

Pubblicato il 26/10/2022

N. 02344/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00886/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 886 del 2022, proposto da

- Urban Vision S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giancarlo Tanzarella e Carlo Maria Tanzarella ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi in Milano, Via Senato n. 37;

contro

- il Comune di Milano, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Paola Cozzi, Antonello Mandarano, Alessandra Montagnani Amendolea, Anna Maria Pavin, Maria Lodovica Bognetti, Maria Giulia Schiavelli, Elena Maria Ferradini e Salvatore Smaldone ed elettivamente domiciliato in Milano, Via della Guastalla n. 6, presso la sede dell'Avvocatura comunale;

nei confronti

- Vox Media S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Impresa Edile Virgilio Gherardi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determina dirigenziale prot. n. 185015 del 31 marzo 2022 adottata dal Direttore dell'Area Pubblicità e Occupazione Suolo Pubblico del Comune di Milano, recante autorizzazione all'installazione di due impianti pubblicitari sui ponteggi del monumento a Garibaldi in Largo Cairoli a Milano, e della sottesa assegnazione di spazi pubblicitari, in assenza del previo esperimento di una procedura di selezione comparativa tra gli operatori interessati;

- in quanto occorra, della clausola di cui alla lett. i) del paragrafo "*Altre informazioni*" del bando della procedura di gara per l'affidamento dell'appalto n. 17/2018, avente a oggetto i lavori di manutenzione per la conservazione di fontane e monumenti, e dell'art. 12.8, comma 4, del relativo Capitolato Speciale d'Appalto, ove tali disposizioni siano interpretabili 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, dell'art. 3, comma 16, dell'Allegato A al Regolamento sul **Canone Unico** Patrimoniale del Comune di Milano, ove interpretabile nel senso che esso 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.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

Viste le istanze di passaggio in decisione della causa sugli scritti e senza

discussione presentate dai difensori delle parti costituite;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Nessun difensore presente all'udienza pubblica del 6 ottobre 2022, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 16 maggio 2022 e depositato il 18 maggio successivo, la società ricorrente ha impugnato (i) la determina dirigenziale prot. n. 185015 del 31 marzo 2022 adottata dal Direttore dell'Area Pubblicità e Occupazione Suolo Pubblico del Comune di Milano, recante autorizzazione all'installazione di due impianti pubblicitari sui ponteggi del monumento a Garibaldi in Largo Cairoli a Milano, e la sottesa assegnazione di spazi pubblicitari, in assenza del previo esperimento di una procedura di selezione comparativa tra gli operatori interessati, e occorrendo (ii) la clausola di cui alla lett. i) del paragrafo “*Altre informazioni*” del bando della procedura di gara per l'affidamento dell'appalto n. 17/2018, 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 interpretabili 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, e (iii) l'art. 3, comma 16, dell'Allegato A al Regolamento sul **Canone Unico** Patrimoniale del Comune di Milano, ove interpretabile nel senso che esso 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.

La società ricorrente è un'impresa pubblicitaria particolarmente attiva nel mercato dell'esposizione sui ponteggi di cantiere; in occasione dell'esecuzione degli interventi di restauro della statua dedicata a Garibaldi situata in Largo Cairoli a Milano – lavori affidati dal Comune di Milano all'Impresa Edile Virgilio Gherardi S.r.l. nell'ambito dell'appalto n. 17/2018 – la predetta ricorrente ha manifestato al Comune di Milano, con note inoltrate nel mese di ottobre 2021 e nel mese di marzo 2022, il proprio interesse a concorrere per ottenere l'autorizzazione a installare cartelloni pubblicitari sui ponteggi del citato cantiere. Tuttavia, con determina dirigenziale 31 marzo 2022, prot. n. 185015, il Comune di Milano ha autorizzato l'installazione di due impianti pubblicitari sui ponteggi di cantiere da parte di Vox Media S.r.l., individuata direttamente dalla ditta appaltatrice (ossia dall'Impresa Edile Virgilio Gherardi S.r.l.), senza il previo esperimento di alcuna procedura di selezione comparativa, pur trattandosi della messa a disposizione di beni di proprietà comunale e pur determinando l'installazione una compartecipazione comunale ai proventi derivanti dalla stessa.

