

Appalti

La partecipazione del gestore uscente alla nuova gara è incompatibile con la proroga legale della concessione

di *Ciro D'Aries e Alberto Ventura*

23 Marzo 2023

Sul tema il Consiglio di Stato si è espresso andando ad analizzare in primis la diversa finalità che opera nella proroga tecnica

La partecipazione da parte del gestore uscente alla gara per il nuovo affidamento del servizio è incompatibile con il diritto alla proroga legale dell'originaria concessione (articolo 10-ter del Dl n. 73 del 2021). Con riguardo a una gara pubblica per la messa in concessione del servizio di gestione di un impianto sportivo, in virtù della scadenza oramai sopraggiunta del contratto in essere, il gestore uscente, partecipante alla gara, ha impugnato l'aggiudicazione posta in essere dalla stazione appaltante in favore del terzo aggiudicatore facendo leva sul fatto che, a suo dire, trovava applicazione la proroga legale prevista dall'articolo 10-ter del Dl n. 73 del 2021.

Sul tema, il Consiglio di Stato, [con la sentenza 2644/2023](#), si è espresso analizzando, in primis, la finalità di tale proroga, distinta dalla normale previsione della proroga tecnica – e in secondo luogo se tale fattispecie possa, comunque, occorrere nel corso di già avvenuta partecipazione del gestore uscente alla nuova gara pubblicata esperita.

La finalità del ricorso alla proroga legale della concessione

La proroga, inizialmente introdotta con il Decreto Sostegni bis e successivamente modificata con il Decreto Milleproroghe 2022, prevedeva con riferimento alle concessioni di impianti sportivi in attesa di rinnovo o scadute, ovvero in scadenza entro il 31 dicembre 2021, di essere prorogate sino al 31.12.2025, allo scopo di consentire al gestore (unicamente le associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro) colpito dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, di procedere con il riequilibrio economico-finanziario della gestione. Sul tema, il Consiglio di Stato ricorda che la proroga cosiddetta legale introdotta dall'articolo 10-ter del Dl 73/2021, a differenza della proroga tecnica dell'articolo 106, comma 11, del Dlgs 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.

Pertanto, se la proroga tecnica opera con effetto automatico - seppur sia applicabile purchè originariamente prevista negli Atti di affidamento e, comunque, limitata allo stretto periodo necessario all'indizione, da parte della stazione appaltante, della nuova gara di affidamento del servizio - la proroga legale in questione non può, stante il senso della norma, operare con un effetto

automatico su tutte le concessioni in generale, in quanto:

- la previsione è da riferirsi specificatamente alle concessioni, in favore di associazioni sportive dilettantistiche senza scopo di lucro, avente ad oggetto la gestione degli impianti sportivi ubicati su terreni demaniali o comunali;
- il contratto di servizio in essere deve essere, rispetto alla data di entrata in vigore della norma, in attesa di rinnovo ovvero in scadenza entro il 31 dicembre 2021;
- l'estensione del rapporto al 31.12.2025 deve trovare giustificazione nel garantire all'operatore, colpito dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, di recuperare l'equilibrio economico-finanziario. Tale ultima previsione non può trovare applicazione, per logicità, in modo automatico ma semmai in funzione di un significativo ed effettivo danno economico-operativo, causato dalla pandemia, che l'operatore ha subito e che può dimostrare alla Pa concedente.

La partecipazione alla nuova gara inibisce la proroga legale del precedente rapporto

Alla luce di quanto sopra esposto, il Consiglio di Stato ha potuto osservare che nel caso in esame il gestore uscente abbia tenuto un comportamento tale da impedire il ricorso alla proroga tecnica per i seguenti motivi:

- in primo luogo, in occasione della scadenza del contratto – era già applicabile l'articolo 10-ter del Dl n. 73 del 2021 – il gestore non ha mai esercitato, secondo suo potere, il diritto di servirsi della proroga dando dimostrazione della necessità di addivenire al recupero dell'equilibrio economico-finanziario;
- in secondo luogo, il gestore ha posto in essere degli accordi con la Pa concedente con cui dichiarava la rinuncia di servirsi della proroga tecnica, procedendo, invece, per ben due volte, alla proroga tecnica, così da consentire alla Pa di porre in essere una gara pubblica con cui affidare nuovamente il servizio;
- infine, la ricorrente, sulla base di una precisa scelta di convenienza, ha preferito consapevolmente partecipare, alla nuova gara, accettandone tutte le condizioni, pur essendo nelle condizioni di poter invocare a proprio favore la proroga legale della concessione.

Alla luce di tali fatti, le inequivoche manifestazioni di volontà del Gestore uscente – in contrasto con il generale divieto del venire "contra factum proprium" (Consiglio di Stato, III, 7 aprile 2014, n. 1630) – sono evidentemente incompatibili con la successiva domanda giudiziale volta ad avvalersi della proroga prevista dall'articolo 10-ter citato.

Viene, pertanto, ribadito un concetto già in noto in materia ovvero sia che 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 (Consiglio di Stato, n. 11519/2022).

Conclusioni

In altri termini, al momento della partecipazione da parte del gestore uscente alla gara esperita dalla

Pa, si è manifestata una situazione del tutto incompatibile con il diritto alla proroga legale dell'originaria concessione, sicché la ricorrente, invece di partecipare, avrebbe dovuto impugnare immediatamente tale atto, in quanto chiaramente e inequivocabilmente volto a stipulare una nuova concessione, non compatibile con la proroga legale, comunque da esercitare, di quella in corso.

Il Sole 24 ORE aderisce a  **The Trust Project**

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE