

Pubblicato il 13/09/2023

N. 08311/2023REG.PROV.COLL.

N. 00543/2023 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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 543 del 2023, proposto dal Comune di
OMISSIS;

contro

OMISSIS S.p.a.;

nei confronti

OMISSIS S.r.l. e Impresa Edile OMISSIS S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione
Quarta, n. 2344/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Urban Vision S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2023 il Cons. Daniela Di Carlo.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso n. 886/2022, proposto dinanzi al Tar della Lombardia, Milano, la S.p.a. OMISSIS ha impugnato, chiedendone l'annullamento:

- la determina dirigenziale prot. n. OMISSIS del 31 marzo 2022 adottata dal Direttore dell'Area Pubblicità e Occupazione Suolo Pubblico del Comune di OMISSIS, recante l'autorizzazione all'installazione di due impianti pubblicitari sui ponteggi del monumento a OMISSIS in OMISSIS a OMISSIS, e la sottesa assegnazione di spazi pubblicitari, ;

- in quanto occorra, la clausola di cui alla lett. i) del paragrafo "Altre informazioni" del bando della procedura di gara per l'affidamento dell'appalto avente a oggetto i lavori di manutenzione per la conservazione di fontane e monumenti, e l'art. 12.8, comma 4, del relativo Capitolato speciale d'appalto, ove tali disposizioni siano interpretate nel senso che le autorizzazioni per lo sfruttamento pubblicitario dei ponteggi di cantiere dei beni di proprietà comunale ricompresi nell'oggetto dell'appalto possano essere rilasciate senza il previo esperimento di una procedura di selezione comparativa tra gli operatori interessati;

- in quanto occorra, l'art. 3, comma 16, dell'Allegato A al Regolamento sul Canone Unico Patrimoniale del Comune di OMISSIS, ove interpretato nel senso che lo stesso consenta che le autorizzazioni per lo sfruttamento pubblicitario dei ponteggi di cantieri installati su beni di proprietà comunale possano essere rilasciate senza il previo esperimento di una procedura di selezione comparativa tra gli operatori interessati.

2. Assumendo l'illegittimità dell'affidamento nella parte in cui si è consentito lo sfruttamento degli spazi pubblicitari senza previo esperimento della procedura comparativa, pur trattandosi della messa a disposizione di beni di proprietà comunale e pur determinando, l'installazione in questione, una compartecipazione

del Comune ai proventi derivanti dalla stessa, la società ricorrente ha denunciato la violazione e falsa applicazione dei principi euro-unitari di concorrenza, libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi (artt. 49 e 56 T.F.U.E., art. 12 della Direttiva 2006/123/CE, art. 16 del D.lgs. n. 59 del 2010 e art. 4 del D.lgs. n. 50 del 2016) e del principio di imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost. e art. 12 della Legge n. 241 del 1990); violazione del principio di buon andamento, del criterio di economicità e della regola dell'evidenza pubblica (art. 97 Cost., art. 1 della legge n. 241 del 1990 e art. 3 del R.D. n. 2440 del 1923); eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza manifeste.

3. Con la sentenza impugnata, il Tar della Lombardia, Milano, ha preliminarmente ravvisato la perdurante sussistenza dell'interesse al ricorso malgrado l'avvenuta integrale esecuzione del contratto, sia in funzione della proposizione della domanda di risarcimento del danno da parte della ricorrente, sia in considerazione della impugnazione di clausole del bando di gara e del capitolato speciale e delle disposizioni regolamentari comunali sul canone unico sulle occupazioni di suolo pubblico.

Nel merito, il Tar ha accolto il ricorso incentrando la propria motivazione circa la sussistenza dell'obbligo, in capo al Comune concedente, di effettuare una procedura a evidenza pubblica anche per la scelta del soggetto che può utilizzare i ponteggi per la pubblicità e, per l'effetto, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 12.8.4 del Capitolato d'appalto e dell'art. 3, comma 16, dell'Allegato A al Regolamento sul Canone Unico Patrimoniale, nella parte in cui i medesimi non prevedono il suddetto obbligo. Il Tar ha infine condannato il Comune di OMISSIS al pagamento delle spese di giudizio in favore della società ricorrente, liquidandole nella misura di € 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri e spese generali; le ha compensate invece tra le restanti parti; ha inoltre disposto la rifusione del contributo unificato in favore della ricorrente e a carico del Comune di OMISSIS.

4. Nell'impugnare la sentenza, il Comune di OMISSIS ha censurato la correttezza del ragionamento logico-giuridico seguito dal primo giudice innanzitutto nella parte in cui ha ritenuto fondata la censura afferente al mancato espletamento di un confronto concorrenziale per assegnare lo spazio pubblicitario sui ponteggi in occasione dell'esecuzione di interventi di restauro della statua dedicata a OMISSIS situata in OMISSIS a OMISSIS.

