Pubblicato il 14/03/2023

N. 02644/2023REG.PROV.COLL.
N. 09574/2022 REG.RIC.
N. 09738/2022 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9574 del 2022, proposto da
Comune di Bolzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Gudrun Agostini, Alessandra Merini e Bianca Maria Giudiceandrea, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gudrun Agostini in Bolzano, vicolo Gumer, n. 7;

contro

Centro Tennis U.S.S.A. Bolzano - Associazione Sportiva Dilettantistica, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Mazzei e Laura Polonioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 9738 del 2022, proposto da
Scuolatennis.it Ssd S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Rimoldi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Centro Tennis U.S.S.A. Bolzano - Associazione Sportiva Dilettantistica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Mazzei e Laura Polonioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Bolzano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gudrun Agostini, Alessandra Merini e Bianca Maria Giudiceandrea, domiciliato presso la segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del TRGA - Sezione Autonoma della Provincia di Bolzano - n. 276/2022.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2023 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Gudrun Agostini, Federico Mazzei e Alberto Rimoldi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Il Comune di Bolzano è proprietario dell'impianto sportivo "Palatennis Manlio Giannelli" sito in Bolzano, via Parma 8. Si tratta di una struttura coperta dotata di spogliatoi, servizi, ufficio, infermeria e locali tecnici (senza servizio bar) con due campi da tennis in Green set e due campi esterni in terra rossa e relative aree di pertinenza verdi.

2 - Negli ultimi 30 anni l'impianto è sempre stato gestito da Centro Tennis U.S.S.A. Bolzano, da ultimo in forza della concessione n. 5854/2015 con scadenza al 31.3.2021.

2.1 – L'Associazione appellata ha poi goduto di due ulteriori concessioni "brevi" per la gestione della struttura/servizio durante il periodo 1.4.2021-31.3.2022, al fine di consentire al Comune il completamento della procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del nuovo gestore.

2.2 - In vigenza dell'art. 10 ter del D.L. 25.05.2021 n. 73 – che ha prorogato *ex lege* la concessione in essere - l'appellata Associazione ha partecipato alla procedura competitiva, avviata dal Comune con lettera d'invito del 23.09.2021, con la presentazione di una propria offerta.

2.3 – All'esito di tale procedura è stata disposta l'aggiudicazione a favore della società appellante SSD Scuolatennis.it di Varese.

3 – L'associazione Centro Tennis U.S.S.A. Bolzano ha proposto ricorso avanti il TRGA per la Provincia autonoma di Bolzano, chiedendo:

- l'accertamento che il temine di scadenza del 31.3.2021, previsto dall'art. 2 del contratto di concessione del 4.5.2015 n. 5854 per la gestione dell'impianto "Palatennis Manlio Giannelli", è stato prorogato ex lege al 31.12.2025, ai sensi dell'art. 10-ter del D.L. 25.5.2021, n. 73 ("*al fine di sostenere le associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro colpite dall'emergenza epidemiologica da COVID-19, le concessioni a tali associazioni degli impianti sportivi ubicati su terreni demaniali o comunali, che siano in attesa di rinnovo o scadute ovvero in scadenza entro il 31 dicembre 2021, sono prorogate fino al 31 dicembre 2025, allo scopo di consentire il riequilibrio economico-finanziario delle associazioni stesse, in vista delle procedure di affidamento che saranno espletate ai sensi delle vigenti disposizioni legislative*").

- l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 2365 del 22.6.2022 del Comune di Bolzano, con cui, previa approvazione degli atti di gara, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della concessione, per la durata di 6 anni decorrenti dalla data della stipula del contratto, in favore della Scuolatennis.it SSD S.r.l. di Varese, nonché delle precedenti proposte di stipula di concessioni brevi, delle note esplicative dei motivi sulla ritenuta non applicabilità della proroga legale al contratto scaduto e dell'avvio del procedimento di rilascio.

3.1 - La ricorrente ha quindi impugnato, con motivi aggiunti, la nota comunale del 28.6.2022 (in risposta alle sue richieste di annullamento in autotutela della gara) e la comunicazione di avvio del procedimento per il rilascio della struttura emessa il 16.9.2022.

4 – Con la sentenza indicata in epigrafe, il TRGA adito:

- ha dichiarato che il contratto di concessione del 4.5.2015, stipulato tra il Comune e l'Associazione Centro Tennis U.S.S.A per la gestione dell'impianto "Palatennis Manlio Giannelli", è stato prorogato ex lege al 31.12.2025;

- ha dichiarato inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso e i motivi aggiunti proposti avverso l'aggiudicazione e gli altri atti impugnati.

5 – Avverso tale pronuncia hanno proposto appello il Comune di Bolzano (ricorso n. 9574/22) e Scuolatennis.it SSD S.r.l. (ricorso n. 9738/22).