Assumendo l'illegittimità di tale affidamento diretto senza il previo esperimento di una procedura comparativa, la ricorrente ha chiesto l'annullamento della determina di autorizzazione all'installazione e degli atti presupposti per violazione e falsa applicazione dei principi eurounitari 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), per 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) e per eccesso di

potere per contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza manifeste.

Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2022, il Collegio, preso atto delle istanze di passaggio in decisione della causa sugli scritti e senza discussione presentate dai difensori delle parti costituite, ha trattenuto in decisione la controversia.

DIRITTO

1. In via preliminare, va affermata la sussistenza della permanenza in capo alla società ricorrente dell'interesse a una decisione di merito del ricorso, pur essendosi concluso il periodo di validità dell'autorizzazione all'installazione dei due impianti pubblicitari sui ponteggi del monumento a Garibaldi in Largo Cairoli; difatti, oltre alla circostanza che la difesa della ricorrente ha manifestato la sussistenza di un interesse ai fini risarcitori, va rilevato che in sede di ricorso è stato impugnato anche l'art. 3, comma 16, dell'Allegato A al Regolamento sul **Canone Unico** Patrimoniale, nella parte in cui può essere interpretato nel senso che le autorizzazioni per lo sfruttamento pubblicitario dei ponteggi di cantieri installati su beni di proprietà comunale non debbano essere rilasciate previo esperimento di una procedura di selezione comparativa tra gli operatori interessati. La perdurante vigenza della norma regolamentare rende attuale l'interesse, da parte di un operatore del settore pubblicitario, a una decisione del ricorso nel merito, anche al fine di evitare future eventuali illegittime applicazioni della predetta disposizione.

2. Passando all'esame del merito del ricorso, lo stesso è fondato.

3. Con l'unica complessa censura si assume che, contrariamente a quanto

avvenuto nella fattispecie oggetto di scrutinio, lo sfruttamento pubblicitario di beni o spazi pubblici dovrebbe necessariamente essere sottoposto a una procedura di evidenza pubblica, in modo da garantire la concorrenza, la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi, secondo le previsioni dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva "Bolkenstein"), che impongono l'espletamento di una selezione comparativa in presenza di un numero limitato di autorizzazioni disponibili per una determinata attività, correlato alla scarsità delle risorse naturali; l'esperimento di una gara pubblica per assegnare gli spazi pubblicitari nei cantieri installati su aree comunali è imposto altresì dall'applicazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione, come declinati anche dalla normativa sulla contabilità di Stato, e dalla necessità di garantire a tutti i consociati parità di accesso ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici.

3.1. La censura è fondata.

L'attività di esposizione pubblicitaria sui ponteggi è da qualificare quale "servizio" ai sensi dell'art. 4.1 della Direttiva 2006/123/CE (c.d. Direttiva "Bolkenstein"), recepita nell'ordinamento interno tramite il D. Lgs. n. 59 del 2010, trattandosi di una "attività economica non salariata di cui all'art. 57 TFUE fornita normalmente dietro retribuzione", che è sottoposta a un "regime di autorizzazione", ossia è correlata a una decisione, formale o implicita, di un'autorità pubblica al fine di poterla esercitare. Difatti, la pubblicità esterna è subordinata al rilascio di specifica autorizzazione, con cui l'Autorità amministrativa verifica la compatibilità dell'attività pubblicitaria proposta con la sicurezza della circolazione stradale e con il decoro urbano (cfr. art. 23 del Codice della strada). La pubblicità sui ponteggi collocati su aree pubbliche sconta la limitatezza di tale risorsa – ossia delle aree pubbliche su cui vengono installati i ponteggi per lavori – e quindi non richiede soltanto il rilascio di un'autorizzazione, ma implica la concessione

dello spazio pubblico attraverso il quale effettuare la pubblicità. Quindi deve farsi applicazione della normativa europea (comunque recepita in Italia), secondo la quale, in presenza di “*scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili*”, ovvero laddove ci si trovi al cospetto di un accesso limitato a un determinato ambito – da intendersi non solo da un punto di vista naturalistico o materiale – da parte dei soggetti in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa, è necessario dar corso a un confronto di natura comparativa tra i potenziali aspiranti (art. 12.1 della Direttiva 2006/123/CE). Il concetto di scarsità deve essere *«interpretato in termini relativi e non assoluti, tenendo conto non solo della “quantità” del bene disponibile, ma anche dei suoi aspetti qualitativi e, di conseguenza, della domanda che è in grado di generare da parte di altri potenziali concorrenti, oltre che dei fruitori finali del servizio che tramite esso viene immesso sul mercato»* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17).

Di conseguenza, la prospettazione della difesa comunale con cui si contesta di essere al cospetto di un’attività di servizi per cui sussista “scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili”, trattandosi piuttosto di una concessione di suolo demaniale per lo sfruttamento pubblicitario, non può essere accolta, in quanto si pone in contrasto con l’approccio di natura funzionale e pragmatica *«che caratterizza il diritto dell’Unione, che da tempo, proprio in materia di concessioni amministrative, ha dato impulso ad un processo di rilettura dell’istituto in chiave sostanzialistica, attenta, più che ai profili giuridico-formali, all’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. Dall’art. 4, punto 1, della direttiva 2006/123 risulta che per “servizio”, ai fini di tale*

direttiva, si intende qualsiasi attività economica non salariata di cui all'articolo 57 TFUE, fornita normalmente dietro retribuzione. In particolare, "un'attività di locazione di un bene immobile [...], esercitata da una persona giuridica o da una persona fisica a titolo individuale, rientra nella nozione di «servizio», ai sensi dell'articolo 4, punto 1, della direttiva 2006/123" (Corte di giustizia, Grande sezione, 22.9.2020, C-724/2018 e C727/2018, punto 34)» (Consiglio di Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17).

È allora evidente che il provvedimento che riserva in via esclusiva lo sfruttamento di un bene a un operatore economico, consentendo a quest'ultimo di utilizzarlo per svolgere un'attività d'impresa di erogazione di servizi pubblicitari, va considerato, nell'ottica della direttiva 2006/123/CE, un'autorizzazione di servizi contingentata e, come tale, da sottoporre alla procedura di gara (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17). Oltretutto, va sottolineato come *«il confronto competitivo, oltre ad essere imposto dal diritto dell'Unione, risulta coerente con l'evoluzione della normativa interna sull'evidenza pubblica, che individua in tale metodo non solo lo strumento più efficace per la scelta del miglior "contraente" (in tal caso, concessionario), cioè del miglior interlocutore della pubblica amministrazione, ma anche come mezzo per garantire trasparenza alle scelte amministrative e apertura del settore dei servizi al di là di barriere all'accesso»* (Consiglio di Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 17).

In tal modo si persegue altresì l'interesse della collettività alla massimizzazione delle entrate nelle casse pubbliche attraverso la migliore utilizzazione e valorizzazione dei beni dello Stato e degli altri Enti pubblici.

Da quanto evidenziato discende l'illegittimità del 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 Garibaldi situata in Largo Cairoli a Milano.

3.2. In senso contrario non assumono carattere esimente le circostanze che i lavori di restauro della statua siano stati affidati previo esperimento di una

procedura concorsuale e che sia stata poi l'impresa affidataria dei predetti lavori (ossia l'Impresa Edile Virgilio Gherardi S.r.l.) a individuare direttamente e autonomamente la società Vox Media quale partner pubblicitario, con cui ha stipulato il contratto di vendita degli spazi pubblicitari, ai sensi dell'art. 12.8.4 del Capitolato Speciale d'Appalto (all. 3 al ricorso).

Difatti, la procedura selettiva ha riguardato esclusivamente l'affidamento dei lavori di restauro della statua e non anche la fase relativa all'assegnazione degli spazi pubblicitari sui ponteggi, con la conseguenza che per tale segmento di attività non sono stati rispettati i principi dell'evidenza pubblica, in violazione della normativa dell'Unione europea in precedenza richiamata. Ciò, peraltro, è avvenuto in diretta applicazione dal disposto di cui all'art. 12.8.4 del Capitolato d'appalto, secondo il quale *“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”* (all. 3 al ricorso). Tale disposizione trova il proprio referente 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" (all. 6 al ricorso).

Nella sostanza il Comune, secondo la richiamata regolamentazione, non procede direttamente all'individuazione del soggetto che potrà utilizzare i ponteggi per la pubblicità, ma affida tale scelta alla libera determinazione dell'appaltatore dei lavori, limitandosi, il Comune, a esprimere soltanto un preventivo nulla osta e a introitare la metà dei proventi pubblicitari connessi all'uso degli spazi (la cui entità complessiva viene stabilita esclusivamente dagli operatori privati). L'impresa aggiudicataria dei lavori agisce quindi in regime totalmente privatistico e non è investita di alcun potere pubblicistico – quale concessionario deputato allo svolgimento della procedura comparativa in sostituzione dell'Ente affidante – rispetto alla gestione del segmento legato allo sfruttamento pubblicitario dei ponteggi. Tuttavia, come rilevato in precedenza, in presenza di un bene pubblico “*limitato*” non è possibile affidarne la gestione a un soggetto privato senza una preventiva gara avente a oggetto quella determinata attività, consentendo poi allo stesso gestore di utilizzarlo come fosse di sua proprietà esclusiva. Tale conclusione non può ritenersi superata né dalla previsione che impone all'appaltatore dei lavori di dover corrispondere al Comune la metà dei proventi derivanti dalla pubblicità, poiché l'importo degli stessi viene stabilito liberamente tra appaltatore e terzo operatore (della pubblicità) ed è di entità variabile, potendo essere anche pari a zero (laddove tra gli stipulanti vi fossero rapporti di altro genere), né dalla necessità di munirsi del preventivo nulla osta del Comune, visto che quest'ultimo viene rilasciato successivamente alla scelta del soggetto beneficiario, la quale viene effettuata esclusivamente dall'appaltatore dei lavori (come avvenuto nella fattispecie oggetto di esame).

3.3. 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, oltre che in violazione della normativa dell'Unione europea sulla tutela della concorrenza, anche in violazione degli interessi pubblici correlati a una corretta gestione dei beni appartenenti alla collettività.

3.4. In conclusione, deve essere dichiarata l'illegittimità dell'art. 12.8.4 del Capitolato d'appalto; ugualmente risulta illegittimo l'art. 3, comma 16, dell'Allegato A al Regolamento sul **Canone Unico** Patrimoniale, laddove non vi si prevede l'obbligo di effettuare una procedura a evidenza pubblica per la scelta del soggetto che può utilizzare i ponteggi per la pubblicità.

4. Alla fondatezza della scrutinata doglianza segue l'accoglimento del ricorso, secondo quanto specificato in precedenza.

5. Le spese seguono la soccombenza tra le parti costituite e si liquidano in dispositivo; si compensano nei confronti delle parti non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe, secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna il Comune di Milano al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente nella misura di € 2.000,00 (duemila/00), oltre oneri e spese generali; si compensano per le restanti parti. Si dispone altresì la rifusione del contributo unificato in favore della ricorrente a carico del Comune di Milano.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Gabriele Nunziata, Presidente

Silvia Cattaneo, Consigliere

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Antonio De Vita

IL PRESIDENTE
Gabriele Nunziata

IL SEGRETARIO