Inoltre, nella parte in cui la medesima sentenza ha affermato che *“affidare, pertanto, la scelta del soggetto che può utilizzare i ponteggi per la pubblicità a un operatore privato, ossia all'appaltatore dei lavori, in assenza dello svolgimento di un confronto concorrenziale si pone ... anche in violazione degli interessi pubblici correlati a una corretta gestione dei beni appartenenti alla collettività”*.

5. La S.p.a. OMISSIS si è costituita in giudizio e ha chiesto il rigetto del gravame, sostanzialmente insistendo circa la correttezza della sentenza impugnata e riproponendo tutte le censure e le argomentazioni già articolate nel primo grado del giudizio.

6. Le parti hanno ulteriormente insistito sulle rispettive tesi difensive ai sensi dell'art. 73, c.p.a.

7. All'udienza pubblica del 20 giugno 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello è infondato.

9. In fatto è accaduto che, in occasione degli interventi di restauro della statua dedicata a OMISSIS situata in OMISSIS a OMISSIS, affidati dal Comune di OMISSIS all'Impresa Edile OMISSIS), la ricorrente OMISSIS aveva manifestato al Comune di OMISSIS, con note inoltrate nel mese di ottobre 2021 e nel mese di marzo 2022, il proprio interesse a concorrere per ottenere l'autorizzazione ad installare cartelloni pubblicitari sui ponteggi del cantiere.

Tuttavia, con determina dirigenziale 31 marzo 2022, prot. n. OMISSIS, il Comune di OMISSIS ha autorizzato l'istallazione di due impianti pubblicitari sui ponteggi di

cantiere da parte di una società (la S.r.l. OMISSIS) individuata direttamente dalla ditta appaltatrice dei lavori, senza il previo esperimento di alcuna procedura di selezione comparativa.

In ragione di ciò e anche del fatto che si trattava della messa a disposizione di beni di proprietà comunale per il cui sfruttamento era prevista la compartecipazione comunale ai proventi derivanti dalla utilizzazione dei beni ai fini di esposizione pubblicitaria, la società OMISSIS si era determinata a proporre ricorso.

10. In diritto, il Collegio condivide il ragionamento logico-giuridico seguito dal primo giudice, alla luce delle seguenti considerazioni.

In primo luogo, il bene giuridico che viene in considerazione rappresenta, per sua stessa natura, una risorsa scarsa, trattandosi di una statua collocata su una piazza pubblica sita nel territorio comunale.

Inoltre, l'utilizzo del suddetto bene non è fine a sé stesso, bensì è funzionalmente collegato alla prestazione di un servizio del mercato interno, quale lo sfruttamento pubblicitario da parte di imprese attive nel relativo settore di mercato.

Tale essendo la situazione di fatto, si ritiene che lo sfruttamento pubblicitario di beni o spazi

pubblici finalizzato all'esercizio di attività di impresa avente ad oggetto la prestazione di servizi, debba necessariamente essere sottoposto a una procedura di evidenza pubblica o, comunque sia, ad una procedura competitiva secondo le previsioni dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva Bolkenstein) quando, in presenza di un numero limitato di autorizzazioni

disponibili per una determinata attività, correlato alla scarsità delle risorse naturali, sia necessario garantire la concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi fra operatori economici tutti parimenti interessati a trarre profitto dall'esercizio di quella determinata attività di impresa.

Nel caso di specie, è incontestabile che l'autorizzazione ad affiggere la pubblicità sui ponteggi collocati sulle aree pubbliche presupponga il rilascio della concessione delle aree medesime.

Di conseguenza, è corretta la motivazione del Tar nella parte in cui richiama il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 17 del 2021, in un caso relativo, come quello che ci occupa, alla concessione di un bene pubblico inserito all'interno del complesso dei beni aziendali funzionalmente organizzati per l'esercizio dell'attività d'impresa.

Al di là, infatti, delle differenze nominalistiche che possono caratterizzare gli istituti e le fattispecie giuridiche disciplinate dal diritto interno, ciò che in definitiva rileva per il diritto dell'Unione è *“l'effetto economico del provvedimento di concessione, il quale, nella misura in cui si traduce nell'attribuzione del diritto di sfruttare in via esclusiva una risorsa naturale contingentata al fine di svolgere un'attività economica, diventa una fattispecie che, a prescindere dalla qualificazione giuridica che riceve nell'ambito dell'ordinamento nazionale, procura al titolare vantaggi economicamente rilevanti in grado di incidere sensibilmente sull'assetto concorrenziale del mercato e sulla libera circolazione dei servizi?”*.

