



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 Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso con il numero di registro generale 624 del 2011, proposto dall'impresa "PROMOOFFSET s.r.l.", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Danilo Colombo, con domicilio eletto in Palermo, via Catania n. 166, presso lo studio dell'Avv. Giuseppe Azzolina;

contro

- il Comune di Caltanissetta, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Rosario Carrara, con domicilio eletto in Palermo, via Resuttana Colli, 366, presso lo studio dell'Avv. Maurizio Cannizzo;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della nota prot. n. 10782 del 25 febbraio 2011 di comunicazione della rimozione degli impianti pubblicitari entro il 1° gennaio 2012;

- degli eventuali provvedimenti di rimozione degli impianti di proprietà della Promooffset s.r.l.;
 - del bando di gara e annesso disciplinare dell'appalto in concessione per l'affidamento a imprese private delle singole microzone per l'esercizio della pubblicità commerciale;
 - dei singoli provvedimenti di aggiudicazione;
 - del Piano Generale degli Impianti Pubblicitari, approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 27 del 29 aprile 2010;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;
- e per il risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente.

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTA l'ordinanza n. 316 del 19 aprile 2011, di fissazione dell'udienza pubblica di discussione nel merito del ricorso;

VISTI l'atto di costituzione in giudizio, con i relativi allegati, e la memoria difensiva del Comune intimato;

VISTA la memoria di replica di parte ricorrente depositata il 22 giugno 2011;

VISTI tutti gli atti della causa;

RELATORE il Referendario Anna Pignataro;

UDITI, alla udienza pubblica del 12 luglio 2011, l'Avv. D. Colombo per l'impresa ricorrente e l'Avv. R. Carrara per il Comune resistente;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 24 marzo 2010 e depositato il successivo

giorno 25, l'impresa ricorrente espone di essere un'azienda leader nel settore pubblicitario, titolare di autorizzazioni per lo sfruttamento di 22 impianti pubblicitari nel territorio di Caltanissetta.

Lamenta che, in forza del bando di gara e dell'annesso disciplinare per l'affidamento a imprese private delle singole microzone per l'esercizio della pubblicità commerciale, il Comune intimato avrebbe, di fatto, disposto la revoca tacita delle precedenti autorizzazioni già rilasciate, disapplicando la normativa nazionale di riferimento che non prevedrebbe l'istituto dell'affidamento per mezzo di pubblico incanto per la concessione del servizio della pubblicità commerciale, così come disposto dal Piano Generale degli Impianti Pubblicitari, approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 27 del 29 aprile 2010.

Lamenta, altresì, l'illegittimità dell'ordine di rimozione degli impianti pubblicitari disposto nei suoi confronti con l'atto prot. n. 10782 del 25 febbraio 2011, anche per violazione dell'ordinanza cautelare n. 1132 del 2008 di questo stesso Tar, emessa nel giudizio promosso contro il Comune di Caltanissetta dall'impresa Promocity – di cui la ricorrente sarebbe cessionaria di taluni impianti pubblicitari - per l'effetto della quale è stato sospeso il diniego di sanatoria di tali impianti (nota prot. n. 33973 del 30 aprile 2008).

Avverso gli atti impugnati deduce le seguenti censure:

1) *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del D.P.R. n. 495/92 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del D.lgs. n. 507 del 1993; violazione e falsa applicazione dell'art. 42 della Costituzione; eccesso di potere; manifesta*

ingiustizia”, in quanto la scelta dell’amministrazione comunale di ricorrere ad una procedura di evidenza pubblica per l’affidamento in concessione del servizio di che trattasi sarebbe in contrasto con l’art. 41 della Costituzione che garantisce la libertà di iniziativa economica privata; lo stesso art. 3 del D.lgs. 507 del 1993 non prevederebbe, per il rilascio dell’autorizzazione, la necessità di alcuna gara; il servizio di che trattasi, secondo la giurisprudenza, invero, non si configurerebbe come un servizio reso ad un ente locale, ma come forma di svolgimento di un’attività economica soggetta soltanto ad autorizzazione;

2) “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della legge n. 241/1990 e s.m.i., così come recepito in Sicilia dalla legge regionale n. 10 del 1991 e s.m.i.; manifesta elusione dell’ordinanza n. 1132/2008 del Tar Palermo, sez. III; difetto d’istruttoria; manifesta ingiustizia*”, poiché la nota prot. n. 10782 del 25 febbraio 2011, di comunicazione della rimozione degli impianti pubblicitari entro il 1° gennaio 2012, non sarebbe adeguatamente motivata;

3) “*Violazione e falsa applicazione dell’art. 7 della legge n. 241/1990 e s.m.i., così come recepito in Sicilia dalla legge regionale n. 10 del 1991 e s.m.i.; manifesta elusione dell’ordinanza n. 1132/2008 del Tar Palermo, sez. III; difetto d’istruttoria; manifesta ingiustizia*”. Deduce la ricorrente che la nota prot. n. 10782 del 25 febbraio 2011 avrebbe natura di revoca tacita delle autorizzazioni già possedute e sarebbe stata disposta, peraltro, in elusione dell’ordinanza sospensiva del Tar n. 1132 del 2008; trattandosi di un atto di ritiro sarebbe stato necessario l’avviso di

avvio del procedimento, al fine di consentirle l'apporto partecipativo mediante la formulazione di osservazioni, che avrebbero potuto orientare diversamente la decisione finale dell'amministrazione procedente.

Conclude, quindi, per l'accoglimento del ricorso e della preliminare istanza cautelare, nonché per la condanna del Comune intimato al risarcimento dei danni asseritamente subiti, in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Con ordinanza n. 316/2011 è stata disposta la fissazione dell'udienza pubblica per la discussione del ricorso nel merito.

Per resistere al gravame si è costituito in giudizio il Comune di Caltanissetta che ha eccepito preliminarmente la tardività dell'impugnazione della deliberazione n. 27 del 29 aprile 2010 di approvazione del Piano generale degli impianti pubblicitari, l'inammissibilità per difetto d'interesse rispetto al bando di gara e dell'annesso disciplinare, nonché nella parte in cui è denunciata l'asserita elusione dell'ordinanza n. 1132/2008 di questo Tar; nel merito, ha chiesto il rigetto dell'intero gravame siccome infondato.

La ricorrente ha replicato con memoria, depositata tuttavia tardivamente oltre il termine dei venti giorni liberi prima dell'udienza di trattazione.

Alla pubblica udienza del giorno 12 luglio 2011, su richiesta dei difensori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.Vanno, innanzitutto, affrontate le eccezioni preliminari sollevate dal

Comune resistente.

1.1. E' infondata l'eccezione di irricevibilità sollevata con riferimento all'impugnazione della deliberazione n. 27 del 29 aprile 2010 del Consiglio Comunale, di approvazione del Piano generale degli impianti pubblicitari.

Contrariamente a quanto sostenuto dal Comune resistente, infatti, nel caso di specie, il *dies a quo* per l'impugnazione non va individuato con quello della compiuta pubblicazione dell'atto all'albo pretorio, bensì con quello della conoscenza dell'atto concreto e applicativo della disposizione di natura generale e/o regolamentare presupposta (il Piano degli impianti pubblicitari), successivamente emanato, ossia la nota n. 10782 del 25 febbraio 2011.

1.2. E' fondata, invece, l'eccezione d'inammissibilità per difetto d'interesse all'impugnazione (*rectius*, legittimazione a ricorrere) del bando di gara di gara e del relativo disciplinare e degli atti conseguenti, a causa della mancata partecipazione della gara dell'impresa ricorrente.

La questione è stata oggetto di approfondimento e di rimeditazione da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n.4 del 7 aprile 2011; per quel che qui rileva, è stato affermato il principio secondo cui "*la legittimazione al ricorso, in materia di affidamento di contratti pubblici, spetta solo al soggetto che ha legittimamente partecipato alla procedura selettiva... poiché solo tale qualità si connette all'attribuzione di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela*".

