano gli stessi ad ottenere la disponibilità di spazi in cui svolgere la propria attività da parte degli enti pubblici.

In questo senso, l'art. 70 ed il successivo art. 71 innovano e regolamentano alcune fattispecie che la consuetudine ha reso di grande interesse negli ultimi anni.

In particolare l'art. 70 del d.lgs. n. 117/2017 stabilisce che le pubbliche amministrazioni possono prevedere forme e modi per l'utilizzazione non onerosa di beni mobili e immobili per manifestazioni e iniziative temporanee degli

⁶¹ È quanto affermato dal giudice costituzionale nella sentenza n. 131 del 2020.

⁶² Per tutti, si vedano, ANAC, delibera n. 200 del 13 marzo 2019, fascicolo n. 70/2019 e Tar Lombardia, sez. I, sentenza 3 aprile 2020, n. 593.

ETS, nel rispetto dei principi di trasparenza, pluralismo e uguaglianza. In occasione di particolari eventi o manifestazioni, per il periodo di svolgimento delle predette manifestazioni e per i locali o gli spazi cui si riferiscono, gli ETS possono somministrare alimenti e bevande in forma semplificata rispetto alle autorizzazioni normalmente richieste.

A quanto sopra si aggiunga anche la previsione di cui all'art. 71, comma 1, d.lgs. n. 117/17, che prevede che "le sedi degli enti del Terzo settore e i locali in cui si svolgono le relative attività istituzionali, purché non di tipo produttivo, sono compatibili con tutte le destinazioni d'uso omogenee previste dal decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 aprile 1968 n. 1444 e simili, indipendentemente dalla destinazione urbanistica". In considerazione della meritorietà delle finalità perseguite dalle APS, le sedi delle loro attività possono essere localizzabili in tutte le parti del territorio urbano, essendo compatibile con ogni destinazione d'uso urbanistico, e a prescindere dalla destinazione d'uso edilizio impresso specificamente e funzionalmente all'area.⁶³

Gli enti pubblici possono anche concedere in comodato beni mobili ed immobili di loro proprietà, che non risultino utilizzati per fini istituzionali, agli enti del Terzo settore, ad eccezione delle imprese sociali, per lo svolgimento delle loro attività istituzionali. La cessione in comodato ha una durata massima di trent'anni, nel corso dei quali l'ente concessionario ha l'onere di effettuare sull'immobile, a proprie cure e spese, gli interventi di manutenzione e gli altri interventi necessari a mantenere la funzionalità dell'immobile.

5. Brevi considerazioni finali

La Riforma del Terzo settore e la recente Riforma dello Sport rappresentano, nella loro azione coordinata e integrata, due provvedimenti normativi in grado di valorizzare il ruolo attivo e propositivo degli ESD.

È, tuttavia, doveroso precisare che trattandosi di riforme in parte "sospese nel tempo",⁶⁴ non è agevole fornire un quadro giuridico di riferimento stabile, condizione che inevitabilmente produce incertezza per gli enti sportivi dilettantistici.

Nelle more del completamento ovvero dell'entrata in vigore delle disposizioni richiamate nei paragrafi precedenti, è comunque possibile svolgere alcune riflessioni di carattere conclusivo in ordine ai possibili scenari nell'ambito dei quali gli ESD possono cooperare con le pubbliche amministrazioni.

Gli ESD costituiscono organizzazioni complesse, cui l'ordinamento giuridico affida il perseguimento di finalità di interesse generale, riconoscendone pertanto una funzione pubblica. Questa funzione legittima e giustifica le specifiche previsioni normative che informano i rapporti tra ESD e pubblica amministrazione, nell'ottica di stabilire una "corsia preferenziale" per i medesimi che, tuttavia, in ragione dello specifico obiettivo, troverà una propria espressione nell'ambito delle forme maggiormente invalsi dei contratti di appalto e di concessione, anche nella loro declinazione innovativa rappresentata dal project financing, ovvero negli istituti giuridici cooperativi disciplinati dal Codice del Terzo settore.

Sebbene le procedure ad evidenza pubblica e i rapporti collaborativi indichino modalità alternative, essi sono funzionali al perseguimento delle finalità di interesse generale che gli ESD sono chiamati a realizzare.

Gli interventi, i servizi e le attività oggetto dell'azione degli ESD sono spesso – come ricordato – complessi e implicano responsabilità affatto marginali. In questa prospettiva, degna di nota è la previsione contenuta nel d.lgs. n. 38/2021 in ordine alla possibilità per gli ESD di presentare progetti di fattibilità in rete tra i medesimi enti, anche al fine di rafforzare e supportare la loro capacità realizzatrice.

⁶³ Sul punto, si veda Tar Abruzzo, sez. I, sentenza 25 ottobre 2019, n. 519, nella quale i giudici amministrativi hanno ribadito che l'art. 71, d.lgs. n. 117/2017 integra una disposizione che, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 della Costituzione), intende promuovere e favorire le associazioni private che realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi".

⁶⁴ Del rinvio dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 38/2021 si è già detto; per quanto riguarda gli ETS, al momento in cui si scrive non è ancora stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la data di attivazione del Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (Runts) e, a seguito dell'approvazione dell'art. 1, comma 66, d.l. n. 77/2021 (c.d. "Decreto Semplificazioni" 2021), è stata fissata al 31 maggio 2022 la scadenza per provvedere agli adeguamenti degli statuti delle organizzazioni di volontariato e delle associazioni di promozione sociale potendo ricorrere alle maggioranze semplici.

L'ordinamento giuridico nazionale, anche grazie alle recenti riforme che nel presente contributo si è cercato di analizzare, ha previsto una serie di forme e istituti giuridici a presidio delle finalità sociali degli ESD, mettendo gli stessi in grado di operare anche sul "mercato". In quest'ottica, gli ESD potranno sviluppare progettualità, sinergie e organizzazioni finalizzate a realizzare le finalità di pubblica utilità che il diritto ad essa assegna, anche in funzione di promozione della coesione e solidarietà sociale, obiettivo tanto meritorio quanto necessario nell'attuale emergenza epidemiologica.

Nella cornice sopra delineata, gli enti locali possono, in forza dell'autonomia organizzativa e regolamentare che li caratterizza, approvare, con proprie determinazioni, regolamenti ovvero linee guida attraverso cui disciplinare i rapporti giuridici di carattere collaborativo, al fine di sfruttare al meglio tutte le potenzialità di azione che gli ESD sono in grado di elaborare e di proporre quale contributo al perseguimento delle finalità di interesse pubblico.