In senso contrario, non assume carattere esimente la circostanza che i lavori di restauro della statua siano stati affidati previo esperimento di una procedura concorsuale, visto che detta impresa affidataria dei lavori ha individuato direttamente e autonomamente il proprio partner pubblicitario, con il quale ha stipulato, in via esclusivamente privatistica, il contratto di vendita degli spazi pubblicitari.

Ciò ha fatto, peraltro, in applicazione della specifica clausola contenuta nell'art. 12.8.4. del Capitolato speciale di appalto, che prevede che *“L'impresa aggiudicataria, di sua iniziativa e previa intesa con l'amministrazione comunale, potrà concedere ad impresa pubblicitaria l'autorizzazione all'utilizzo di ponteggi e/o cesate per l'installazione di pannelli pubblicitari, a condizione che all'amministrazione comunale venga garantito il 50% del provento*

pubblicitario complessivo per l'uso degli spazi a ciò destinati. Il provento deve risultare dalla convenzione che verrà stipulata tra Appaltatore e Impresa Pubblicitaria (...)”.

Detta clausola, a sua volta, rinviene la propria base legale nell'art. 3, comma 16, dell'Allegato A al Regolamento sul Canone Unico Patrimoniale, a mente del quale *“in caso di rilascio di autorizzazione e/o concessione per la diffusione pubblicitaria presso i cantieri a fronte di interventi su terreni, edifici, monumenti e aree comunali in genere, l'utilizzo dello spazio pubblicitario è subordinato alla compartecipazione nella misura del 50% dei proventi derivanti dallo sfruttamento pubblicitario da versare secondo quanto concordato di volta in volta da parte dell'operatore pubblicitario. L'impresa che effettua i lavori è solidalmente debitrice del provento spettante all'Amministrazione comunale, che potrà anche essere detratto in compensazione dai SAL dei lavori, in caso di inadempimento del soggetto che effettua la pubblicità. Ai fini del rilascio dell'autorizzazione e/o concessione per esposizione pubblicitaria su beni di proprietà del Comune deve essere rilasciato espresso e preventivo nulla osta da parte dell'Amministrazione Comunale”*.

È dunque definitivamente chiarito il meccanismo sulla base del quale il Comune di OMISSIS, pur non concedendo con alcuna procedura competitiva il bene pubblico funzionale all'espletamento dell'esercizio dell'attività di impresa, compartecipi tuttavia ai proventi che l'impresa appaltatrice dei lavori riscuote a titolo di controprestazione dall'impresa che espleta il servizio pubblicitario, assumendosene anche la responsabilità in via solidale, per il caso del mancato pagamento.

Sono inconferenti, infine, le deduzioni difensive, sulle quali pure il Comune appellante insiste, circa il fatto che si tratterebbe di interventi di limitata entità e di breve durata, eseguiti nella misura strettamente necessaria all'allestimento dei ponteggi e che esigono il coordinamento con il piano della viabilità e del traffico urbano, obiettivi, questi, tutti difficilmente raggiungibili – si assume – se dovesse essere svolta, accanto alla procedura di gara per l'affidamento dei lavori, anche quella per la concessione degli spazi pubblicitari.

In contrario, va infatti osservato che trattasi di circostanze di mero fatto che non impediscono né la possibilità giuridica di espletare due gare o una sola gara a doppio oggetto, né quella di delegare l'esercizio della potestà pubblicistica in sostituzione dell'Ente affidante.

Peraltro, non va sottaciuto, sulla base degli atti di causa è emerso che il Comune di OMISSIS abbia nel frattempo modificato la propria normativa regolamentare sul canone unico patrimoniale del gennaio 2023, prevedendo l'obbligo dell'appaltatore dei lavori di scegliere l'operatore pubblicitario attraverso una "procedura comparativa" e di sottoporre al Comune il relativo contratto.

Nel mentre va ribadito che la predetta novella non esplica effetti rispetto all'odierno contenzioso, regolato *ratione temporis* dal regolamento qui impugnato, è tuttavia significativo il fatto che, come si diceva poc'anzi, le argomentazioni difensive spese dal Comune sulla difficoltà di gestire un'altra procedura pro-concorrenziale, si appalesano del tutto inconferenti sul piano giuridico.

11. In conclusione, l'appello va respinto.

12. Le spese sono liquidate come in dispositivo secondo la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Settima, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Comune di OMISSIS a rifondere in favore di OMISSIS S.p.a. le spese del giudizio, liquidate in complessivi euro 4.000,00, oltre spese generali, IVA e CPA se dovute come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

Sergio Zeuli, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

L'ESTENSORE

Daniela Di Carlo

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO