

LA FINANZA DI PROGETTO PER LA REALIZZAZIONE ED AMMODERNAMENTO DI IMPIANTI SPORTIVI FRA CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E NORMATIVA SPECIALE

Giacomo Santi

Ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico nell'Università di Bologna

Abstract

Uno dei contenuti più significativi rinvenibili nella disciplina del Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 38 ("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") riguarda la peculiare disciplina della cd. "finanza di progetto" finalizzata all'ammodernamento ed alla realizzazione di impianti sportivi di proprietà pubblica o comunque insistenti su aree pubbliche. L'istituto è analizzato alla luce della disciplina della finanza di progetto contenuta nel Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2024) recentemente modificata dal Decreto legislativo n. 209/2024 al fine dare risposta ad una procedura di infrazione della Commissione Europea nell'ambito della quale sono stati sollevati plurimi elementi di contrasto con il diritto europeo.

Parole chiave: Finanza di progetto, Costruzione impianti sportivi, Concessioni

Abstract

One of the most significant contents to be found in the discipline of Legislative Decree No. 38 of February 28, 2021 ("Measures on the reorganization and reform of safety standards for the construction and operation of sports facilities and of the regulations on the modernization or construction of sports facilities") concerns the peculiar discipline of the "project finance" aimed at the modernization and construction of publicly owned sports facilities. The institute is analyzed in the light of the discipline of project finance contained in the Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2024) recently amended by Legislative Decree No. 209/2024 in order to respond to an infringement procedure of the European Commission under which multiple elements of contrast with European law were raised.

Keywords: Project financing, Construction of sports facilities, Public contracts

1. Finanza di progetto e decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici (Decreto legislativo 31 dicembre 2024): il problema della compatibilità con l'ordinamento unionale.

Uno dei contenuti indiscutibilmente più significativi rinvenibili nella disciplina del Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 38 ("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") riguarda la peculiare disciplina della cd. "finanza di progetto" finalizzata all'ammodernamento ed alla realizzazione di impianti sportivi di proprietà pubblica o comunque insistenti su aree pubbliche.

Intento dichiarato della riforma del 2021 (sulla scorta dei principi e criteri direttivi di cui alla legge di delegazione 8 agosto 2019, n. 86) è proprio la creazione di un quadro normativo idoneo per la programmazione d'investimenti capace anche di attrarre nel mercato della impiantistica sportiva i capitali privati attraverso:

- la semplificazione e accelerazione delle procedure amministrative e la riduzione dei termini procedurali finalizzate prioritariamente agli interventi di recupero e riuso degli impianti sportivi esistenti o di strutture pubbliche inutilizzate;¹
- l'individuazione di un sistema che preveda la possibilità di affidamento diretto dell'impianto già esistente alla società o associazione utilizzatori, in presenza di determinati requisiti, oggettivi e coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, che assicurino la sostenibilità economico-finanziaria della gestione e i livelli di qualità del servizio.

A tal proposito, si pone la problematica della armonizzazione della disciplina speciale di cui all'art. 4. del citato decreto (che era già stata oggetto di un intervento di adeguamento a seguito dell'entrata in vigore – 1° aprile 2023 – e della successiva intervenuta efficacia – 1° luglio 2023 – del nuovo codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36) rispetto alla significativa riforma dell'istituto della finanza di progetto operata dal Decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209.²

In particolare, con l'art. 48, D.lgs. n. 209/2024 è stato integralmente sostituito l'articolo 193 del nuovo codice dei contratti pubblici, che, come noto, regola l'affidamento dei partenariati pubblico-privati contrattuali (*in primis*, nella forma del contratto di concessione) attraverso appunto la "finanza di progetto", espressione con cui nell'ordinamento nazionale si rappresenta al contempo (ed in un'ottica prettamente economico-finanziaria) una tecnica di finanziamento

¹ Ampia la nozione di "impianto sportivo" recata dall'art. 1, d.lgs. n. 38/2021 definita come "la struttura, all'aperto o al chiuso, preposta allo svolgimento di manifestazioni sportive, comprensiva di uno o più spazi di attività sportiva dello stesso tipo o di tipo diverso» (cd. monovalente /polivalente), «nonché di eventuali zone spettatori, servizi accessori e di supporto»

² Ampiissima è stata l'attenzione sull'istituto della "finanza di progetto" che la dottrina ha mostrato sin dal suo primo apparire, avvenuto con la legge n. 415/1998 (cd. "Legge Merloni ter"). Fra i tanti contributi si segnalano F. Merusi, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. Trim. App.*, 1999, n. 2, 223 ss.; S. Scotti Camuzzi, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni ter*, in *Banca borsa*, 2002, n. 1, 1 ss.; S. Amorosino-R. Sciuto, *Il promotore privato di opere pubbliche*, in A. Bargone-P. Stella R. (a cura di) *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Milano 2001, 594 ss.; F. Caringella-M. Protto, *Il project financing*, in F. Caringella-G. De Marzo (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano 2003; G.F. Ferrari, *Finanza di progetto: i profili di diritto costituzionale e comunitario*, in G.F. Ferrari-F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004, 11 ss.; F. Fracchia, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, ivi, 34 ss.; G.F. Cartei, *La finanza di progetto: modello e varianti*, in *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di) *Finanza di progetto e Partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015; C. Malinconico, *Finanza di progetto*, in M.A. Sandulli-R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V, Milano 2019, 229 ss.

di commesse, per quanto qui interessa, pubbliche (costituendo in questo senso traduzione della locuzione anglosassone “project financing”)³ ed un modello procedimentale di scelta del *partner* nelle operazioni di partenariato pubblico-privato (caratterizzate, per espressa scelta del legislatore nazionale nel D.lgs. n. 36/2023, per l’allocazione in capo al soggetto privato del “rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi – art. 174, comma 1, lett. c – cfr. infra).

Il “project financing” viene peraltro comunemente rappresentato come una soluzione alternativa al finanziamento esclusivo delle opere da parte delle Amministrazioni pubbliche o al ricorso unicamente al mercato, offrendo la possibilità di combinare finanziamenti pubblici e privati.⁴

Con la riscrittura dell’art. 193, D.lgs. n. 36/2023 sono dichiarati intenti del legislatore sia la messa in pratica degli impegni presi con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) al fine di chiarire (per affermati fini promozionali ma con esiti invero dubbi) l’applicazione dello strumento della finanza di progetto ad affermati fini promozionali⁵, sia – e questo è il dato che appare maggiormente rilevante – l’introduzione di norme specifiche per garantire trasparenza e pubblicità nella selezione delle proposte di progetti di fattibilità al fine di tenere conto dei rilievi mossi dalla Commissione europea con la procedura d’infrazione INFR (2018)2273.

³ La locuzione anglosassone “Project financing” non costituisce una categoria strettamente giuridica, rappresentando “una tecnica finanziaria che consente il finanziamento di un’iniziativa attraverso la costituzione di un veicolo *ad hoc*, tecnicamente *Special Purpose Vehicle* (SPV). In quanto tecnica finanziaria, si applica ai progetti con autonoma capacità di generare ricavi, attraverso una struttura contrattuale di allocazione dei rischi con due obiettivi principali: a) limitare gli impegni a carico dei finanziatori (o *sponsor*); b) garantire le ragioni di credito degli *sponsor* mediante i flussi di cassa attesi dal progetto”. In tal senso il “Project financing” è stato definito come un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale il finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell’unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell’unità economica come garanzia collaterale del prestito” (P.K. Nevitt, *Project Financing*, Bari, 1998). L’Autorità Nazionale Anticorruzione ha evidenziato che “sono tre le caratteristiche immanenti di tale operazione: 1. la finanziabilità del progetto, intesa come verifica della produzione dei flussi di cassa sufficienti a coprire i costi operativi, a remunerare il capitale di debito e a garantire un utile agli sponsor quale remunerazione del capitale di rischio; 2. il *ring fencing*, ossia la definizione di un nuovo soggetto, lo *Special Purpose Vehicle* (Spv), al quale vengono affidati i mezzi finanziari per la realizzazione del progetto con contestuale separazione del progetto dal bilancio degli *sponsor* (operazione *off balance*); 3. la costituzione di idonee garanzie, non solo a favore delle banche finanziatrici (*‘security package’*)” (così Autorità Nazionale Anticorruzione, determinazione n. 10 del 23 settembre 2015, Linee guida per l’affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell’art. 153 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

⁴ Questo strumento si inserisce in modo trasversale tra gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), in particolare nelle misure per la concorrenza e nella riforma del settore degli appalti e delle concessioni pubbliche. Di conseguenza, rientra sia nella “M1C2-I1-12 Riforma 2 - Leggi annuali sulla concorrenza” sia nella “M1C1-I73-quinquies Riforma 1.10 - Entrata in vigore di nuove disposizioni giuridiche sul finanziamento dei progetti”. Per quanto riguarda la misura “M1C1-73-quinquies Riforma 1.10” sono state introdotte nuove misure con l’obiettivo di migliorare la professionalizzazione, anche attraverso la formazione, e di incentivare l’acquisizione di qualificazioni. Attraverso questa specifica misura si è deciso di riformare il sistema del “project financing” con l’obiettivo di rendere più efficienti gli affidamenti e di incentivare una maggiore concorrenza nell’affidamento delle concessioni.

⁵ Così Relazione Illustrativa al “Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

(“Non conformità del diritto italiano alle Direttive 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU, e agli articoli 49 e 56, TFUE”) con la quale sono stati eccepiti svariati contrasti fra la disciplina nazionale sui contratti pubblici e la normativa europea.⁶ Tre sembrano essere, con riferimento alla disciplina nazionale della finanza di progetto, i principali profili censurati in sede europea:

Oltre alla rappresentata procedura di infrazione, risultano pendenti due questioni interpretative di fronte alla Corte di Giustizia Europea in punto alla compatibilità della disciplina della “finanza di progetto” nazionale (in primis, con riferimento al riconoscimento in capo al promotore del diritto di prelazione all’aggiudicazione) rispetto all’ordinamento unionale in particolar modo sotto il profilo della violazione del principio della parità di trattamento, conseguente alla individuazione del promotore (con attribuzione allo stesso del diritto di prelazione) prescindendo dalla previa individuazione in un documento pubblicato dei criteri di valutazione della proposta: questione peraltro risalente nel tempo e mai definitivamente sopita. Sul punto deve essere *in primis* sottolineato come la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nella Bozza di nuovo codice dei contratti pubblici presentata nel dicembre 2022, aveva previsto che, in alternativa al diritto di prelazione, fosse possibile disporre il riconoscimento a favore del promotore di un “punteggio premiale” (cd. “sistema alla cilena”): ciò, peraltro, solo nell’ipotesi di interventi programmati ai sensi dell’art. 175, comma 1, D.lgs. n. 36/2023 e con necessità che detto criterio fosse espressamente prefigurato in sede di programmazione. Ha rilevato sul punto la Commissione speciale del Consiglio di Stato come il sistema della prelazione “data la diversa posizione attribuita al promotore, scoraggia la partecipazione di operatori di altri paesi europei che non hanno familiarità con questo meccanismo, incidendo negativamente sui loro investimenti in Italia”. Inoltre “questo sistema rischia di generare incentivi perversi secondo cui i concorrenti scelgono di partecipare alla gara e offrire sconti economici con la finalità di comprimere il margine di profitto del promotore. Il risultato di questi sconti potrebbe essere un prezzo inizialmente più vantaggioso per l’amministrazione pubblica, ma con grandi rischi per la qualità della performance nelle fasi successive del progetto. [...] Negli studi messi a disposizione dagli economisti si evidenzia che il trattamento favorevole nei confronti del proponente originario è particolarmente significativo anche nei sistemi con bonus points, soprattutto quando il credito d’offerta è elevato. I Paesi che utilizzano sistemi di punteggio premiale fissano i punti bonus a valori generalmente tra il 5 e il 20 per cento dei punti totali che possono essere guadagnati nella valutazione. ... Nella pratica questo si traduce nell’introduzione di sistemi di modularità del punteggio in base alle caratteristiche del progetto.[...] Pratiche che assegnano premi maggiori a progetti più innovativi, invece, incentivano l’innovazione in quanto stimolano i soggetti privati a investire maggiormente ex-ante in progetti che hanno maggiore possibilità di ricevere il premio legato all’innovazione (Cons. Stato, Comm. spec., Commissione speciale del Consiglio di Stato, nella Relazione del 7 dicembre 2022 agli articoli ed allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”). Vero è che, con ordinanza 7 giugno 2023, n. 5615, la V sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea questione pregiudiziale in ordine alla possibile contrarietà dell’art. 183, comma 15, D.lgs. n. 50/2016 (per vero speculare, per il profilo qui di interesse, all’art. 193, D.lgs. n. 36/2023 ante Correttivo 2024) “al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo”. Deve essere peraltro doverosamente precisato come, in sede di remissione, la Sezione ha espressamente sottolineato come, a suo giudizio, la disposizione in questione non violasse il diritto eurounitario richiamato, mal attagliandosi alla fase di scelta del proponente “la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell’oggetto del procedimento e dunque della proposta”. Ciò in quanto, sempre ad avviso della Sezione, “la scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto non è un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto uno strumento tramite il quale l’amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare”. Invero il legislatore del Correttivo 2024 pare – evidentemente “sollecitato” dalla Commissione UE – essere stato di diverso avviso: in termini l’ordinanza che ha sollevato ulteriore questione interpretativa alla Corte di Giustizia (Ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449) ove si legge che posto che la disciplina italiana della finanza di progetto:

- garantisce l’aggiudicazione al promotore, anche se l’offerta migliore è stata presentata da altro candidato;

1. la possibilità per un operatore economico di presentare proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi al di fuori di un quadro predefinito dall'Amministrazione e quindi senza garanzia del rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione⁷;
2. il riconoscimento del diritto di prelazione a favore del promotore dell'operazione⁸;

-
- per tale motivo non premia necessariamente il soggetto che ha presentato l'offerta preferibile per l'amministrazione, che, altrimenti, non si renderebbe necessario esercitare la prelazione;
 - non delimita l'ambito di applicazione dell'istituto, richiedendo che l'oggetto del contratto in gara abbia caratteristiche volte a circoscrivere l'utilizzo dell'istituto, che non siano limitate alla tipologia di finanziamento e alla rispondenza all'interesse pubblico;
 - non presuppone il carattere innovativo della proposta, in termini di caratteristica intrinseca dell'oggetto della proposta o di novità dello stesso rispetto alla precedente attività svolta dall'amministrazione;
 - non richiede una trasparenza iniziale in ordine alla posizione privilegiata del promotore [...], posto che la prelazione è resa nota con l'avvio della gara successiva alla presentazione della proposta, mentre la posizione privilegiata trova causa in una condotta precedente a detta comunicazione;
 - difetta di garanzie e moduli procedurali in caso vi siano più promotori che presentano una proposta", sussistono motivi "per dubitare che i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi e la direttiva, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, nonché l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, se ritenuta applicabile, ostino alla disciplina della clausola di prelazione contenuta nell'art. 183 comma 15 del D.lgs. 50/2016" (ed all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 *ante* Correttivo 2024).

⁷ Stigmatizzata è stata più precisamente la possibilità per gli operatori economici di presentare spontaneamente proposte definite in tutti gli aspetti (tecnico, prestazionale, contrattuale ed economico-finanziario) fuori da uno schema procedimentale stabilito *ex ante*, a fronte di un ruolo dell'Amministrazione committente ridotto alla facoltà di richiedere *ex post* integrazioni/modifiche del progetto presentato dall'operatore nell'ambito di un dialogo bilaterale anteriore all'approvazione del progetto di fattibilità posto a base della successiva procedura ad evidenza pubblica. Necessario per contro, a giudizio della Commissione, che l'Amministrazione committente assuma un ruolo attivo, volto a delineare, *a priori*, il bisogno pubblico cui si vuole supplire e le caratteristiche essenziali dei lavori e servizi richiesti, oggetto dell'affidamento. Solo a seguito di detta delineazione, l'interazione con gli operatori del mercato potrebbe tradursi in una consultazione trasparente e nel confronto di diverse opzioni, in condizioni di concorrenza effettiva. Per contro, la possibilità per un operatore economico di definire un progetto sotto tutti gli aspetti operativi – e quindi di determinare l'oggetto dell'affidamento – risulta, per la Commissione, già di per sé idonea ad avvantaggiare indebitamente il proponente, rendendolo naturalmente più adatto a realizzare un progetto da lui ideato. Senza contare infine che il meccanismo censurato crea un obbligo per l'eventuale aggiudicatario diverso dal promotore di realizzare un progetto altrui e rappresenta una limitazione discriminatoria della libertà di operatori diversi dal promotore di presentare proposte effettivamente alternative (e non solo varianti migliorative).

⁸ Il problema della conformità dell'istituto del diritto di prelazione tradizionalmente contemplato nella disciplina nazionale della finanza di progetto rispetto all'ordinamento unionale non è certo recente, riproponendosi anche a distanza di anni; cfr. sulla questione G. Fidone – B. Raganelli, *Finanza di Progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. "prelazione" del promotore*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 949 ss. Con l'ultimo procedimento di infrazione europeo citato nel presente elaborato ne viene ribadito il contrasto (qualificato come palese) con i principi di parità di trattamento e non discriminazione, oltre che con la *ratio* della direttiva 2014/23 (direttiva concessioni). La possibilità per l'operatore che ha presentato la proposta progettuale qualificata come di pubblico interesse dall'Amministrazione committente (il promotore) di estromettere il primo aggiudicatario dichiarando semplicemente l'impegno ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte da quest'ultimo (in assenza, peraltro, di qualsiasi discrezionalità dell'amministrazione in merito di tale estromissione) è reputata dalla Commissione UE come tale da sortire, comportando l'assunzione di significativi oneri, un palese effetto disincentivante alla partecipazione alla procedura di gara di operatori economici diversi dal promotore stesso, riducendosi la gara a un mero

3. la previsione, nel caso di aggiudicazione ad operatore diverso dal promotore, di un diritto del secondo di vedersi riconosciuto dal primo le spese di predisposizione della proposta.⁹

La nuova disposizione nazionale¹⁰ precisa anzi tutto un aspetto che la previgente norma riconosceva ma senza conferirvi una autonoma valenza (cfr. art. 193, comma 11, D.lgs. n. 36/2023, nel testo anteriore alla novella del 2024).¹¹ Nel nuovo articolo 193, viene in particolare espressamente riproposta (anche se in termini dissimili rispetto a quanto previsto nel regime di cui all'art. 183 del codice dei contratti pubblici previgente, D.lgs. n. 50/2016) la distinzione fra la figura della finanza di progetto ad iniziativa pubblica (per proposte incluse nella programmazione di cui all'art. 175, comma 1¹²) e quella della finanza di progetto ad iniziativa privata (che può riguardare anche interventi non contemplati nella programmazione): per entrambe le ipotesi vengono introdotti, nell'ambito della disciplina dell'iniziativa, puntuali ed innovativi vincoli di trasparenza in capo ai soggetti aggiudicatori (enti concedenti), in primo luogo nell'ipotesi in cui un operatore economico, prima della presentazione di una formale proposta di finanza di progetto, presenti all'Amministrazione/ente concedente – fatto questo meramente eventuale ma ravvisabile nella prassi – una preliminare manifestazione di interesse relativa ad un data operazione/progetto di partenariato.

Per entrambe le tipologie procedimentali, viene quindi codificata una fase – come detto, meramente eventuale – preliminare a quella di predisposizione e presentazione della rituale proposta che sarà poi oggetto di valutazione di fattibilità (e di dichiarazione di pubblico interesse), nell'ambito della quale, appunto, l'operatore/gli operatori interessato/i sono legittimati a presentare all'ente concedente una manifestazione di interesse, preliminare e preordinata alla possibile presentazione di una proposta di finanza di progetto. Detta manifestazione di interesse, finalizzata all'assunzione dei necessari elementi conoscitivi sulla possibile operazione, può essere corredata dalla richiesta delle informazioni e dei dati reputati necessari per la elaborazione della proposta.

requisito burocratico con scarsa valenza concorrenziale effettiva (considerato che le possibilità concrete di vittoria risultano praticamente nulle).

⁹ La previsione, ad opinione della Commissione, costituisce una ulteriore barriera all'ingresso di altri operatori in violazione ancora dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione ispiratori delle direttive in materia di contratti pubblici. In particolar modo considerando che, mentre l'aggiudicatario diverso dal promotore deve farsi carico delle spese per la predisposizione della proposta (comprendente anche dei diritti sulle opere dell'ingegno), in assenza della predisposizione di un meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva di tali spese, il promotore che esercita la prelazione è tenuto solo al pagamento (a favore dell'originario aggiudicatario) di spese soggette ad onere probatorio stringente (“documentate ed effettivamente sostenute”).

¹⁰ Per una prima analisi al regime della finanza di progetto introdotto dal d.lgs. n. 209/2024, cfr. L. Limberti, *La nuova finanza di progetto*, in G.F. Carlei -D. Iaria, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2025, in corso di pubblicazione.

¹¹ Il riferimento è al comma 11 dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 (*ante* Correttivo 2024) secondo cui “L'ente concedente può sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, con le modalità disciplinate nel presente Titolo”.

¹² Si tratta del “programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato”.

Qualora l'ente concedente comunichi all'operatore economico che ha presentato la manifestazione di interesse la sussistenza di un interesse pubblico all'elaborazione della proposta (circostanza questa pressoché scontata nel caso in cui l'intervento sia contemplato nella programmazione), i dati e le informazioni richiesti non sono quindi solo trasmessi all'operatore richiedente ma anche pubblicati, a beneficio di potenziali ulteriori interessati, nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.

Dopo la fase eventuale della manifestazione d'interesse, la procedura si differenzia a seconda della circostanza che l'iniziativa sia pubblica o privata.

Nel caso di finanza di progetto su iniziativa privata, che prescinde quindi dalla pubblicazione di un avviso pubblico, il procedimento – fatta salva la pre-fase della manifestazione di interesse, meramente eventuale - ha avvio (art. 193, comma 2, come mod.) con la presentazione all'ente concedente da parte di un operatore economico ("in qualità di promotore") di una proposta relativa alla realizzazione tramite concessione (di lavori o servizi) – o altro contratto di partenariato pubblico privato - di interventi come detto anche non inclusi nella programmazione del partenariato pubblico-privato.¹³ Con la presentazione della proposta ha quindi avvio la "prima fase di pubblica evidenza" (cd. "fase di valutazione delle proposte")¹⁴, finalizzata all'"individuazione del soggetto che sarà titolato all'esercizio della prelazione" ad esito della seconda fase dell'evidenza pubblica.¹⁵

Per tentare di dare riscontro alle censure unionali – senza che la soluzione possa invero essere con certezza reputata pienamente soddisfacente - si è inteso quindi bilanciare il mantenimento del tradizionale diritto di prelazione (che sotto il profilo strettamente civilistico è in realtà un diritto di opzione) a favore del "promotore" dell'iniziativa (che a seguito del Correttivo 2024, come si vedrà, è da individuarsi nell'operatore economico "che supera il primo vaglio competitivo" eventualmente anche rispetto ad altri operatori *competitors*, ove presenti - cfr. infra)¹⁶ con meccanismi procedurali che, nelle intenzioni del legislatore, sarebbero finalizzati a garantire trasparenza e pubblicità nell'attribuzione di quell'indiscutibile vantaggio competitivo che è sempre stato il riconoscimento del richiamato diritto di prelazione ad un operatore economico ai fini dell'affidamento del contratto. Quanto ai contenuti di detta proposta di finanza di progetto, rispetto alla formulazione originaria, il D.lgs. n. 209/2024 ha precisato che la stessa deve comprendere - oltre alla bozza di convenzione, al piano economico-finanziario asseverato dell'operazione e la "specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione" - il progetto di fattibilità da redigersi in coerenza con l'articolo 6-bis dell'Allegato I.7, d.lgs. n. 36/2023

¹³ Ammissibile ovviamente anche l'ipotesi che più operatori presentino distinte proposte di finanza di progetto relative alla medesima operazione.

¹⁴ Nei seguenti termini la *Relazione Illustrativa* al "Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36".

¹⁵ Per una ricostruzione dell'istituto anche in un'ottica comparatistica, cfr. M. Ricchi, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza, law & economics*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 139 ss.

¹⁶ La conferma del riconoscimento del diritto di prelazione è finalizzata ad "incentivare le imprese private a presentare proposte (e progetti) di qualità fin dall'inizio della procedura" (così *Relazione illustrativa*, cit.).

