

Publicato il 11/06/2019

N. 03911/2019REG.PROV.COLL.
N. 04818/2018 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 4818 del 2018,
proposto da

Comune di Nettuno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Antonio Caputo, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio
fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Ugo Ojetti, n. 114;

contro

Next s.r.l.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Falzone, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto
presso il suo studio in Roma, via Luigi Angeloni, n. 4;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio,
sezione II *bis*, n. 04796/2018, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;

Visto l'appello incidentale di Next s.r.l.s.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 6 giugno 2019 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Francesco A. Caputo e Francesco Falzone;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Next s.r.l.s. impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio il provvedimento dirigenziale del 5 dicembre 2017, con cui il Comune di Nettuno ha respinto la sua istanza di autorizzazione all'installazione di impianti pubblicitari su pali della pubblica illuminazione e il presupposto parere negativo dell'Ufficio tecnico comunale. La società domandava l'annullamento dei predetti atti e la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno.

2. Con la sentenza breve n. 4796 del 2018 segnata in epigrafe l'adito Tribunale, sezione seconda *bis*, nella resistenza del Comune di Nettuno, accoglieva la domanda demolitoria quanto al diniego e ordinava al Comune di Nettuno il riesame della istanza della società secondo i principi indicati nella sentenza. Respingeva la domanda risarcitoria, rilevando che l'interesse sostanziale di quest'ultima poteva trovare ancora realizzazione in esito al riesame. Condannava il Comune di Nettuno alle spese di lite.

In particolare, nel ritenere l'illegittimità del diniego gravato, il primo giudice:

- osservava che la società aveva dedotto in punto di fatto di essersi

classificata al primo posto della graduatoria della procedura di selezione pubblica bandita dal Comune per la *“individuazione di un soggetto interessato ad ottenere l’autorizzazione per l’installazione di impianti pubblicitari della dimensione di ml 2x1, bifacciali, da collocare in coppia su ogni palo della pubblica illuminazione”* in determinate vie della città, per 3 anni rinnovabili, e di aver richiesto nella predetta qualità l’autorizzazione all’installazione di standardi riscontrata con l’impugnato diniego, che vi opponeva la difformità di quanto proposto dalla tipologia classica di tali mezzi pubblicitari e, in ogni caso, il regolamento comunale disciplinante la materia, prevedente l’esposizione degli standardi solo in via temporanea, in occasione di manifestazioni, iniziative commerciali o eventi pubblici e limitatamente alla loro durata o comunque per un periodo massimo di 90 giorni, nonché il divieto di posizionamento nell’ambito 1 (borgo e fascia costiera) di tutte le tipologie di impianti pubblicitari;

- respingeva le eccezioni di irricevibilità per tardività e di inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad almeno un controinteressato e per difetto di interesse spiegate dall’Amministrazione, rilevando: che il diniego di autorizzazione non si inseriva nell’ambito della procedura di selezione, sicché la sua impugnazione nel termine ordinario di 60 giorni dalla comunicazione era rituale; che a fronte del diniego stesso non erano configurabili controinteressati; che la mancata impugnazione del regolamento comunale non determinava la carenza di interesse della società alla impugnativa del diniego, poiché le prescrizioni del regolamento non erano del tutto inconciliabili con lo svolgimento del progetto, tant’è che la società si era dichiarata disponibile ad adeguarlo alle relative norme, ivi comprese quelle relative alla temporaneità delle installazioni

pubblicitarie;

- riteneva il diniego viziato da violazione dell'art. 10-*bis* della l. n. 241/1990 e da eccesso di potere per contraddittorietà dell'agire pubblico, in quanto l'Amministrazione, dopo aver bandito la predetta selezione, specificando anche le caratteristiche tecniche degli standard e le zone della città in cui essi avrebbero dovuto essere apposti, aveva negato l'autorizzazione necessaria alla realizzazione del progetto vincitore della procedura, pienamente corrispondente al bando, e ciò senza preavviso, senza aver agito sulla gara in via di autotutela, e senza rendere partecipe l'interessata delle problematiche insorte, in tal modo impedendole di rappresentare, come poi avvenuto in giudizio, la propria disponibilità all'adeguamento del progetto alle prescrizioni dettate dal regolamento.

3. Il Comune di Nettuno ha proposto appello avverso la predetta sentenza, deducendo: I) *Error in procedendo e in iudicando* nella reiezione sia del vizio di irricevibilità del gravame sia di quello della omessa chiamata in causa del controinteressato, eccesso di potere giurisdizionale e travisamento della fattispecie nel ritenere che il diniego di autorizzazione non rientri nella sequenza procedimentale della selezione pubblica, disapplicazione dell'art. 120, comma 5 del d.lgs. 104/2010 e dell'art. 12, terzo capoverso dell'avviso di gara, letto unitamente all'art. 41, comma 2 del d.lgs. 104/2010, obliterata considerazione della fase di gara post-aggiudicazione di cui all'art. 32, comma 7 del d.lgs. 5072016; II) *Error in procedendo e in iudicando* nel ritenere il presupposto regolamento "corpo estraneo" alla procedura *de qua*, carenza di interesse per come dedotta in sede Tar in esito alla mancata impugnativa del "regolamento per l'utilizzo degli spazi pubblici e disciplina dei parametri per l'installazione di insegne di esercizio - targhe - bacheche" quanto meno nelle parti che sono causa di lesività,

disapplicazione dell'art. 35, comma 1, lett. b) del d.lgs. 104/2010; III) *Error in procedendo e in iudicando* nell'assumere la violazione dell'art. 10-bis della l. 241/1990 perché il Comune non avrebbe reso anticipatamente note le ragioni del diniego e non avrebbe dato conto all'implicita disponibilità avversa di adeguarsi al regolamento *de quo*, errata configurazione dello stadio procedimentale oggetto dell'indagine della pubblica amministrazione.

Il Comune di Nettuno ha concluso per la riforma della sentenza appellata e la reiezione del ricorso di primo grado.

4. Next si è costituita in giudizio, sostenendo l'infondatezza dell'appello del Comune di Nettuno e proponendo appello incidentale avverso il capo della sentenza che ha denegato il risarcimento del danno. Ha indi riproposto la domanda di condanna del Comune al risarcimento in suo favore delle voci di danno già dedotte nel ricorso introduttivo del giudizio (spese sostenute per lo svolgimento e la preparazione del progetto di installazione dei banner pubblicitari; spese sostenute per la "segnalazione clienti su progetto pubblicitario"; mancato guadagno derivante dai contratti di locazione stipulati per l'installazione degli impianti pubblicitari, commisurato ai corrispettivi pattuiti), oltre rivalutazione monetaria secondo indici Istat e interessi in misura legale sino al soddisfo, da calcolarsi sulle somme progressivamente rivalutate.

5. Con ordinanza n. 4196/2018 la Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta dalla appellante principale.

6. Nel prosieguo, entrambe le parti hanno affidato a memorie lo sviluppo delle proprie tesi difensive, facendo tra altro constare la sopravvenienza dell'autorizzazione all'installazione di alcuni impianti pubblicitari rilasciata a Next con atto del 7 febbraio 2019.

Al riguardo, il Comune di Nettuno ha sostenuto la persistenza del

proprio interesse alla decisione del suo appello, affermando che l'autorizzazione è stata adottata solo in quanto il Tar Lazio, sezione seconda *bis*, con sentenza n. 198 del 2019, ha accolto il ricorso per l'ottemperanza della sentenza appellata proposto dalla Next, che ha poi proposto avverso l'atto ulteriore ricorso *ex art.* 112 Cod. proc. amm. (n.r.g. 3368/2019), tutt'ora pendente.

Next, di contro, ha sostenuto che tale autorizzazione ha determinato il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione dell'appello principale del Comune, e ha evidenziato che l'autorizzazione *de qua* permette l'installazione di non più di una trentina di stendardi contro i 600 previsti dalla procedura selettiva.

La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 6 giugno 2019.

7. In via preliminare, osserva il Collegio che l'ottemperanza da parte dell'amministrazione soccombente a una sentenza di primo grado dalla medesima appellata e non sospesa dal giudice di appello non comporta l'acquiescenza dell'appellante alle relative statuizioni e la conseguente carenza di interesse alla decisione dell'appello pendente, laddove l'ottemperanza sia stata motivata esclusivamente dall'obbligo di dare esecuzione al giudicato, e non derivi, pertanto, da valutazioni che rispecchino l'autonoma volontà della medesima di aderire al comando giudiziale: infatti, a meno che non emerga in modo esplicito la volontà dell'amministrazione di accettare l'assetto di interessi conseguente alla sentenza di primo grado, ciò che concretizzerebbe un interesse contrario a quello palesato con la proposizione dell'appello, si tratta di una mera (e doverosa) ottemperanza a un ordine giudiziale provvisoriamente esecutivo (da ultimo, Cons. Stato, IV, 2 gennaio 2019, n. 16; V, 21 giugno 2017, n. 3030; IV, 11 agosto 2016, n. 3618; 23 giugno 2015, n.

3182).

Alla luce di tali coordinate, l'interesse contrario a quello manifestato nell'appello che deve connotare l'atto di acquiescenza non è ravvisabile nella fattispecie in esame, in cui l'autorizzazione sopravvenuta rilasciata a Next il 7 febbraio 2019, come emerge dalle relative motivazioni, non ha costituito altro che la conseguenza dell'accoglimento del ricorso per l'ottemperanza della sentenza appellata proposto dalla società, di cui alla sentenza del Tar Lazio, sezione seconda *bis*, n. 198 del 2019, e, indi, l'adempimento dell'ordine di esecuzione emesso dal primo giudice: tant'è che il Comune di Nettuno ha espressamente confermato anche dopo il rilascio dell'autorizzazione di che trattasi, evidenziandone la doverosità, il proprio interesse alla decisione del suo appello principale. L'eccezione di Next di sopravvenuta carenza di interesse del Comune di Nettuno alla decisione del suo appello non può, pertanto, trovare accoglimento.

8. L'appello principale del Comune di Nettuno si rivela peraltro infondato nel merito.

9. In particolare, è infondato il primo motivo, con cui il Comune afferma che la fase autorizzativa dell'installazione dei mezzi pubblicitari per cui è causa si inseriva nella procedura a evidenza pubblica di cui in fatto, e che, quindi, trattandosi di giudizio regolato dall'art. 119 del Codice del processo amministrativo, il ricorso avverso il diniego di autorizzazione andava proposto nel termine di 30 giorni di cui al successivo art. 120, comma 5, mentre il ricorso di primo grado di Next è stato proposto nel termine ordinario, con conseguente sua irricevibilità.

Gli atti soggetti al rito speciale di cui all'art. 120 Cod. proc. amm. sono quelli che si collocano “*nella fase c.d. pubblicistica di selezione del contraente privato*”, secondo la definizione contenuta nella sentenza di

questa Sezione del Consiglio di Stato n. 2444 del 2017 invocata dallo stesso Comune.

Nel caso che occupa, detta fase si è conclusa con l'aggiudicazione, in via definitiva, a Next di cui alla comunicazione del 28 giugno 2017, non revocata né posta in dubbio.

La predetta aggiudicazione costituisce, anzi, il presupposto della richiesta di Next, denegata con il provvedimento qui impugnato, di essere autorizzata all'installazione degli impianti pubblicitari: la relativa vicenda amministrativa afferisce pertanto a un ambito procedimentale successivo alla gara e che ne presuppone proprio l'esaurimento.

Nulla muta considerando il pure invocato (dal Comune) art. 31, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016, che, confermando quanto già disposto dal previgente art. 11, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006, stabilisce che *“l'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”*.

Invero, per un verso, non emerge dal tenore del diniego - su cui meglio in seguito - che esso sia stato attratto nella fase della predetta verifica, confluendo in un atto del procedimento di gara.

Inoltre, la verifica di cui all'art. 31, comma 7 del d.lgs. n. 50 del 2016 condiziona la stipula del contratto di appalto ma non refluisce in una questione di legittimità dell'aggiudicazione (Cons. Stato, V, 17 ottobre 2016, n. 4272; 25 febbraio 2016, n. 773), tant'è che il successivo comma 8 prevede che la stipulazione del contratto abbia luogo, di regola, entro sessanta giorni decorrenti dalla efficacia dell'aggiudicazione *“fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti”*.

9.1. Il ricorso di primo grado avverso il diniego, proposto nel termine ordinario di 60 giorni dalla sua comunicazione, risulta, pertanto,

tempestivo.

9.2. Non è fondata neanche la tesi, pure esposta nel motivo in esame, secondo cui il primo giudice sarebbe incorso in errore non rilevando che il ricorso introduttivo del giudizio era inammissibile per mancata notifica, *ex art. 41, comma 2, Cod. proc. amm.*, al controinteressato, che il Comune individua nel secondo graduato della procedura a evidenza pubblica.

Come noto, nel processo amministrativo la nozione di controinteressato al ricorso si fonda sulla simultanea sussistenza di due elementi: a) quello formale, rappresentato dalla contemplazione nominativa del soggetto nel provvedimento impugnato, tale da consentirne alla parte ricorrente l'agevole individuazione; b) quello sostanziale, derivante dall'esistenza in capo a tale soggetto di un interesse legittimo uguale e contrario a quello fatto valere attraverso l'azione impugnatoria, e cioè di un interesse al mantenimento della situazione esistente - messa in forse dal ricorso avversario - fonte di una posizione qualificata meritevole di tutela conservativa (*ex multis*, Cons. Stato, V, 24 ottobre 2018, n. 6044; IV, 1° agosto 2018, n. 4736; III, 31 ottobre 2017, n. 5038; V, 2 ottobre 2014, n. 4933).

Parimenti noto è che l'interesse al ricorso, su cui modulare, *a contrario*, l'interesse a resistere, è quello che si profila come personale, attuale e diretto.

Ciò posto, si osserva che il procedimento esitato con il diniego era finalizzato al rilascio dell'autorizzazione all'installazione degli impianti pubblicitari nei confronti dell'unico soggetto che, a causa dell'aggiudicazione della procedura selettiva, e nella perdurante validità dei suoi effetti, era legittimato al suo ottenimento.

Nel descritto contesto, non è dato ravvisare alcun controinteressato.

Tale qualità non è ricollegabile, in particolare, al secondo graduato della procedura selettiva, nei cui confronti non sussiste né l'elemento formale, in quanto egli non era menzionato nel diniego impugnato, né l'elemento sostanziale, che gli sarebbe derivato solo dalla revoca dell'aggiudicazione.

L'interesse del secondo graduato non può radicarsi, come pretende l'Amministrazione, neanche in vista della possibilità che il consolidamento del diniego per cui è causa derivante dalla riforma della sentenza appellata e dal rigetto del ricorso di primo grado di Next apra la via alla revoca dell'aggiudicazione: infatti, una siffatta aspettativa del secondo graduato non può essere qualificata come interesse uguale e contrario a quello di Next a ottenere l'autorizzazione, in quanto, essendo condizionata a eventuali e future determinazioni dell'Amministrazione, non risulta né attuale né diretta, e resta, pertanto, su un piano di mero fatto.

9.3. Il primo motivo dell'appello principale va pertanto respinto.

10. Con il secondo mezzo il Comune di Nettuno afferma che il giudice di primo grado avrebbe errato nel non rilevare la carenza di interesse al ricorso, derivante dalla mancata impugnazione del regolamento comunale ostativo al rilascio dell'autorizzazione per cui è causa.

Anche tale motivo non merita favorevole considerazione.

Va al riguardo preliminarmente osservato che la sentenza appellata ha rilevato che Next, nell'ambito della procedura di cui è risultata aggiudicataria, aveva presentato un progetto pienamente corrispondente alle prescrizioni del bando, il quale indicava, tra altro, anche le strade interessate dall'installazione.

Il Comune di Nettuno non ha impugnato né smentito tale accertamento, limitandosi a invocare la previsioni dello stesso bando che rinviavano al

rispetto delle norme del Codice della strada e del regolamento comunale regolanti la materia delle affissioni pubblicitarie.

Ciò posto, non potendosi ipotizzare che il bando prevedesse clausole in frontale contrasto con il predetto regolamento comunale, per la semplice ed evidente ragione, di portata dirimente, che l'Amministrazione comunale non ha avviato alcuna attività di autotutela relativa alla *lex specialis*, si deve concludersi per l'inesistenza di ostacoli alla possibilità da parte della società aggiudicataria della procedura di adeguare il progetto, già risultato conforme alla *lex specialis*, anche alle prescrizioni dettate dal regolamento.

Tra l'altro, come dà atto la sentenza appellata, una espressa disponibilità in tal senso è stata manifestata da Next nel corso del giudizio di primo grado.

E allora risulta evidente che la mancata impugnazione del regolamento non può condizionare la ritualità del gravame, in quanto, pur nella sussistenza del rapporto di presupposizione tra il regolamento e il diniego, si versa nell'ipotesi - che, per la giurisprudenza costituisce eccezione alla regola per cui l'omessa impugnazione dell'atto presupposto rende inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto contro l'atto consequenziale - di vizi propri di quest'ultimo, che connotano un'autonoma illegittimità della singola fase procedimentale di attuazione (Cons. Stato, IV, 1° luglio 2015, n. 3256; V, 5 dicembre 2014, n. 6012).

II. Con il terzo mezzo dell'appello principale il Comune di Nettuno sostiene che il primo giudice non si è avveduto che il diniego di autorizzazione era una vera e propria revoca dell'aggiudicazione, in quanto tale non soggetta alla comunicazione del preavviso di diniego.

L'argomentazione è frutto di una evidente forzatura.

La giurisprudenza afferma che l'atto di revoca dell'aggiudicazione deve contenere tutti gli elementi necessari a permettere di sindacare con completezza le scelte dell'amministrazione in sede di diritto di difesa in giudizio dell'interessato, da esercitarsi nel termine abbreviato (Cons. Stato, III, 11 luglio 2012, n. 4116; IV, 3 maggio 2011, n. 2646).

Il provvedimento di cui trattasi, dopo aver espresso le motivazioni del diniego, tutte afferenti al ridetto regolamento comunale, *“comunica formalmente il diniego al rilascio dell'autorizzazione all'installazione degli impianti pubblicitari come da Vostra richiesta di cui al procedimento di gara per la selezione del soggetto installatore di impianti pubblicitari con partecipazione del Comune agli introiti”*.

Dunque l'atto non menziona né lascia intendere la sua riferibilità all'esercizio dei poteri c.d. “di secondo grado” e al diverso procedimento di gara, che, anzi, richiama nei suoi contenuti essenziali (*“Nonostante codesta ditta sia risultata prima classificata alla selezione per l'individuazione di un soggetto installatore di stendardi da posizionare sui pali della Pubblica Illuminazione...”*), illustra le sole ragioni del diniego, e non quelle della asserita revoca, non indica in alcun modo l'atto asseritamente revocato.

Esso deve pertanto intendersi per quel che, sostanzialmente, è, ovvero un mero diniego di autorizzazione.

Per tale motivo, non rileva che l'art. 12 dell'avviso pubblico preveda che l'autorizzazione è subordinata all'accertamento dei requisiti richiesti nell'avviso e all'insussistenza di cause ostative in capo all'installatore.

Quanto, infine, al principio di cui all'art. 21-*octies* della l. 241 del 1990 pure invocato dal Comune di Nettuno, non vi è spazio per ritenere che il diniego, nei termini espressi, era vincolato, attesa la mancata dimostrazione in questa sede che il progetto di installazione della società

era totalmente irrealizzabile, ed essendovi, anzi, una prova contraria a tale tesi, considerato che esso era stato redatto secondo indicazioni rinvenienti dalla stessa Amministrazione e dalla medesima positivamente vagliato nell'ambito della gara pubblica.

12. L'appello principale del Comune di Nettuno va, pertanto, respinto.

13. Anche l'appello incidentale di Next deve essere respinto.

La domanda di risarcimento del danno avanzata da Next nel ricorso di primo grado e ribadita nell'appello incidentale della società è modulata sull'ipotesi della impossibilità di ottenere l'autorizzazione necessaria alla realizzazione del progetto proposto in gara.

Indi, essa, allo stato, ovvero a fronte della conferma della sentenza di primo grado che ha disposto il riesame dell'istanza di autorizzazione, si profila del tutto inattuale.

Deve, pertanto, essere confermato l'assunto del primo giudice in ordine alla suscettibilità dell'interesse sostanziale della società di trovare realizzazione all'esito del riesame.

14. Le spese di giudizio del grado possono essere compensate tra le parti, stante la reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, respinge sia l'appello principale che l'appello incidentale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio del grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 6 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Prospero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE
Anna Bottiglieri

IL PRESIDENTE
Raffaele Prospero

IL SEGRETARIO