Si è costituita l'Associazione ricorrente in primo grado, chiedendo il rigetto degli appelli.

6 – In via preliminare, deve essere disposta la riunione dei due ricorsi in appello ai sensi dell'art. 96 c.p.a., in quanto proposti nei confronti della medesima sentenza.

7 – Le parti appellanti (primo motivo del Comune di Bolzano e secondo motivo di Scuolatennis.it SSD S.r.l.) contestano la sentenza di primo grado nella parte in cui ha giudicato fondata la domanda di accertamento della

scadenza della concessione al 31.12.2025, ritenendo applicabile l'art. 10-ter D.L. 73/2021 indistintamente a tutti rapporti di concessione di impianti sportivi pubblici affidati alla gestione di associazioni sportive dilettantistiche (ASD), in quanto introduttivo di un automatismo atto ad escludere ogni giudizio valutativo dell'amministrazione circa la sussistenza di una reale esigenza di riequilibrio economico finanziario in riferimento alle specificità dei singoli casi.

In particolate, gli appellanti sostengono che la concessione stipulata nel 2015 tra Comune e Centro Tennis U.S.S.A. non rientra nel campo di applicazione oggettivo della norma, che riguarderebbe solo le concessioni di beni e non le concessioni di servizio, quale quella per cui è causa; inoltre, la predetta norma non riguarderebbe le concessioni (cd. "atipiche") rimaste remunerative anche durante il periodo pandemico.

8 – Con il secondo motivo di appello, il Comune censura i capi della sentenza con cui il TRGA non ha accolto l'eccezione d'inapplicabilità dell'art. 10-ter del D.L. 73/2021 in forza di un nuovo accordo intervenuto tra le parti, di rinuncia della concessionaria uscente alla proroga legale e di acquiescenza agli atti di gara per il nuovo affidamento.

Quest'ultimo aspetto è oggetto anche del quarto motivo di Scuolatennis.it SSD S.r.l. secondo la quale Centro USSA aveva l'obbligo di gravare tempestivamente la lettera d'invito ex art. 120, comma 5, c.p.a. e la mancata impugnazione della stessa ha comportato acquiescenza all'immediata "messa a gara" del rapporto concessorio.

8.1 - Secondo il Comune, la proroga legale introdotta dall'art. 10-ter del D.L. 73/2021, a differenza della proroga tecnica dell'art. 106, comma 11, del D.lgs. n. 50/2016, introduce un diritto soggettivo di natura economica e liberamente disponibile ad esclusivo vantaggio delle associazioni sportive dilettantistiche gestori di impianti pubblici in scadenza entro il 31.12.2021.

Per questa ragione, non può ricorrere quell'automatismo enunciato dal TRGA, dal momento che il concessionario uscente potrebbe anche decidere di non avvalersi del diritto di proroga, comunicando il proprio disinteressamento all'ente proprietario. Non solo, potrebbe anche porre in essere atti incompatibili con la volontà di avvalersi della gestione prorogata ope legis, come avvenuto nel caso di specie, dove l'appellata Associazione (pur in presenza dell'art. 10-ter cit.) ha stipulato due concessioni brevi per consentire la conclusione della procedura di individuazione del nuovo gestore, alla quale ha anche spontaneamente partecipato, accettando il rischio di non essere lei aggiudicataria.

8.2 – Scuolatennis.it SSD S.r.l. svolge un'analoga censura con il terzo motivo di appello, con il quale contesta la qualificazione giuridica offerta dal TRGA ai due atti con i quali il Comune di Bolzano e Centro USSA hanno concordato la prosecuzione del "vecchio" rapporto concessorio (originariamente previsto in scadenza al 31 marzo 2021), prima fino al 31 ottobre 2021 e poi fino al 31 marzo 2022, non essendo condivisibile quanto argomentato dal Giudice di primo grado, secondo cui si tratterebbe di due "concessioni di breve durata", prive di significato, che si sarebbero semplicemente sovrapposte alla concessione originaria, come prorogata dal decreto citato.

L'appellante prospetta che la conclusione di detti accordi avrebbe dovuto condurre il TRGA ad escludere ulteriormente l'applicabilità della proroga ex lege, atteso che il "vecchio" rapporto concessorio fra il Comune di Bolzano ed il Centro USSA non era né "scaduto", né "in scadenza entro il 31 dicembre 2021", ma era stato prorogato convenzionalmente dalle parti prima fino al 31 ottobre 2021, e poi fino al 31 marzo 2022.

9 - L'appello deve trovare accoglimento, essendo fondate le censure con le quali gli appellanti deducono che la mancata impugnazione dell'atto di indizione della gara per l'assegnazione della struttura sia preclusiva all'accertamento del diritto alla proroga ex lege dell'originaria concessione.

La giurisprudenza amministrativa include tra le ipotesi di contestazione immediata del bando di gara, cui deve essere ricondotta quella oggetto del presente giudizio, l'ipotesi del titolare di una posizione contrattuale con l'amministrazione, che ha indetto la nuova gara, incompatibile con la gara stessa. Di fronte alla scelta di affidare il contratto mediante una procedura ad evidenza pubblica viene, infatti, immediatamente pregiudicato l'interesse ad una proroga del precedente rapporto, per cui il relativo titolare è posto di fronte all'alternativa di partecipare alla nuova gara o impugnare quest'ultima (Cons. Stato 2020/2019, *cfr*. anche Cons. St. n. 11519/2022).

9.1 - Tanto precisato sotto il profilo teorico, deve in primo luogo rilevarsi che la sentenza impugnata non risulta condivisibile laddove ritiene che la norma di cui all'art. 10-ter sarebbe successiva all'indizione della gara con la conseguenza che "*la ricorrente non avrebbe avuto alcun interesse a impugnare i relativi atti*".

L'art. 10-ter del D.L. 73/2021 è entrato in vigore a seguito della legge di conversione del 23 luglio 2021. L'avvio della gara deve essere collocato al 23 settembre 2021, con l'invio delle lettere d'invito a Centro USSA e Scuolatennis, dunque successivamente all'entrata in vigore dell'art. 10- ter del D.L. 73/2021.

In riferimento a tale aspetto, deve precisarsi che la delibera comunale n. 270 del 31 maggio 2021 non può in alcun modo assurgere a primo atto della procedura di gara, avendo quale oggetto la sola autorizzazione all'esternalizzazione del servizio di gestione della struttura, esprimendosi testualmente nel senso di una "*futura eventuale procedura negoziata*" e demandando "*al Direttore della Ripartizione competente l'approvazione degli atti successivi e funzionali all'avvio della procedura negoziata*".

9.2 – Chiarita la corretta scansione temporale dei fatti che caratterizzano la vicenda, alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza innanzi citata, deve osservarsi che è a seguito del primo atto della procedura competitiva che si è concretizzata la lesione dell'interesse fatto valere nel presente giudizio dall'Associazione Centro Tennis all'accertamento della proroga legale dell'originaria concessione.

In altri termini, in tale momento si è manifestata una situazione del tutto incompatibile con il diritto alla proroga legale dell'originaria concessione, sicché la ricorrente in primo grado doveva impugnare immediatamente tale atto, in quanto chiaramente ed inequivocabilmente volto a stipulare una nuova concessione, non compatibile con la proroga legale di quella in corso. Che la "nuova" gara fosse incompatibile con la pretesa proroga della "vecchia" concessione è rimarcato anche dal Giudice di primo grado, che ha correttamente rilevato che la lettera d'invito prevedeva espressamente che l'instaurazione del "nuovo" rapporto concessorio con l'aggiudicatario avrebbero avuto luogo nel termine di cui all'art. 32 del d.lgs. 50/2016 (e, dunque, entro sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione, non certo dopo la scadenza della proroga legale al 31 dicembre 2025).

L'Associazione Centro Tennis non solo non ha tempestivamente impugnato il primo atto della procedura di gara, ma vi ha anche regolarmente partecipato, senza eccepire alcunché.

In applicazione dei principi innanzi richiamati, deve rimarcarsi come, allorché si neghi la sussistenza dei presupposti per la indizione della gara e non il regolamento di essa, sussista l'onere di impugnare immediatamente il relativo atto.

9.3 - Non vale ad incrinare tale principio la giustificazione dell'Associazione appellata, secondo cui avrebbe partecipato alla nuova gara perché in caso di aggiudicazione avrebbe potuto beneficiare di un periodo di affidamento più lungo di quello derivante dalla proroga legale in allora vigente (31 dicembre 2025).

Invero, la ricorrente, sulla base di una precisa scelta di convenienza, ha preferito consapevolmente partecipare alla nuova gara, pur essendo nelle condizioni di poter invocare a proprio favore la proroga legale della concessione. Tale argomento vale a spiegare razionalmente le ragioni sottese alla scelta dell'Associazione, ma non risulta giuridicamente idoneo a far valere, dopo aver partecipato alla gara, la sussistenza della proroga legale, ponendosi tale prospettazione in contraddizione con la precedente condotta autonomamente assunta dall'Associazione, oltre che con i consolidati principi innanzi ricordati.

In definitiva, deve affermarsi che USSA aveva l'obbligo di gravare tempestivamente la lettera d'invito e la mancata impugnazione della stessa comporta l'impossibilità di far valere, successivamente all'esito della procedura di gara, la proroga legale della precedente concessione.