(anch'esso di nuova introduzione)¹⁷ e "l'indicazione dei requisiti generali e speciali del promotore". Per assicurare il rispetto del principio di trasparenza, viene innovativamente specificato che della/le proposta/e spontaneamente presentata/e – qualora l'ente concedente ne verifichi la rispondenza all'"interesse pubblico" e la "relativa coerenza con la programmazione di cui all'art. 175, comma 1" - sia data notizia nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dello stesso ente concedente, che provvede, altresì ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni e commisurato alla complessità del progetto presentato dal promotore, per la presentazione di proposte relative al medesimo intervento da parte di altri operatori economici (cui è attribuita la qualifica di "proponenti"). Rispetto al regime previgente viene quindi espressamente contemplato non solo un regime di pubblicità delle proposte ma anche un confronto fra la proposta presentata dall'operatore "promotore" e le proposte presentate dagli eventuali operatori cd. "proponenti" al fine della selezione di una o più proposte su cui verterà il proseguo della procedura: nel caso in cui più di uno siano gli operatori che hanno presentato una proposta ai sensi del comma 3, il confronto avverrà sia fra le diverse proposte dagli stessi presentate sia fra queste e le proposte degli operatori "proponenti".¹⁸

Quanto alle modalità di detta selezione preliminare, la nuova disposizione si limita a precisare che la stessa debba avvenire "in forma comparativa sulla base di criteri che tengano conto della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente" sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I¹⁹, D.lgs. n. 36/2023 e che debba perfezionarsi entro un termine (ragionevolmente ordinario) di quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle proposte da parte dei "proponenti". A valle della citata selezione, è previsto, quale adempimento di congiunzione rispetto alla "procedura

¹⁷ "La previsione che la «proposta di fattibilità» presentata nel caso di finanza di progetto ad iniziativa di parte sia semplificata rispetto al progetto di fattibilità tecnico economica ordinaria" è stata contemplata "al fine di evitare che la procedura diventi troppo onerosa per gli operatori privati" (così *Relazione illustrativa*, cit.). Viene disposto in particolare che "per le concessioni di lavori, ai fini della valutazione di fattibilità delle proposte presentate ai sensi dell'articolo 193, il promotore o il proponente presenta un progetto di fattibilità composto almeno dai seguenti elaborati: a) relazione generale; b) relazione tecnica relativa al contesto territoriale nel quale l'opera è inserita, contenente anche una descrizione dell'opera medesima; la relazione è altresì corredata dagli approfondimenti richiesti dal RUP in funzione della natura e dell'ubicazione dell'intervento; c) relazione preliminare di sostenibilità dell'opera; d) elaborati grafici tipologici delle opere (planimetrie, prospetti e sezioni tipo); e) computo metrico estimativo preliminare dell'opera, coerente con gli elaborati grafici tipologici di cui alla lettera d); f) cronoprogramma". Per le concessioni di servizi invece è previsto che "il progetto di fattibilità" sia "composto almeno dai seguenti elaborati a) una relazione tecnico-illustrativa, che identifica gli elementi tecnici, economici e finanziari dell'investimento e specifica i costi del servizio in rapporto alle sue componenti, come identificate nel documento di specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché agli elementi evidenziati nel piano economico finanziario della proposta; b) il cronoprogramma di attuazione dei servizi" (Art. 6-bis, Allegato I.7, D.lgs. n. 36/2023).

¹⁸ La definizione di un termine congruo per la formulazione di proposte alternative è essenziale al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento e di concorrenza effettiva, tenuto conto che il promotore non è stato sottoposto a limiti di tempo.

¹⁹ Trattasi dei principi del "risultato" (art. 1), "della fiducia" (art. 2), "dell'accesso al mercato" (art. 3), dei "principi di buona fede e di tutela dell'affidamento" (art. 5), "di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale" (art. 6), di "autonomia contrattuale" (art. 8); di "conservazione dell'equilibrio contrattuale" (art. 9), "di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione" (art. 10), di "applicazione dei contratti collettivi" (art. 11).

di valutazione” di cui al comma 6, che l’ente concedente pubblichi sul proprio sito istituzionale e comunichi ai “*soggetti interessati*” (si ipotizza siano da individuarsi nelle figure del “promotore” e dei “proponenti”) le proposte così selezionate.

A questo punto, l’ente concedente, qualora reputi che l’approvabilità della/delle proposta/ste selezionate necessiti dell’introduzione di modifiche al relativo progetto di fattibilità, piano economico-finanziario e schema di convenzione, inviterà il promotore (e gli eventuali ulteriori proponenti) a procedere di conseguenza, convocando eventualmente conferenza di servizi preliminare ai sensi dell’articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (finalizzata a indicare le condizioni per ottenere i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati, per l’approvazione del relativo progetto di fattibilità) onde verificare preliminarmente la possibilità per il progetto superare l’*iter* approvativo.

L’accoglimento delle modifiche ed integrazioni richieste dall’ente concedente ed il conseguente adeguamento della documentazione (tecnica-economica-contrattuale) della proposta da parte del promotore/dei proponenti nel termine indicato dallo stesso ente concedente è considerato presupposto ineludibile al potenziale accoglimento della proposta stessa. Tanto che, in caso contrario, “le proposte sono respinte con provvedimento motivato” (comma 6).

Fatta salvo quanto sopra, entro il termine di sessanta giorni²⁰, “differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie”, deve concludersi, con provvedimento espresso oggetto di pubblicazione e di comunicazione ai “soggetti interessati”, la “procedura di valutazione” delle proposte ad esito della quale sarà quindi individuata la proposta che, previa approvazione del relativo progetto ai sensi dell’art. 38, D.lgs. n. 36/2023, sarà oggetto del confronto competitivo finale nella successiva (e conclusiva) “fase dell’affidamento”.²¹

L’individuazione di detta proposta dovrà ovviamente svolgersi “in forma comparativa” in caso di “pluralità di proposte ammesse”. La disposizione non precisa oltre sulle modalità/criteri attraverso cui detta valutazione comparativa debba avvenire: ragionevolmente i termini di apprezzamento parrebbero essere gli stessi di quelli definiti al comma 5 (maggiore corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici finanziari ai fabbisogni dell’ente concedente). Elemento di non immediata rispondenza rispetto al quadro unionale in tema di contratti pubblici (considerata la conferma del diritto di prelazione) potrebbe essere invero proprio il laconico riferimento ai sopra citati “criteri” attraverso cui procedere alla valutazione comparativa delle proposte: la piena compatibilità rispetto alla disciplina europea in tema sia di concessioni che di appalti imporrebbe che detti criteri siano definiti (quantomeno in ordine decrescente di importanza) negli atti preliminari della procedura (*in primis* nel bando) onde consentire agli operatori interessati di formulare la propria offerta (o anche solo proposta) conoscendo i profili che saranno oggetto di valutazione.

²⁰ Non risulta esplicitato quale sia il *dies a quo* da cui calcolare la decorrenza di detto termine. Si può ipotizzare che lo stesso possa diversamente identificarsi a seconda che vi sia stata o meno la presentazione di più di una proposta (ai sensi del comma 3 o del comma 4) relativa alla medesima operazione.

²¹ Così *Relazione illustrativa*, cit.

Ai fini di suddetta approvazione (ed al successivo inserimento del progetto negli strumenti di programmazione dell'ente) viene disposto che il progetto di fattibilità semplificato oggetto della proposta venga integrato con gli ulteriori elaborati contemplati dall'art. 6 dell'Allegato I.7 (che disciplina i contenuti del progetto di fattibilità tecnico-economica "ordinario").

A seguito del perfezionamento di quanto sopra, la procedura contemplata dal D.lgs. n. 209/2024 tende a riproporre – salvo quanto di seguito precisato - quanto già previsto dalla versione dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2024, *ante* Correttivo 2024.

Pertanto, a seguito dell'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progetto di fattibilità tecnica ed economica approvato, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico finanziario, sono posti a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione²², con procedura di affidamento da aggiudicarsi sulla base del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo (art. 108, D.lgs. n. 36/2023)²³ con previsione dell'esercizio del diritto di prelazione riconosciuto al promotore ovvero – precisazione, questa, innovativa discendente dalle nuove peculiarità della fase di valutazione delle proposte - ad un proponente.

Deve quindi essere ribadito come, a seguito della riscrittura dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023, il diritto di prelazione venga quindi riconosciuto all'operatore che ha presentato il progetto oggetto di approvazione ad esito della "fase di valutazione delle proposte" e quindi posto a base della procedura di affidamento finale: pertanto – elemento innovativo rispetto al previgente regime - l'operatore titolare del diritto di prelazione può non coincidere con l'originario promotore.

Al pari di quanto previsto *ante* Correttivo 2024, in sede di gara, i concorrenti (il promotore o l'eventuale proponente, ed altri operatori *competitors*), in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal bando, presentano quindi un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico economica e le eventuali modifiche allo schema di convenzione posti a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.

L'aggiudicazione viene disposta a favore "del soggetto che ha presentato la migliore offerta" sulla base degli elementi di valutazione previsti nel bando: entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione "il promotore ovvero il proponente" (del progetto di fattibilità approvato e posto a base della procedura di affidamento) non risultato aggiudicatario, "può esercitare, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario".²⁴ È peraltro

²² Gli obblighi di trasparenza sono assolti ai sensi dell'articolo 28, D.lgs. n. 36/2023 nel rispetto delle disposizioni sulla riservatezza di cui all'articolo 35 e delle deroghe relative ai contratti secretati di cui all'articolo 139, D.lgs. n. 36/2023 (art. 193, comma 8, D.lgs. n. 36/2023).

²³ "In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente può prevedere criteri di aggiudicazione premiali, volti a valorizzare l'apporto di ciascuna offerta agli obiettivi di innovazione, sviluppo e digitalizzazione" (art. 193, comma 13, D.lgs. n. 36/2023).

²⁴ "Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive

vero che la conferma del diritto di prelazione a favore dell'operatore selezionato in esito alla fase preliminare della procedura (promotore o proponente) non gestita nel pieno rispetto della disciplina unionale in tema di contratti pubblici, qualificandosi ancora come vantaggio competitivo attribuito allo stesso, potrebbe ancora apparire come strumento di compensazione non adeguato (o sproporzionato), finendo ancora una volta a disincentivare altri operatori a partecipare alla procedura di gara (senza contare che il promotore/proponente prescelto risulterebbe già sensibilmente avvantaggiato dalla sua approfondita conoscenza pregressa del progetto da lui stesso predisposto).

L'opponibile considerazione secondo cui la *ratio* del diritto di prelazione risiederebbe nella opportunità di promuovere operazioni di partenariato che contemplino investimenti privati per la realizzazione di opere di interesse pubblico, soprattutto a fronte della insussistenza in capo alle amministrazioni delle risorse e competenze tecniche necessarie (ove il diritto di prelazione rappresenterebbe una forma di tutela e remunerazione per l'operatore che si impegni a presentare una documentazione complessa e specifica con assunzione elevati oneri tecnici ed economici) potrebbe non essere invero decisiva in un'ottica strettamente unionale. Potrebbe essere difatti sottolineato come il quadro ordinamentale europeo dei contratti pubblici contempli istituti che – sebbene con ottica e portata dissimile – affrontano le esigenze sopra rappresentate, *in primis* quello delle “consultazioni preliminari di mercato” (art 41, direttiva appalti 2014/24, recepito anche nella disciplina nazionale in tema di appalti pubblici) finalizzato a consentire alle amministrazioni committenti di avere contatti con gli operatori del mercato per la preparazione della documentazione di gara, salvo poi imporre alle stesse di adottare misure adeguate affinché la concorrenza non sia falsata dalla previa partecipazione di un determinato operatore.

E con il non minimale corollario che, nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, il candidato od offerente interessato può essere escluso dalla procedura. Assumendo come riferimento il descritto istituto, non si può non evidenziare (come elemento di stridore) la contrapposizione fra il rimedio, sebbene residuale, previsto dal legislatore europeo (esclusione dell'operatore avvantaggiato), rispetto all'assegnazione al promotore/proponente del progetto a base di gara, di un diritto di opzione sull'aggiudicazione del contratto confermato nella disciplina nazionale della finanza di progetto contenuta nel Decreto Correttivo 2024. Precisato quanto sopra, nella diversa ipotesi di finanza di progetto a iniziativa pubblica (art. 193, commi 16 e 17, d.lgs. n. 36/2023) – caratterizzata da un doppio momento di pubblicità preventiva - è lo stesso ente concedente ad avviare la procedura con la pubblicazione di apposito avviso, finalizzato a sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, interventi già inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato tramite la presentazione, entro un

anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore ovvero il proponente esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore ovvero del proponente, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo” (art. 193, comma 12, d.lgs. n. 36/2023, succ. mod. integr.)

termine non inferiore a sessanta giorni, di proposte redatte nel rispetto e con i contenuti contemplati dalle già analizzate disposizioni inerenti la finanza di progetto ad iniziativa privata (spec. art. 193, comma 3, D.lgs. n. 36/2023).

Come già evidenziato, la pubblicazione dell'avviso può essere disposta anche in ragione e conseguenza della presentazione di manifestazioni di interesse da parte di operatori interessati alla presentazione di una proposta ai sensi del comma 2 dell'art. 193.

Considerato peraltro che la presentazione delle proposte avviene in carenza di un progetto di fattibilità da porre a base della procedura, gli operatori economici interessati a rispondere all'avviso possono richiedere all'ente concedente di fornire integrazioni documentali per una migliore formulazione delle proposte, che, oltre ad essere trasmesse al richiedente, sono rese disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione sul relativo sito istituzionale.

La presentazione della/delle proposta/e riconduce ad unità il procedimento in esame con quello già analizzato della finanza di progetto ad iniziativa privata: ad esito della "fase di valutazione delle proposte" verrà quindi individuato il progetto di fattibilità da approvare (previa integrazione, se necessario) e da porre a base della successiva procedura ad evidenza pubblica di affidamento, aperta anche ad ogni altro operatore in possesso dei requisiti previsti nel relativo bando. Anche nell'ambito di detto procedimento – considerato che lo stesso trova proprio avvio in un avviso pubblico e che la scelta del progetto da approvare deve avvenire in forma comparativa "sulla base di criteri che tengano conto della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente" sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I (art. 193, commi 5 e 6, D.lgs. n. 36/2023) - è riconosciuto il diritto di prelazione a favore dell'operatore che ha presentato il progetto selezionato ad esito della prima fase.²⁵

2. La finanza di progetto per la realizzazione ed ammodernamento di impianti sportivi nel Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 38.

2.1 Inquadramento generale ed ambito applicativo. Soggetti attori e pluralità di regimi.

Ai fini dell'analisi delle peculiarità della disciplina di cui al D.lgs. n. 38/2021 deve essere preliminarmente tenuto in conto che, per quanto riguarda le operazioni di finanza di progetto

²⁵ L'avvio di un procedimento di finanza di progetto ad iniziativa potrebbe consentire agli enti concedenti di indicare nell'avviso pubblico di cui all'art. 193, comma 16 (anche in solo ordine di rilevanza, cfr. art. 185, comma 3, D.lgs. n. 36/2023) i profili/elementi che – ferma restando la centralità della rispondenza della proposta ai fabbisogni dell'ente - costituiranno oggetto di apprezzamento ai fini della selezione e successiva approvazione della proposta, introducendo quindi un ulteriore elemento atto a dissipare ogni dubbio circa il perplesso rispetto al diritto europolitano dei contratti pubblici ed ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione di derivazione UE che, secondo quanto rilevato dalla Commissione UE (già in passato ma da ultimo nella citata procedura d'infrazione INFR (2018)2273.) caratterizzerebbe, come a più riprese sottolineato, la prima fase del procedimento di finanza di progetto (spec. in ragione del riconoscimento all'operatore presentatario della proposta selezionata del diritto di prelazione sull'aggiudicazione).

relativi agli impianti sportivi, l'art. 4, comma 11, del citato decreto, dispone che le previsioni del codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, in materia di finanza di progetto trovano applicazione, "per quanto non diversamente disciplinato", dallo stesso art. 4 del D.lgs. n. 38/2021 che si pone quindi in termini di specialità rispetto alla disciplina generale dell'istituto.

Considerato peraltro che la previsione sopra riportata si confronta con il regime della finanza di progetto *ante* Correttivo 2024 (risalendo le ultime novelle del citato art. 4 al 2023), il rapporto fra normativa generale e speciale e gli elementi di differenziazione fra le due – di cui di seguito si evidenzieranno i tratti essenziali – non può quindi prescindere dalla considerazione dei motivi che, in via prevalente, hanno condotto alla riforma del 2024 dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2025, in *primis* le già sottolineate censure di difformità rispetto all'ordinamento unionale sollevate dalla Commissione UE.

La lettura combinata dell'art. 1, comma 1 ed dell'art. 4 comma 1, D.lgs. n. 38/2021 definisce l'ambito operativo – sotto il profilo delle tipologie di interventi assentibili²⁶ - della finanza di progetto nel settore, che può riguardare sia l'ammodernamento, la ristrutturazione, la costruzione di impianti sportivi ("con particolare riguardo alla sicurezza degli stessi e dei loro fruitori e degli spettatori"), sia, più in generale "tutti gli interventi comunque necessari per riqualificare le infrastrutture sportive non più adeguate alle loro esigenze funzionali".

Caratteristica essenziale, per la ricomprensione di uno o più di detti interventi in un'operazione di "finanza di progetto" ai sensi del D.lgs. n. 38/2021 è la loro necessaria riferibilità ad impianti sportivi da realizzare (o esistenti) su aree di proprietà pubblica o ad impianti pubblici esistenti (art. 4, comma 11, D.lgs. n. 38/2021).

Sono quindi equiparati, ai fini dell'applicazione del regime di cui all'art. 4, comma 11, sia gli interventi su (o relativi a) impianti di proprietà pubblica sia quelli relativi ad impianti di proprietà privata ma insistenti su area pubblica (in forza, ad esempio, della costituzione a favore del *partner* privato di un diritto di superficie sulla stessa area) sia la realizzazione di nuovi impianti su area destinata al patrimonio pubblico a seguito di espropriazione. Con formula invero oscura, sono peraltro ricompresi nell'ambito applicativo della disciplina speciale sulla "finanza di progetto" relativa all'impiantistica sportiva anche gli interventi contemplati "nelle ipotesi espressamente previste dal d.lgs. n. 36/2023".

Non è escluso che con detta invero non felice espressione il legislatore abbia voluto in qualche modo comprendere interventi relativi ad impianti privati ma significativamente sovvenzionati dalla mano pubblica²⁷: fattispecie questa non espressamente contemplata dal vigente codice dei contratti pubblici (mentre risultava prevista all'art. 1, comma 2, lett. a del previgente D.lgs.

²⁶ Nel presente lavoro ci si soffermerà esclusivamente sull'utilizzazione della finanza di progetto per la realizzazione di interventi di tipo edilizio/impiantistico: ci si permette di ricordare come il medesimo strumento possa essere utilizzato anche ai fini della mera gestione di un impianto sportivo (eventualmente comprensiva della esecuzione di interventi manutentivi accessori).

²⁷ Sul punto cfr. *infra* la specifica previsione di cui al comma 12 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021.

n. 50/2016)²⁸, ma comunque riconosciuta – nei limiti ivi definiti - dalla normativa unionale (spec. art. 13, Direttiva 2014/24/UE).²⁹ Precisato quanto sopra, costituiscono in ogni caso interventi da reputarsi prioritari quelli da realizzarsi mediante recupero di impianti esistenti o relativamente a impianti localizzati in aree già edificate (art. 4 comma 11, D.gs. n. 38/2021).³⁰

L'analisi della normativa speciale può quindi focalizzarsi sul profilo dei soggetti che possono assumere il ruolo di proponente, inteso, nella disciplina del D.lgs. n. 38/2021, come il soggetto che presenta la proposta inerente all'operazione.³¹

In primo luogo, la normativa contempla come possibile proponente “il soggetto che intende realizzare l'intervento” che può presentare la proposta anche “di intesa con una o più delle Associazioni o Società sportive dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto”.

Ferma restando la possibilità eventuale di previa intesa con l'Associazione/Società sportiva utilizzatrice, qualunque operatore può quindi assumere il ruolo di proponente, salvo ovviamente il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 94-98, d.lgs. n. 36/2023), di idoneità professionale e di capacità economica e tecnici richiesti al promotore-proponente nella disciplina sulla finanza di progetto di cui al Codice dei contratti pubblici (in tal senso l'art. 4, comma 6, secondo periodo, D.lgs. n. 38/2021). In questo caso, la proposta sarà oggetto di un procedimento che sfocerà in un confronto competitivo fra proponente (in qualità di “promotore”) e potenziali *competitors* disciplinato dal comma 11 del citato art. 4, D.lgs. n. 38/2021 e dal D.lgs. n. 36/2023 per quanto, come detto, non diversamente disciplinato dal suddetto art. 4, con previsione di diritto di prelazione in capo al primo (cfr. *infra*). In secondo luogo – elemento di chiara specificità rispetto alla prima ipotesi comunque collocata, con le precisazioni di cui si dirà, nell'alveo della disciplina generale della finanza di progetto – la proposta può essere presentata anche dalla sola Associazione o Società sia dilettantistica che professionistica utilizzatrice dell'impianto (art. 4, comma 12, D.lgs. n. 38/2021); prescindendo quindi da accordi di *partnership* con altri operatori. In questa ipotesi il legislatore parrebbe introdurre una importante (quanto discutibile, per lo meno sotto alcuni aspetti, sotto il profilo della conformità rispetto all'ordinamento

²⁸ Sulla questione della mancata previsione nella disciplina del D.lgs. n. 36/2023 di una specifica disciplina dei contratti sovvenzionati cfr. ANAC, Atto di Segnalazione del 18 ottobre 2023, “Concernente l'articolo 13 e l'allegato II.4, articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 31/3/2023, n. 36”.

²⁹ La disciplina unionale sugli appalti è estesa anche ai contratti “sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici e il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a 5 538 000 EUR, nel caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività: [...] ii) lavori di edilizia relativi a [...] impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero”.

³⁰ La previsione si colloca nel più ampio quadro della valorizzazione di beni pubblici; proprio con riferimento alle infrastrutture sportive, cfr. L. Coen-E. Zorino, *Ristrutturazione e gestione di un impianto sportivo: un caso di valorizzazione “atipica”*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2016, 43, ss. in generale sulla nozione e portata della “valorizzazione”, cfr., fra gli altri, L. Mercati, *La collaborazione tra pubblico e privato nella gestione e nei processi di valorizzazione del patrimonio pubblico*, 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, 2011, 481 ss.; ID., *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009.

³¹ Risulta comunque compatibile con il regime speciale la (eventuale) presentazione di “manifestazioni di interesse” preliminari alla presentazione della proposta contemplata dall'art. 193, comma 2, D.lgs. 36/2023 come modificato dal Correttivo 2024.

unionale) , deroga rispetto alla disciplina sopra illustrata, escludendo, sembra anche ai fini del perfezionamento del rapporto, l'applicazione del comma 11 dell'art. 4, nonché delle "previsioni del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36" e degli "altri riferimenti al codice dei contratti pubblici di cui al presente decreto". Ove si intendesse assumere la riportata deroga nella sua più ampia accezione potrebbe essere quindi sostenuto che, a fronte di una proposta formulata da un'Associazione/Società sportiva (anche professionistica!) relativa ad un impianto dalla stessa utilizzato, si potrebbe prescindere da qualsivoglia confronto competitivo con altri potenziali *competitors* (cfr. *infra*). Ciò sempre che l'operazione – se di un certo rilievo economico - non contempli una significativo apporto di capitali pubblici: viene espressamente disposto difatti che l'ampissimo regime di deroghe sopra descritte non operi (con riespansione quindi, anche in questa ipotesi, della disciplina di cui al comma 11 ed al codice dei contratti pubblici) nel caso in cui i lavori oggetto dell'intervento oggetto della proposta risultino di importo superiore ad 1 milione di euro e le sovvenzioni pubbliche dirette riconosciute a favore dell'Associazione/Società sportiva superino il 50% di detto importo (periodo 5 del comma 12)³². Una lettura più prudente dalla fattispecie di cui al comma 12 potrebbe peraltro limitare la portata delle deroghe agli affidamenti dei lavori disposti dall'Associazione/Società sportiva in sede esecutiva a valle del perfezionamento del procedimento (periodo 4 del comma 12): detta lettura peccherebbe peraltro di congruenza sotto un profilo sistematico laddove è la stessa disposizione del comma 12 periodo 4 a contemplare un regime di deroghe specifico relativo agli affidamenti della Associazione/Società sportiva cui l'operazione viene imputata ("Tranne nei casi tassativamente previsti dall'ordinamento dell'Unione europea per le sole opere di urbanizzazione, le Società e le Associazioni sportive possono procedere liberamente all'affidamento dei lavori").

Salve, le deroghe espressamente disposte dal comma 12 e le specifiche previsioni in esso contenute anche a questa fattispecie trovano comunque applicazione le "misure di semplificazione e di incentivazione" di cui all'art. 4 (su cui *infra*), ovviamente applicabili anche nel caso in cui il proponente non sia una Associazione/Società sportiva (dilettantistica o professionistica) utilizzatrice dell'impianto.

Vengono infine individuati fra i possibili soggetti promotori degli interventi di cui all'art. 4, D.lgs. n. 38/2021, "gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del Regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015 e l'Istituto per il Credito Sportivo" (art. 4, comma 18 bis).

In tal caso, "fermo il regime di maggiore semplificazione previsto dalla normativa vigente, trovano" comunque "applicazione, in relazione ad interventi su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti le disposizioni di cui agli articoli 193 e seguenti del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36" (con equiparazione quindi alla

³² Trattasi di disposizione retaggio di quanto disposto dall'articolo 1, comma 2, lettera a), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, abrogato dal D.lgs. n. 36/2023.

prima fattispecie di proponente sopra prospettata, salve le peculiarità in punto di qualificazione degli investitori istituzionali contemplate dall'art. 198, comma 3, D.lgs. n. 36/2023).³³

Salva, probabilmente, l'ipotesi enunciata dal comma 12 (proposte formulate da Associazioni/Società dilettantistiche/professionistiche utilizzatrici di un impianto che contemplano lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro o che, sebbene di importo superiore, non prevedano il riconoscimento a favore dell'Associazione/Società sportiva di sovvenzioni pubbliche dirette superiori al 50% dell'importo complessivo dei lavori stessi), le operazioni oggetto di proposta ai sensi dell'art. 4 sono assoggettate alla disciplina prevista dall'art. 9 e dagli artt. 174 ss. D.lgs. n. 36/2023, relativi all'allocatione dei rischi e al raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario nelle concessioni (art. 4, comma 2). Se da un lato quindi suddette operazioni dovranno essere caratterizzate dall'assunzione, da parte del proponente/operatore realizzatore del "rischio operativo" di natura economica connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, che può comportare l'eventualità del mancato recupero in condizioni operative normali degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per realizzare i lavori o per prestare i servizi oggetto dell'operazione³⁴, troverà al contempo applicazione il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9, d.lgs. n. 36/2023) secondo cui ove sopravvengano "circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali".³⁵

³³ "Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, anche al di fuori della finanza di progetto, possono partecipare alla gara, associandosi o consorziandosi con operatori economici in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori o dei servizi, qualora gli stessi ne siano privi. Gli investitori istituzionali possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali possono altresì subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta" (art. 198, comma 3, D.lgs. n. 36/2023).

³⁴ Il "rischio operativo" deve essere inteso "come rischio di" (reale) "esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta", comunque al di fuori del controllo delle parti, "tale per cui ogni potenziale perdita stimata, subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile" (art. 5, par. 1, direttiva 2014/23/UE). Il "rischio operativo", il cui trasferimento all'operatore economico caratterizza, può quindi appalesarsi, alternativamente o anche cumulativamente (art. 5, par. 1, direttiva 2014/23/UE) come: – "rischio sul lato della domanda" e quindi come rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto; – "rischio sul lato dell'offerta", qualificato come rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto; in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda. Per un'approfondita analisi sulle svariate posizioni dottrinali in merito alla qualificazione del rischio operativo sul lato dell'offerta, cfr., fra gli altri, G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in G.F. Cartei, M. Ricchi, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, 37 ss. 601 ss.; F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, 751 ss.

³⁵ Come sottolineato dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nella Relazione allo Schema di Codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022, cit., con l'art. 9 è stata introdotta una significativa innovazione "che

Pur sempre nei limiti del ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento "senza alterarne la sostanza economica".³⁶

trova ancoraggio nelle finalità sottese a vari principi e criteri della legge delega (ed attraverso la quale si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale. La norma regola il fenomeno identificato nella prassi internazionale con il termine *hardship* e riconosciuto da diversi sistemi giuridici (*frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta), da tempo oggetto di considerazione nella regolazione dei rapporti privati internazionali. A venire in rilievo, sono contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di *hardship*. L'articolo, dunque, mira a disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, interesse del creditore alla prestazione. Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c. La disposizione nell'introdurre un generale rimedio di natura legale per la gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali, ha un duplice contenuto: definisce le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma e sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte. Per quanto attiene al primo aspetto, coerentemente con la portata generale della previsione, la disposizione reca riferimento ad eventi che integrano determinati requisiti:

- deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili;
- i rischi concretizzati da tali eventi non devono essere stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;
- tali eventi devono determinare una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto e non devono essere riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile. Essa deve, pertanto, essere interpretata restrittivamente e richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale. È necessario, poi, che tali rischi non siano stati volontariamente assunti dalla parte, sebbene non sia necessaria una assunzione espressa. Solo ove risultino integrati tutti i requisiti indicati nel primo comma della disposizione viene riconosciuto alla parte svantaggiata, sulla quale grava, conformemente alle regole generali, l'onere di fornire i relativi elementi a comprova, il diritto alla rinegoziazione. Nel richiedere la rinegoziazione la parte svantaggiata deve conformarsi al generale principio di buona fede, con un contegno che dovrà essere riguardato anche nella considerazione della particolare qualificazione dei soggetti interessati, sia che si tratti degli operatori economici sia che si tratti della parte pubblica.

³⁶ "La rinegoziazione ha l'esclusiva finalità di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto e con considerazione, quindi, anche del bando e del provvedimento di aggiudicazione. La finalità è, dunque, quella di circoscrivere la libertà dei contraenti: l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere precipuamente volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica" (così Comm. Spec. Cons. Stato, Relazione, cit.).

2.2 La prima fase. La presentazione del Documento di fattibilità delle alternative progettuali, la conferenza di servizi preliminare e la (eventuale) dichiarazione di pubblico interesse.

Premesso quanto sopra, tratti comuni della disciplina speciale di cui all'art. 4 per tutte le ipotesi da esso contemplate sono i seguenti:

- il procedimento ha avvio, salva possibile presentazione di manifestazioni di interesse a fini informativi di cui all'art. 193, comma 2, succ. mod., con i conseguenti obblighi di pubblicità, con la presentazione non del “progetto di fattibilità tecnico-economica” (PFTE), ma del “Documento di fattibilità delle alternative progettuali” (DOCFAP) predisposto ai sensi dell'Allegato I.7 D.lgs. n. 36/2023 (spec. art. 2), corredato da un Piano economico-finanziario³⁷, finalizzato all'individuazione, 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 fornire³⁸, nonché “da un elaborato volto ad illustrare il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento e dell'impatto sociale del medesimo e da un documento recante sintesi dei principali termini e condizioni volti a regolare i rapporti tra soggetto affidatario ed amministrazione” (art. 4, comma 1, D.lgs. n. 38/2021). Ci si potrebbe peraltro chiedere, anche alla luce degli ulteriori passaggi procedurali che verranno evidenziati successivamente, se la scelta del legislatore speciale di prevedere sempre e comunque (e quindi anche di intervento già previsto nella programmazione)) che il procedimento abbia avvio con la presentazione del DOCFAP (e non direttamente con il “progetto di fattibilità tecnico-economica” – magari semplificato - come nella disciplina ordinaria della finanza di progetto di cui all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 – cfr. sub par. 1) sortisca effettivamente quell'effetto semplificatorio auspicato dalla legge di delegazione;
- nel caso di intervento su impianto preesistente da dismettere, il DOCFAP può prevederne la demolizione e ricostruzione, anche con volumetria e sagoma diverse, ai sensi

³⁷ Come nel caso di finanza di progetto ex art. 193, D.lgs. n. 36/2023, Il Piano Economico Finanziario (PEF) è il documento che esplicita i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione per l'intera durata del contratto. Esso si sviluppa attraverso un sistema di conti interdipendenti che permette di valutare la convenienza economica di un progetto d'investimento e la capacità del progetto di rimborsare il debito e di remunerare il capitale di rischio. Il PEF costituisce, inoltre, lo strumento che consente di stimare la redditività del progetto, giustificando l'entità di tariffe o di canoni proposti, nonché l'eventuale necessità di contributi pubblici in conto investimenti a fronte della realizzazione del progetto.

³⁸ Il DOCFAP è, nella normativa generale dei contratti pubblici, un documento che precede la progettazione di fattibilità in cui sono individuate ed analizzate le possibili soluzioni progettuali alternative ed in cui si dà conto della valutazione di ciascuna alternativa, sotto il profilo qualitativo, anche in termini ambientali, nonché sotto il profilo tecnico ed economico. Se nella disciplina del d.lgs. n. 36/2023 (art. 37, comma 2) lo stesso deve essere obbligatoriamente predisposto solo “nel caso di lavori di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a)” ai fini del loro inserimento nella programmazione triennale (con l'eccezione dei lavori di manutenzione ordinaria) – e comunque non è contemplato nella peculiare normativa sulla finanza di progetto, nella disciplina speciale sull'impiantistica sportiva di cui all'art. 4, d.lgs. n. 38/2021, la redazione e presentazione dello stesso è stata assunto come necessitato momento necessario (indipendentemente dal valore dell'investimento) da cui si dipana la procedura di approvazione del progetto e conclusione del rapporto negoziale con il soggetto realizzatore.

dell'articolo 3, comma 1, lettere d) (“interventi di ristrutturazione edilizia”)³⁹, e f) (“interventi di ristrutturazione urbanistica”)⁴⁰, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, comunque nel rispetto della disciplina urbanistica vigente sull'area⁴¹;

- fatto salvo il rispetto delle misure di sicurezza antincendio, “in caso di ristrutturazione o di nuova costruzione di impianti sportivi con una capienza inferiore a 500 posti al coperto o a 2.000 posti allo scoperto”, è possibile prevedere, “all'interno dell'impianto sportivo, in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti delle regioni e degli enti locali”, la destinazione “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” (comma 15, art. 4, D.lgs. n. 38/2021).
- a fini promozionali, il DOCFAP può “prevedere il pieno sfruttamento a fini commerciali, turistici, educativi e ricreativi di tutte le aree di pertinenza dell'impianto in tutti i giorni della settimana”;
- il DOCFAP, nell'ipotesi di impianti pubblici omologati per una capienza superiore a 16.000 posti, “può prevedere che, a far tempo da cinque ore prima dell'inizio delle competizioni ufficiali e fino a tre ore dopo la loro conclusione, entro 300 metri dal perimetro dell'area riservata, l'occupazione di suolo pubblico per attività commerciali sia consentita solo all'associazione o alla società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto sportivo”, con correlata sospensione nella stessa giornata e per lo stesso periodo di tempo delle autorizzazioni e le concessioni di occupazione di suolo pubblico già rilasciate ad altri soggetti all'interno di dette aree (art. 4, comma 2, d.lgs. n.

³⁹ Sono definiti “d) «interventi di ristrutturazione edilizia», gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti. Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi altresì gli interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per l'istallazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico. L'intervento può prevedere altresì, nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana. Costituiscono inoltre ristrutturazione edilizia gli interventi volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza”.

⁴⁰ Sono definiti “f) «interventi di ristrutturazione urbanistica», quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi, anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale”.

⁴¹ Tema centrale nell'ambito delle problematiche relative agli interventi infrastrutturali su impianti sportivi italiani è quello della sussistenza di vincoli storico-artistici; cfr. sul punto, G. Garzia, *L'ammodernamento degli stadi di interesse culturale. Il caso dello stadio “Meazza” di Milano*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2023, 409 ss.

38/2023).⁴² Nell'ipotesi di impianti sportivi pubblici omologati per una capienza compresa tra 5.000 e 16.000 posti, la facoltà sopra contemplata trova applicazione entro 150 metri dal perimetro dell'area riservata, restando ferme e impregiudicate, in questa distinta ipotesi, la validità e l'efficacia delle autorizzazioni e delle concessioni di occupazione di suolo pubblico già rilasciate".

- nello stesso DOCFAP – e fatta salva l'allocazione del rischio operativo in capo al soggetto proponente - lo stesso (che sia Associazione/Società sportiva o meno) può inoltre proporre, ove reputata necessaria "ai fini del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa o della valorizzazione del territorio in termini sociali, occupazionali, economici, ambientali e di efficienza energetica", anche "la costruzione di immobili con destinazioni d'uso diverse da quella sportiva" sempre che "siano complementari o funzionali al finanziamento o alla fruibilità dell'impianto sportivo" e compresi "nell'ambito del territorio urbanizzato comunale"⁴³. Con il D.lgs. n. 120/2023 è stato eliminato il requisito della contiguità: detti immobili, quindi, possono essere localizzati in aree non contigue all'impianto sportivo oggetto di costruzione o di ristrutturazione dell'impianto sportivo. Resta ferma – anche a seguito delle modifiche di cui al citato D.lgs. n. 120/2023 - la preclusione alla "realizzazione di nuovi complessi di edilizia residenziale"; ancora al fine di "assicurare il raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa" (da intendersi ragionevolmente come contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria⁴⁴) nonché per "assicurare adeguati livelli di bancabilità e l'eventuale

⁴² In tal caso è previsto a carico a carico dell'associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto sportivo di un onere di indennizzo a favore dei titolari delle autorizzazioni/concessioni, salvi diversi accordi tra il titolare e la medesima associazione o società sportiva (art. 4, comma 4, D.lgs. n. 36/2023).

⁴³ L'area del territorio urbanizzato è definita dalla pianificazione urbanistica generale comunale.

Esemplificativamente, l'art. 32, della L.R. Emilia Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24 dispone che il Piano Urbanistico generale "PUG, individua il perimetro del territorio urbanizzato, il quale comprende: a) le aree edificate con continuità a prevalente destinazione residenziale, produttiva, commerciale, direzionale e di servizio, turistico ricettiva, le dotazioni territoriali, le infrastrutture, le attrezzature e i servizi pubblici comunque denominati, i parchi urbani nonché i lotti e gli spazi inedificati dotati di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti; b) le aree per le quali siano stati rilasciati o presentati titoli abilitativi edilizi per nuove costruzioni o siano state stipulate convenzioni urbanistiche attuative; c) i singoli lotti di completamento individuati dal piano vigente alla data di entrata in vigore della presente legge e collocati all'interno delle aree edificate con continuità o contermini alle stesse; d) i lotti residui non edificati, dotati di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti in quanto facenti parte di un piano urbanistico attuativo, comunque denominato, attuato o in corso di completamento. Non fanno parte del territorio urbanizzato: a) le aree rurali, comprese quelle intercluse tra più aree urbanizzate aventi anche un'elevata contiguità insediativa; b) l'edificato sparso o discontinuo, collocato lungo la viabilità e le relative aree di pertinenza e di completamento; c) le aree permeabili collocate all'interno delle aree edificate con continuità che non siano dotate di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti; d) le aree di pertinenza delle infrastrutture per la mobilità, collocate al di fuori delle aree edificate con continuità".

⁴⁴ Per "convenienza economica" si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito; per "sostenibilità finanziaria" si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

coinvolgimento degli operatori bancari e finanziari pubblici e privati”⁴⁵, il DOCFAP può infine prevedere a favore del proponente (alternativamente o cumulativamente):

- a) il riconoscimento di un “prezzo”. Trattasi di termine non da intendersi – seguendo la disciplina di derivazione europea in tema di contratti di concessione - quale corrispettivo/controprestazione per le prestazioni eseguite nell’ambito di un rapporto di natura sinallagmatica ma come contributo finanziario a supporto dell’equilibrio della sostenibilità economico finanziaria dell’operazione;
- b) il rilascio di garanzie, misure di sostegno da parte del comune o di altre amministrazioni o enti pubblici;
- c) la cessione del diritto di superficie sull’area occupata (o su cui è localizzata la realizzazione) dall’impianto (con ogni effetto ex lege sulla proprietà dello stesso) o del diritto di usufrutto sull’impianto;
- d) la cessione del diritto di superficie o del diritto di usufrutto di altri immobili di proprietà della pubblica amministrazione;
- e) il trasferimento della proprietà della stessa area/impianto sportivo.⁴⁶

Dal tenore dell’art. 4, comma 2, D.lgs. n. 38/2021 detta misura compensativa pare possa essere proposta solo se il beneficiario della stessa sia “l’associazione o alla società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell’impianto in via prevalente”. Meno chiaro è se questa esclusività sulla figura del beneficiario (che quindi escluderebbe i soggetti possibili proponenti diversi dalle Associazioni/società sportive utilizzatrici, la cui partecipazione alla procedura è peraltro solo eventuale, salva ovviamente l’ipotesi disciplinata dal comma 12) riguardi anche la costituzione di altri reali sull’impianto (lett. c) e – invero ancor meno – la costituzione di diritti reali su altri immobili ed aree pubbliche (lett. d).

In ogni caso, la costituzione del diritto di superficie e del diritto di usufrutto non possono avere una durata superiore a quella contemplata nella disciplina in tema di contratti di concessione (art. 178, D.lgs. n. 36/2023)⁴⁷: anche detto limite non dovrebbe peraltro trovare applicazione, giusta quanto disposto dal comma 12 dell’art. 4, all’ipotesi ivi contemplata.

⁴⁵ Per “livelli di bancabilità” si intendono la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito.

⁴⁶ La cessione del diritto di superficie e di usufrutto ed il trasferimento di proprietà possono essere previsti contemplando rispettivamente un canone o un prezzo a carico del soggetto attuatore.

⁴⁷ Ai sensi del citato art. 178, D.lgs. n. 36/2023, la durata delle concessioni, fermi restando eventuali limiti normativi riferiti a specifiche fattispecie, deve essere sempre determinata dall’ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Peraltro, con riferimento alle sole concessioni ultraquinquennali, la durata non può essere comunque superiore al periodo di tempo “in cui si può ragionevolmente prevedere” – sulla base di una stima valida al momento dell’aggiudicazione della concessione – “che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell’esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale” (art. 178, comma 2, D.lgs. n. 36/2023). Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

Sussistente anche in detta ipotesi il limite di carattere generale secondo cui la cessione del diritto di superficie e di usufrutto non può superare, rispettivamente, la durata di novanta e di trenta anni.

Nel caso di proposta ex comma 12 (presentata quindi dalle sole associazioni/società dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto) è previsto inoltre che il documento di fattibilità possa altresì prevedere:

- la cessione, anche a titolo gratuito a fronte del valore dell'intervento, del diritto di superficie o del diritto di usufrutto sull'impianto sportivo o sulle altre aree contigue di proprietà pubblica per una durata fino a novantanove anni o il trasferimento della proprietà degli stessi alla Società o all'Associazione sportiva. Ciò senza alcun riferimento alla necessità di assicurare (a priori) l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione ma al solo fine (invero dai caratteri oscuri se non discutibili soprattutto ove rivolto ad una Società professionistica) di "contribuire al consolidamento patrimoniale delle Società e Associazioni Sportive proponenti";
- la ridefinizione dei termini contrattuali in essere per l'utilizzo da parte della Società/Associazione sportiva proponente dell'impianto oggetto di intervento, ovvero di altro impianto pubblico esistente, in considerazione dell'intervento di ristrutturazione o nuova costruzione proposto.

Alla presentazione del DOCFAP e relativi allegati consegue – su istanza dell'interessato - una conferenza di servizi preliminare in ordine a suddetto documento di fattibilità (finalizzata a indicare le condizioni per ottenere i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati ai fini della successiva approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica)⁴⁸ la cui convocazione (ad opera del Comune, ente locale o altro ente pubblico interessato⁴⁹) deve essere disposta entro sette giorni dalla richiamata istanza⁵⁰ e concludersi entro quindici giorni dal suo avvio.

Nel corso della conferenza preliminare – e comunque sino all'approvazione del DOCFAP - è prevista la facoltà di chiedere al proponente di procedere alle modifiche progettuali necessarie al fine di superare tempestivamente eventuali lacune o criticità della proposta. Anticipando, almeno limitatamente, la riforma 2024 dell'art. 193, d.lgs. n. 36/2023, l'art. 4, d.lgs. n. 38/2021

⁴⁸ Cfr. art. 14, comma 3, legge n. 241/1990 "Ove si sia svolta la conferenza preliminare, l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza o il progetto definitivo, indice la conferenza simultanea nei termini e con le modalità di cui agli articoli 14-bis, comma 7, e 14-ter e, in sede di conferenza simultanea, le determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel successivo procedimento anche a seguito delle osservazioni degli interessati sul progetto definitivo".

⁴⁹ La medesima disposizione però individua i soggetti competenti alla convocazione della conferenza di servizi nel "sindaco, sindaco metropolitano o presidente della Provincia".

⁵⁰ Nel caso di mancata convocazione della conferenza preliminare nel termine previsto, "il soggetto proponente può presentare una richiesta di convocazione della conferenza di servizi" preliminare "al presidente della Regione o all'assessore delegato in materia di sport, il quale, sentito il sindaco o il sindaco metropolitano o il presidente della Provincia, provvede alla convocazione della conferenza per una data non superiore a 15 giorni dalla data di ricezione della richiesta".

contempla l'ipotesi in cui vengano presentate, con riferimento alla medesima operazioni o ad operazioni analoghe, "istanze concorrenti": in tal caso la conferenza di servizi deve esaminare le stesse in ordine cronologico di protocollazione, "individuando quella da dichiarare di interesse pubblico"⁵¹ e da ammettere al proseguo della procedura (conferenza di servizi decisoria sul progetto di fattibilità tecnico-economica).⁵² È peraltro da chiedersi se, alla luce della nuova disciplina sulla finanza di progetto introdotta dal d.lgs. n. 209/2024 ed alle finalità che ispirano la stessa (*in primis*, sotto il profilo della compatibilità con l'ordinamento unionale), l'indizione della conferenza di preliminare sul DOCFAP debba/possa esser preceduta dagli adempimenti in punto a pubblicità/trasparenza posti dal comma 4 dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 come novellato nel 2024 (cfr. *supra*): consistenti, in particolare, nella pubblicazione del DOCFAP sulla sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'ente con indicazione di un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici di proposte relative al medesimo intervento, cui conseguirà l'individuazione in forma comparativa della soluzione a cui sarà correlato il riconoscimento del diritto di prelazione ad esito della successiva procedura di gara. Ciò a meno che non si intenda maggiormente congruente rispetto alle peculiarità procedurali di cui all'art. 4 (e con le istanze di una effettiva comparabilità fra soluzioni diverse), l'individuazione di detto momento comparativo all'esito dello sviluppo del progetto di fattibilità tecnico-economica (anche se, nella disciplina speciale, la dichiarazione di pubblico interesse avviene invero sul DOCFAP).

Pubblicato nel sito internet istituzionale del comune e nel Bollettino Ufficiale della Regione il verbale conclusivo della conferenza di servizi preliminare⁵³, il Comune o l'ente locale o pubblico interessato, ovviamente ove ne valuti positivamente i contenuti, deve dichiarare, entro il

⁵¹ Era già stato sottolineato nel vigore del D.lgs. n. 50/2016 che nel caso in cui pervengano all'amministrazione aggiudicatrice più proposte spontanee ai sensi dell'art. 183, comma 15, anche a seguito della sollecitazione del mercato, l'amministrazione aggiudicatrice, in ossequio ai canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e ai principi indicati nell'art. 30, comma 1, D.lgs. n. 50/2016, compatibili con la fase di selezione del promotore privato di un'operazione in finanza di progetto, dovrebbe compiere, pur in assenza di una disciplina puntuale, una valutazione quantomeno preliminare rispetto a tutte le proposte presentate, nell'interesse non solo dei singoli operatori economici, ma anche dell'amministrazione stessa al fine di individuare la proposta ritenuta maggiormente rispondente all'interesse pubblico perseguito.

⁵² ANAC, nella Delibera n. 219 del 16 marzo 2021, aveva già sottolineato con riferimento al regime di cui al D.lgs. n. 50/2016, che, "nel caso di sollecitazione del mercato, l'amministrazione potrebbe fissare un congruo termine entro il quale ricevere proposte ai sensi dell'art. 183, comma 15, con l'impegno che sarà poi valutata la fattibilità delle stesse nei termini di legge. Il confronto tra le varie proposte pervenute potrebbe consentire di individuare l'opzione più conveniente e conforme alla pubblica utilità perseguita, nell'ambito di un'istruttoria che, pur conservando un ampio grado di discrezionalità, si svolgerebbe, comunque, attraverso un confronto tra diversi progetti".

⁵³ È peraltro previsto che "nel caso in cui ...la conferenza di servizi preliminare [...], non si concluda con la valutazione favorevole del progetto, il soggetto proponente, sulla base delle motivate osservazioni espresse nel verbale conclusivo della conferenza di servizi, può rappresentare una proposta modificata. In tale ipotesi, si procede direttamente a nuova convocazione della conferenza di servizi decisoria a norma del comma 7" (art. 4, comma 8, D.lgs. n. 38/2021). Trattasi invero di previsione che meglio si attaglia all'ulteriore ipotesi ivi contemplata della valutazione non favorevole del progetto di fattibilità nell'ambito della conferenza di servizi decisoria sul progetto di fattibilità.

termine di sessanta giorni dalla presentazione del DOCFAP medesimo⁵⁴, il pubblico interesse della proposta⁵⁵, confermando la disponibilità a concedere le eventuali forme di contributo pubblico previste nella proposta e nell'allegato piano economico-finanziario ed eventualmente indicando le condizioni necessarie per ottenere i successivi atti di assenso sul "progetto di fattibilità tecnico-economica". Sotto il primo profilo (previsioni di misure di contribuzione o equiparate), nella "determinazione del canone o del prezzo eventualmente dovuto per la cessione dei diritti o per il trasferimento della proprietà e delle altre condizioni contrattuali, così come dell'eventuale concessione di un contributo pubblico o di altre misure di sostegno pubblico, le parti tengono conto dei costi e dei benefici dell'intervento per l'associazione o società sportiva, per la comunità territoriale di riferimento anche in termini di crescita economica, integrazione sociale e riqualificazione urbanistica, nonché di efficienza energetica" (art. 4, comma 5, D.lgs. n. 38/2021).

2.3 La seconda fase – La redazione del Progetto di fattibilità tecnico-economica e la Conferenza di servizi decisoria.

Conclusasi la sub-fase di dichiarazione di pubblico interesse della proposta, il comma 5 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021 prevede che il soggetto proponente la stessa presenti al Comune il progetto di fattibilità tecnico-economica (PFTE) dell'intervento, redatto nel rispetto di quanto disposto dal D.lgs. n. 36/2023 (quindi lo stesso deve ora recare i contenuti previsti dall'articolo 6-bis dell'Allegato I.7, D.lgs. n. 36/2023 introdotto dal D.lgs. n. 209/2024 – cfr. sub par. 1) che deve evidentemente tenere conto delle condizioni indicate in sede di conferenza di servizi preliminare. In ogni caso, detto progetto deve essere corredato:

a) da "una bozza di convenzione" (inquadabile tipologicamente in un contratto di concessione o altro contratto di partenariato pubblico-privato) che, oltre a prevedere che la realizzazione delle opere di urbanizzazione precede o è almeno contestuale alla realizzazione dei lavori di ristrutturazione o di nuova edificazione dell'impianto sportivo, specifichi i criteri generali di esecuzione dei lavori, nonché la durata e le condizioni contrattuali dell'eventuale cessione del diritto di superficie o di usufrutto o della compravendita". In ragione della

⁵⁴ Il mancato rispetto del termine di sessanta giorni determina per il soggetto proponente di richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri o all'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, su istanza del soggetto proponente, di assegnare al Comune o all'ente locale o pubblico interessato o alla Regione, senza indugio e comunque non oltre 15 giorni dalla ricezione dell'istanza, un termine massimo di 30 giorni dalla data di comunicazione per adottare i provvedimenti necessari. Nel caso di inutile decorso di tale termine "il Presidente del Consiglio dei ministri o l'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, sentito il presidente della Regione interessata, nomina un commissario ad acta con il compito di adottare, entro il termine di 30 giorni, sentito il Sindaco del Comune interessato, i provvedimenti necessari" (art. 4, comma 10, D.lgs. n. 38/2021).

⁵⁵ Viene precisato al comma 5 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021 che "i benefici dell'opera di riqualificazione o rigenerazione comprendono anche voci non suscettibili di immediata valutazione economico-patrimoniale, quali ad esempio i vantaggi sociali diretti e indiretti derivanti dall'ospitare l'impianto sportivo utilizzato dall'associazione o società sportiva e l'importanza del radicamento dell'associazione o della società sportiva presso la comunità locale".

insistenza degli interventi oggetto del presente esame di interventi su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti la bozza di convenzione dovrà altresì illustrare e disciplinare “le caratteristiche e i criteri generali dei servizi e della gestione” (art. 4, comma 6, D.lgs. n. 38/2021).

b) da un “piano economico-finanziario” (PEF) corredato da asseverazione⁵⁶ resa da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall’istituto di credito stesso e iscritte all’elenco generale degli intermediari finanziari, o da una società di revisione, che, fra le altre cose, “indichi l’importo delle spese di predisposizione della proposta ed i costi sostenuti per la predisposizione del progetto di fattibilità tecnico-economica e dia conto, anche mediante i ricavi di gestione, dell’effettiva copertura finanziaria dei costi di realizzazione e gestione dell’impianto”.

Ai fini della presentazione del PFTE, il soggetto proponente, fermo restando quanto previsto ai sensi dell’articolo 193, D.lgs. n. 36/2023, deve essere in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dallo stesso codice dei contratti pubblici⁵⁷: ciò fatta salva la già evidenziata eccezione

⁵⁶ L’asseverazione è il documento avente lo scopo di attestare la coerenza e l’equilibrio del PEF, la capacità del progetto di generare adeguati flussi di cassa tali da garantire il rimborso del debito e la remunerazione del capitale di rischio, e dunque la possibilità di realizzare l’opera pubblica con il ricorso al capitale privato, fermi restando gli obblighi di valutazione dell’Amministrazione. Tale valutazione deve avvenire, a titolo esemplificativo, sulla scorta di specifici elementi, desunti dalla documentazione messa a disposizione ai fini dell’asseverazione, quali, esemplificativamente (ed in modo variabile in relazione alla peculiarità della operazione proposta):

- prezzo/contributo che il concorrente intende chiedere all’ente concedente;
- prezzo/canone che il concorrente intende corrispondere all’amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- canone che il concorrente intende corrispondere all’amministrazione;
- tempo massimo previsto per l’esecuzione dei lavori e per l’avvio della gestione;
- durata del contratto;
- struttura finanziaria dell’operazione, comprensiva dell’analisi dei profili di bancabilità dell’operazione in relazione al debito indicato nel piano economico finanziario;
- costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe.

Non rientra, di norma, nell’attività di asseverazione la verifica della correttezza dei dati utilizzati nel PEF.

L’asseverazione del PEF è difatti in via di principio verificata ad attestare la correttezza e la congruità delle poste utilizzate per la sua elaborazione e fornisce una positiva valutazione sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto di gestione del servizio) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento), verificandone l’equilibrio in relazione ai flussi di cassa generati dal progetto, esclusivamente sulla base dei dati forniti dall’operatore (cfr. Atto di regolazione AVCP n. 14 del 5 luglio 2001), essendo rimessa all’amministrazione la valutazione di merito circa la congruità della proposta, la correttezza e la validità degli elementi che sorreggono il piano e la sua idoneità allo scopo (Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2009, n. 3944; Id., 10 novembre 2005, n. 6287).

In altri termini, l’asseverazione è il documento con il quale viene attestata la coerenza e l’equilibrio del PEF, la capacità del progetto di generare adeguati flussi di cassa tali da garantire il rimborso del debito e la remunerazione del capitale di rischio, dunque la possibilità di gestire il servizio con il ricorso al capitale privato nonché la congruenza dei dati del PEF con la bozza di convenzione.

⁵⁷ I riferimenti apparentemente più immediati sono, oltre ai requisiti di ordine generale di cui agli artt. 94-98, D.lgs. n. 36/2023, ai requisiti del concessionario di cui all’art. 33 dell’Allegato II.12, D.lgs. n. 36/2023 secondo cui “1. I soggetti che intendono partecipare alle gare per l’affidamento di concessioni di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dall’articolo 100, comma 4, del codice e dall’articolo 18, comma 11, del presente allegato, con riferimento ai

contemplata dal comma 12 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021 nel caso di peculiari proposte formulate da Associazioni/Società sportive. Al comma 15 dell'art. 4 è previsto che, a fini promozionali, “il soggetto proponente può avere accesso alle soluzioni di finanziamento offerte dall'Istituto per il Credito Sportivo o da altro intermediario bancario o finanziario operante nel settore non-ché, ove possibile, alle agevolazioni offerte a valere sui Fondi speciali gestiti dall'Istituto per il Credito Sportivo e ai servizi tecnici offerti da quest'ultimo”; vengono inoltre consentite, “sempre ai medesimi fini forme di associazione in partecipazione e la costituzione di società miste”.

La presentazione del PFTE e relativi allegati comporta la convocazione di una “conferenza di servizi decisoria” da svolgersi in forma semplificata e in modalità asincrona, ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 1, legge n. 241/1990 alla quale partecipano tutti i soggetti titolari di competenze in ordine al progetto presentato⁵⁸ i quali possono chiedere al proponente di procedere alle modifiche progettuali necessarie al fine di superare tempestivamente eventuali lacune o criticità della proposta stessa.⁵⁹ È peraltro facoltà del Comune o dell'ente locale o pubblico interessato richiedere al proponente modifiche al progetto presentato peraltro nei soli limiti

lavori direttamente eseguiti ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi: a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al 10 per cento dell'investimento previsto per l'intervento; b) capitale sociale non inferiore a un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento; c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al 5 per cento dell'investimento previsto per l'intervento; d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il 2 per cento dell'investimento previsto dall'intervento. 2. In alternativa ai requisiti previsti dal comma 1, lettere c) e d), il concessionario può incrementare i requisiti previsti dal medesimo comma, lettere a) e b), nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra 1,5 volte e tre volte. Il requisito previsto dal comma 1, lettera b), può essere dimostrato anche attraverso il patrimonio netto. 3. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d). 4. Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti dal comma 1 devono essere posseduti complessivamente, fermo restando che ciascuno dei componenti del raggruppamento possieda una percentuale non inferiore al 10 per cento dei requisiti di cui al comma 1, lettere a) e b). 5. Qualora, ai sensi dell'articolo 193 del codice, sia necessario apportare modifiche al progetto presentato dal promotore ai fini dell'approvazione dello stesso, il promotore, ovvero i concorrenti successivi in graduatoria che accettano di apportare le modifiche, devono comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, gli eventuali ulteriori requisiti, rispetto a quelli previsti dal bando di gara, necessari per l'esecuzione del progetto”. Potrebbe peraltro chiedersi se il possesso di detti requisiti possa essere posticipato al successivo momento della “fase dell'affidamento”.

⁵⁸ La convocazione della conferenza di servizi decisoria è di competenza del “Comune” o dell'ente locale o pubblico interessato”, salva l'ipotesi in cui “il progetto comporti atti di competenza regionale”: in tal caso la stessa è convocata dalla Regione. Qualora la conferenza di servizi definitiva non sia stata convocata entro 15 giorni dalla presentazione del PFTE, “le associazioni e le società sportive dilettantistiche e professionistiche possono presentare un'istanza di convocazione al Presidente del Consiglio dei ministri o all'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, la quale, sentito il sindaco ovvero il presidente della Regione, provvede, non oltre 30 giorni dalla data di ricezione dell'istanza, alla convocazione della conferenza, da tenersi entro una data non superiore ai successivi 20 giorni” (art. 4, comma 7, D.lgs. n. 38/2021)

⁵⁹ “Nel caso in cui la conferenza di servizi decisoria ... non si concluda con la valutazione favorevole del progetto, il soggetto proponente, sulla base delle motivate osservazioni espresse nel verbale conclusivo della conferenza di servizi, può ripresentare una proposta modificata. In tale ipotesi, si procede direttamente a nuova convocazione della conferenza di servizi decisoria a norma del comma 7” (art. 4, comma 8, D.lgs. n. 38/2021).

della loro stretta necessità “ai fini della valutazione positiva del progetto”. L’(eventuale) approvazione del PFTE deve avvenire nell’“ottimistico” termine di 60 giorni dalla presentazione dello stesso. Sempre ai sensi del comma 7 dell’art. 4, D.lgs. n. 38/2021, “il verbale conclusivo di approvazione del progetto, che è pubblicato nel sito istituzionale del Comune o dell’ente locale o pubblico interessato nel cui territorio si inserisce il progetto e nel Bollettino Ufficiale della Regione, costituisce”, ove necessario:

- “dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell’opera” comprensiva “anche gli immobili complementari o funzionali” che possono essere ricompresi nella proposta ai sensi del comma 2 “con eventuali oneri espropriativi a carico del soggetto promotore laddove non disciplinato diversamente”;
- “variante allo strumento urbanistico comunale ai sensi e per gli effetti degli articoli 10, comma 1, D.P.R. n. 327/2001, fermo restando in tale ipotesi il rispetto delle garanzie partecipative previste dall’articolo 16 del medesimo D.lgs. n. 327”; in tal caso è necessaria l’acquisizione dell’assenso del rappresentante del comune a ciò delegato.

Ancora in un’ottica semplificatoria, viene poi precisato che il provvedimento approvativo finale, completo dei pareri di competenza degli enti interessati, “sostituisce ogni autorizzazione o permesso comunque denominato necessario alla realizzazione dell’opera”⁶⁰ e “costituisce la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell’opera medesima, ivi compresi gli interventi, sia pubblici, sia privati, da realizzare nelle aree pertinenti” (laddove la proposta di cui al comma 2 li preveda).

Ad ulteriore comprova della “sensibilità” che il legislatore ha inteso mostrare in ordine alla garanzia della sostenibilità (se non addirittura dell’incentivo) delle operazioni di finanza di progetto correlate all’impiantistica sportiva, ancora nello stesso comma 7 dell’art. 4, si ribadisce che “ai fini del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell’iniziativa, il provvedimento finale può prevedere la concessione di contributi pubblici e di altre forme di sostegno pubblico o specifiche esenzioni, deroghe o misure di favore comunque denominate al prelievo tributario di competenza comunale sull’impianto sportivo e le aree e attività economiche connesse.”

2.4 La terza fase. La procedura ad evidenza pubblica

Il PFTE così approvato deve a questo punto essere posto a base della procedura competitiva di affidamento conclusiva del procedimento di finanza di progetto (cd. “fase dell’affidamento”),

⁶⁰ “Fermo restando le procedure di prevenzione incendi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 1° agosto 2011, n. 151, in caso di approvazione del progetto, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione, permesso o nulla osta comunque denominato, finalizzato alla messa in esercizio dell’impianto o all’avvio delle attività complementari o funzionali di cui alla proposta, se già non ricompreso nel verbale conclusivo di approvazione del progetto, è sostituito da una segnalazione dell’interessato all’amministrazione competente ai sensi dell’articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ferme restando le esclusioni e le limitazioni stabilite nel medesimo articolo” (art. 4, comma 9, D.lgs. n. 38/2021).

da celebrare ex art. 4, comma 1, D.lgs. n. 38/2021 e, per quanto non diversamente disciplinato dallo stesso articolo 4, dalle disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici (fra le quali, e in particolare, quelle recate dall'art. 193, D.lgs. n. 36/2023).

Detta procedura deve essere indetta con pubblicazione di apposito bando di gara “dall'amministrazione che ha convocato la conferenza decisoria” e si deve concludere nel termine (oltremodo ristretto al limite dell'irreale, da cui il suo probabile carattere ordinatorio/sollecitatorio)⁶¹ di 120 giorni dalla data di approvazione del PFTE.

Secondo lo schema ravvisabile all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023, nell'ambito della procedura di gara, l'offerta presentata “soggetto proponente” il PFTE posto a base della stessa (“che assume la denominazione di promotore” - art. 4, comma 11, D.lgs. n. 38/2021) si confronterà con le offerte di eventuali *competitors*. In forza del rinvio alla normativa generale, il criterio di aggiudicazione sarà ovviamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità prezzo.

Anche nella disciplina speciale di cui al D.lgs. n. 38/2021, al promotore, qualora non aggiudicatario, è assicurata la possibilità di esercitare il diritto di prelazione entro 15 giorni dall'aggiudicazione stessa e così “divenire aggiudicatario”, “se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario” (anche con riferimento alla disciplina speciale si estendono quindi i dubbi di compatibilità con l'ordinamento unionale espressi sub par. 1).

In questo caso, “l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta” nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento come desumibile dal PFTE posto a base di gara.

Ancora conformemente al disposto dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023, qualora per contro il promotore non aggiudicatario non eserciti la prelazione, lo stesso ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno (nel limite quantitativo sopra indicato)⁶².

⁶¹ Basti considerare come l'art. 1, dell'Allegato I.3, D.lgs. n. 36/2023 (“Termini delle procedure di appalto e di concessione”, prevede, per le procedure da aggiudicarsi, come quella contemplata all'art. 4, comma 11, D.lgs. n. 38/2021, previa pubblicazione di bando applicando ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita un termine che va dai sette mesi (per la procedura competitiva con negoziazione) ai nove mesi (per la procedura aperta) dalla data di pubblicazione del bando, peraltro con possibilità di prolungamento ulteriore nei casi ivi contemplati. Vero è che le conseguenze previste dall'art. 17, comma 3, D.lgs. n. 36/2023 (“Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso”) sono ravvisabili esclusivamente nelle ipotesi di mancato rispetto dei termini contemplati dall'Allegato.

⁶² In un'ottica strettamente unionale potrebbe evidenziarsi che le disposizioni sul pagamento delle spese di predisposizione della proposta (nel caso in cui non venga esercitato il diritto di prelazione) ponendo la remunerazione per il progetto a carico dell'eventuale aggiudicatario non promotore/proponente, sono tali da creare un ulteriore disincentivo alla partecipazione di altri operatori nella gara per l'affidamento del contratto, che incorrerebbero in spese aggiuntive per l'acquisto del progetto.

In questa ipotesi, elemento peculiare della normativa speciale, l'aggiudicatario (diverso dal promotore) è tenuto altresì a subentrare nell'eventuale/eventuali accordo/i concluso dal promotore con le associazioni/società sportive utilizzatrici dell'impianto ai fini della presentazione della proposta iniziale – DOCFAP (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 38/2021).

Come già a più riprese accennato, nel caso di proposta formulata dalla “sola associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto” nella quale siano previsti lavori di importo inferiore a 1 milione di euro ovvero, se previsti lavori di importo superiore a 1 milione di euro, qualora le sovvenzioni pubbliche dirette non superino il 50% di detto importo di importo (periodo 5, comma 12, art. 4, D.lgs. n. 38/2021), all'approvazione del PFTE pare conseguire – in forza del regime di deroghe contemplato nello stesso comma 12 – la conclusione del procedimento ed il conseguente perfezionamento del rapporto di partenariato fra l'ente pubblico proprietario dell'impianto o dell'area sui cui lo stesso insiste e la sola Associazione/Società Sportiva utilizzatrice prescindendo quindi dalla fase competitiva finale e quindi dal possibile confronto con altri possibili *competitors*. Salvi i dubbi già espressi in ordine alla compatibilità con il diritto unionale (quantomeno ove l'impianto sportivo di che trattasi possa qualificarsi di rilevanza economica), la motivazione concettuale di detto spinto regime di *favor* correlata - sulla scorta di quanto disposto nella legge di delegazione 8 agosto 2019, n. 86 (cfr. *supra* par. 1) - alla natura dell'interlocutore (“sola associazione o società sportiva”) in uno con la circostanza di essere già utilizzatore dell'impianto (anche se sul punto si sarebbe forse potuto individuare regimi parzialmente differenziati in relazione alla natura dilettantistica o professionistica dei soggetti proponenti, cfr. *infra*, art. 5, D.lgs. n. 38/2021) non ha impedito peraltro il legislatore, con novella disposta nel d.lgs. n. 120/2023, a precisare, sempre al comma 12 dell'art. 4, che “ai fini dell'esecuzione e della successiva gestione degli interventi, e nella prospettiva di agevolare il coinvolgimento di risorse e capitali pubblici e privati, l'associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica ha facoltà di costituire una società di scopo partecipata in misura superiore al 50 per cento”. Gli altri operatori/investitori – esclusi ai fini della conclusione del procedimento disciplinato dal citato comma 12 al fine di giustificare il regime di sostanziale “affidamento diretto” ivi contemplato, laddove sussistano i già evidenziati presupposti derogatori – parrebbero quindi essere riproponibili (o riproporsi) “a valle” dell'affidamento come soci (minoritari) della società di scopo costituita *ad hoc* per l'esecuzione e gestione degli interventi: anche sotto questo profilo qualche dubbio di compatibilità rispetto ai principi ed alla normativa unionale a base del già illustrato procedimento di infrazione INFR (2018)2273 (cfr. sub par. 1) si potrebbe in effetti porre.

Ulteriore profilo di *favor* riconosciuto alle associazioni e società sportive (ancora sia dilettantistiche che professionistiche) è ravvisabile al comma 13 dell'art. 4, ove è previsto che sia nell'ipotesi di “finanza di progetto” in senso stretto ai sensi del comma 1 o del comma 12 del medesimo articolo sia indipendentemente dall'avvio di detto procedimento (che avviene, come evidenziato, tramite la presentazione del DOCFAP relativo all'intervento proposto), detti soggetti (ed i comuni in cui questi hanno la propria sede legale od i comuni con questi confinanti) “possono liberamente negoziare il prezzo e le condizioni contrattuali di vendita o di utilizzo di

aree del patrimonio disponibile⁶³ urbanisticamente destinate alla costruzione di impianti sportivi”.⁶⁴ Qualora vi siano più associazioni o società sportive dilettantistiche e professionistiche interessate all’acquisto o all’utilizzo delle predette aree (circostanza questa che, anche nel silenzio della legge, pare ragionevolmente presupporre l’adozione di meccanismi di pubblicità preventiva), “il Comune o l’Ente locale o pubblico interessato indice una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara” cui saranno invitate le associazioni/società interessate (e che, assumendo la pubblicazione preventiva dell’operazione, abbiano presentato una specifica manifestazione di interesse).⁶⁵ È peraltro da chiedersi se detta “piccola evidenza pubblica” limitata alle sole associazioni /società sportive possa essere sufficiente per soddisfare il principio secondo cui la scelta di un concessionario o di un soggetto cui attribuire un diritto reale su un bene di proprietà comunale deve avvenire nel rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento comunitario (articoli 43 e 49 trattato CE) e dei principi generali in materia di contratti pubblici che richiedono lo svolgimento di procedure di selezione del contraente⁶⁶ (il dubbio potrebbe peraltro, a ben vedere, riguardare anche l’ipotesi di “finanza di progetto” ex comma 12 celebrata senza confronto competitivo finale, neppure, nel silenzio della legge, nel caso di più associazioni/società sportive interessate).

⁶³ Si ricordi come gli impianti sportivi che appartengono al Comune rientrano di norma nel patrimonio indisponibile (Cass., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013) e la sottrazione di tali beni dalla loro destinazione può avvenire esclusivamente nei modi stabiliti dal vigente quadro normativo. In particolare, come sopra precisato, è precluso il trasferimento tra i beni disponibili e l’assoggettamento al regime proprio di tali beni, a meno che non venga accertata la non funzionalità del bene al pubblico scopo o si intenda sottrarre definitivamente tale bene dalla sua destinazione (cfr. cit. articolo 58 del D.L. n. 112/2008).

⁶⁴ “Nella determinazione del prezzo le parti tengono conto degli eventuali costi per rimozione di manufatti e bonifiche ambientali” (art. 4, comma 12).

⁶⁵ Dispone ancora il comma 13 dell’art. 4 che “Qualora, per qualsiasi ragione non imputabile alla Società o all’Associazione sportiva, i lavori non possano essere avviati entro 120 giorni dalla conclusione del contratto o nel diverso termine fissato in quest’ultimo, la Società può procedere alla riconsegna dell’area e alla restituzione del corrispettivo versato, richiedendo il rimborso delle spese documentate”.

⁶⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2002, n. 253; sez. VI, 25.6.2008, n. 3235. È stato evidenziato (cfr. Corte dei conti Friuli Venezia Giulia, deliberazione FVG/76/2011 PAR del 1.9.2011, sulla valorizzazione dello Stadio comunale di Udine, ripresa da ANAC nella Deliberazione n. 48 del 17 giugno 2015) che le “regole ed i principi dell’evidenza pubblica” si applicano non solo ai “contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l’acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l’esecuzione di opere o lavori” in cui è rinvenibile una puntuale disciplina normativa di attuazione del diritto comunitario ma anche - proprio in quanto principi generali direttamente desumibili dalle norme del Trattato - in tutte le ipotesi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l’attribuzione di un’*utilitas* di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato (Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione europea applicabile alle aggiudicazioni di appalti – GUCE C 179 del 1°.08:2006; Consiglio di Stato, sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30). In particolare, “la mancanza di una procedura competitiva circa l’assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico introduce una barriera all’ingresso al mercato, determinano una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari” e l’assoggettamento al “nucleo essenziale dei principi dell’evidenza pubblica” è da ritenersi prevalente rispetto alla “qualificazione nominale” attribuita dalla pubblica amministrazione agli atti e/o ai negozi giuridici mediante i quali si intende attribuire un bene o un’*utilitas* ai soggetti terzi (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 31 maggio 2011; sez. V 7 aprile 2011, n. 2151, Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180).

Non è dato ovviamente sapere se il legislatore, prendendo atto delle importanti riforme apportate all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 dal D.lgs. n. 209/2024, rimetterà mano sull'art. 4, D.lgs. n. 38/2021.

È peraltro doveroso conclusivamente accennare anche ad un'ulteriore misura semplificatoria avente ad oggetto la rigenerazione, riqualificazione o ammodernamento di un impianto sportivo, questa volta riconosciuta (dall'art. 5, D.lgs. n. 38/2021) alle sole associazioni e società sportive "senza fini di lucro" le quali sono legittimate a presentare all'ente locale, sul cui territorio insiste l'impianto un "progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria per la rigenerazione, la riqualificazione e l'ammodernamento e per la successiva gestione con la previsione di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile". Singolare la circostanza che il legislatore del D.lgs. n. 120/2023, abbia mantenuto il riferimento ad un livello progettuale ("progetto preliminare") già superato con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 36/2023 (che ha ricondotto al "progetto di fattibilità tecnico-economica" i contenuti dei previgenti livelli della progettazione preliminare e – in parte – della progettazione definitiva). A fronte della presentazione del progetto preliminare, è previsto che, qualora l'ente locale riconosca l'interesse pubblico del progetto, affidi direttamente "la gestione gratuita" dell'impianto all'associazione o alla società sportiva "per una durata proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento e comunque non inferiore a cinque anni". Non si nasconde come, anche in questo caso, la soluzione del legislatore – che non prevede letteralmente alcun momento di confronto competitivo neppure fra associazioni/società sportive egualmente interessate all'operazione - possa presentare profili di dubbia compatibilità non solo con l'ordinamento unionale (qualora l'affidamento presenti rilievo di interesse ai fini dello stesso) ma anche con principi di stretta derivazione nazionale in punto ad uso di beni pubblici.