10 - Ad avvalorare ulteriormente tale conclusione giova richiamare gli scritti relativi alla seconda proroga breve, stipulata dalle parti nella vigenza dell'art. 10 ter cit. ed a seguito dell'indizione della procedura di gara, dai quali emerge in modo chiaro la volontà dell'Associazione appellata di proseguire il rapporto solo sino al 31 marzo 2022 (nella proposta del Comune si legge: "*si richiede la Vs. disponibilità alla gestione della struttura, alle medesime condizioni previste nel*

contratto n. rep. com. 5954 di data 04.05.2015. La concessione avrà durata dal 01.11.2021 al 31.03.2022, salvo intervenuta aggiudicazione, per il periodo strettamente necessario all'affidamento della concessione-contratto pluriennale"; nella successiva accettazione dell'associazione si legge: "*Relativamente alla vostra richiesta di cui all'oggetto dichiariamo la nostra piena disponibilità alla stipula di una concessione di breve durata (dal 1.11.2021 al 31.03.2022) alle condizioni comunicate*".

Tali inequivoche manifestazioni di volontà sono evidentemente incompatibili con la successiva domanda giudiziale volta ad avvalersi della proroga prevista dall'art. 10-ter citato.

Sotto tale profilo, l'azione giudiziaria della ricorrente in primo grado si pone in evidente contrato con il generale divieto del venire contra *factum proprium*, espressione del canone di correttezza, desumibile dal dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione (*cfr*. Cons. Stato, III, 7 aprile 2014, n. 1630), dal momento che la proposizione della domanda di accertamento è radicalmente inconciliabile con il comportamento tenuto dalla stessa ricorrente nella fase precedente al giudizio e consistito: nel non aver impugnato il primo atto della procedura competitiva per l'assegnazione della nuova concessione, nell'avervi partecipato senza alcuna riserva, nell'avere volontariamente prorogato il rapporto concessorio in essere di pochi mesi, proprio al fine di consentire l'ultimazione della procedura di gara.

10.1 – Tale conclusione non si pone in contrasto con il riconoscimento legislativo del diritto di proroga, idoneo ad integrare automaticamente (*cfr*. art. 1374 c.c.), senza l'intermediazione di alcun potere amministrativo, il rapporto concessorio in essere sotto il profilo della durata, dal momento che, trattandosi di un diritto - introdotto eccezionalmente "*allo scopo di consentire il riequilibrio economico-finanziario delle associazioni stesse*" - che afferisce sulla situazione patrimoniale dell'Associazione, oltretutto già sorto e pienamente efficace in conseguenza del descritto fenomeno etero-integrativo, deve ritenersi che l'avente diritto, nell'esercizio della sua libertà contrattuale, possa liberamente rinunciarvi.

10.2 – Non pare idoneo ad inficiare tale conclusione nemmeno il supposto errore in cui sarebbe incorsa l'Associazione, che avrebbe sottoscritto l'atto di proroga breve nell'errata convinzione di non potersi avvalere della proroga prevista ex lege.

Tale prospettazione in primo luogo contraddice l'argomento addotto dalla stessa Associazione a giustificazione della partecipazione alla procedura, ovvero che, in caso di aggiudicazione, avrebbe potuto beneficiare di un periodo di affidamento più lungo di quello derivante dalla proroga legale in allora vigente.

In ogni caso, il supposto errore non può comunque giustificare la rilevata mancata impugnazione del primo atto di gara e la partecipazione senza riserva alla competizione per l'assegnazione della concessione.

Su tale procedura, non solo l'amministrazione, ma anche la società appellante hanno legittimamente riposto il loro affidamento, dovendosi ritenere che era onere dell'Associazione avere contezza della legislazione vigente e, se del caso, determinarsi diversamente, facendo valere immediatamente il diritto alla proroga legale.

11 - L'accoglimento sotto tale profilo degli appelli, essendo idoneo a travolgere radicalmente le domande svolte dalla ricorrente in primo grado, esclude la necessità di esaminare le ulteriori questioni dedotte in giudizio.

12 - Per le ragioni esposte gli appelli vanno accolti e, in riforma della sentenza impugnata, devono essere respinti il ricorso di primo grado e i relativi motivi aggiunti, nonché le domande ivi proposte.

12.1 - Le spese di lite del doppio grado di giudizio, ad una valutazione complessiva della vicenda, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), previa loro riunione, accoglie gli appelli e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso e i motivi aggiunti di primo grado e le domande ivi proposte.

Spese di lite del doppio grado di giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere

L'ESTENSORE
Giordano Lamberti

IL PRESIDENTE
Carmine Volpe

IL SEGRETARIO