Le eccezioni a tale principio, indicate dall'Adunanza Plenaria nei casi

in cui il soggetto non partecipante dimostri, comunque, una adeguata posizione differenziata - costituita, per esempio, dalla titolarità di un rapporto incompatibile con il nuovo affidamento contestato -, sono tuttavia riconducibili alle ipotesi di contestazione degli affidamenti diretti alla luce del giudizio di assoluto disvalore manifestato dal diritto comunitario nei confronti di atti contrastanti con il principio essenziale della concorrenza. Nel caso di specie, al contrario, è contestata proprio la scelta del ricorso all'evidenza pubblica e da ciò consegue che nessuna eccezione possa essere riconosciuta al principio generale sopra ricordato.

1.3. Appare fondata anche l'eccezione d'inammissibilità del ricorso nella parte in cui si denuncia l'asserita violazione o elusione dell'ordinanza cautelare n. 1132/2008, poiché essa risulta emessa in altro giudizio pendente tra parti diverse, avente ad oggetto un diverso procedimento amministrativo e rapporto giuridico, nonché atti diversi da quelli oggetto dell'odierno gravame.

2. Superate le questioni preliminari, restano da affrontare, nel merito, i motivi proposti, nelle parti che risultano sorrette da legittimazione ed interesse al ricorso, come indicato ai precedenti punti 1.2 e 1.3..

2.1. Con il primo motivo (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 53 del D.P.R. n. 495/92 e s.m.i.; violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del D.lgs. n. 507 del 1993; violazione e falsa applicazione dell'art. 42 della Costituzione; eccesso di potere; manifesta ingiustizia*) si deduce che la scelta dell'amministrazione comunale di ricorrere ad una procedura di evidenza pubblica per l'affidamento in concessione del servizio di che

trattasi sarebbe in contrasto con l'art. 41 della Costituzione che garantisce la libertà di iniziativa economica privata; del resto, lo stesso art. 3 del D.lgs. 507 del 1993 non prevederebbe, per il rilascio dell'autorizzazione, la necessità di alcuna gara; il servizio di che trattasi, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, 10 gennaio 2007, n. 44; C.G.A. , 6 settembre 2010, n. 1140), invero, non si configurerebbe come un servizio reso ad un ente locale, ma come forma di svolgimento di un'attività economica soggetta soltanto ad autorizzazione.

Il Collegio non sconosce i precedenti richiamati dalla ricorrente ma ritiene che detti precedenti siano meritevoli di rimeditazione.

Invero, il Collegio ritiene di aderire al diverso orientamento espresso dal Consiglio di Stato, sez. V, nella decisione del 29 aprile 2009, n. 2723, nonché in quella del 2 febbraio 2009, n. 529, richiamate dalla difesa del Comune resistente.

Afferma testualmente il Consiglio di Stato che:

- l'installazione di impianti pubblicitari è un'attività economica "contingentata", stante la limitatezza degli spazi a ciò destinati. Siffatto contingentamento non si pone in contrasto con la tutela costituzionale della libera iniziativa privata, giacché lo stesso art. 41 Cost. ammette la possibilità di limitare tale libertà onde contemperarla con l'utilità sociale (decisione 29 aprile 2009, n. 2723);
- gli interessi economici delle imprese operanti nel campo della pubblicità vanno pertanto ponderati assieme agli altri interessi superindividuali, a vario titolo coinvolti nella specifica regolazione

(decisione n. 2723/09 cit.);

- secondo la giurisprudenza (prevalente) non sarebbe consentito alle amministrazioni comunali, tanto meno attraverso il meccanismo della gara, l'affidamento in concessione a privati di spazi per l'esercizio di attività pubblicitaria; i punti di approdo di quella giurisprudenza vanno rimeditati se rapportati al problema dell'accesso al mercato degli spazi pubblici da destinare agli impianti pubblicitari; in tale ambito appare infatti evidente che le amministrazioni comunali devono avere un ruolo di regolazione ai fini della assegnazione concorrenziale, tra tutti i potenziali soggetti interessati, degli spazi pubblici ove allocare gli impianti (decisione 2 febbraio 2009, n. 529);

- anche il mercato relativo all'uso degli impianti pubblicitari privati in ambito cittadino è, allo stato attuale, un mercato contingentato e regolamentato. Il contingentamento è un portato vuoi della naturale limitatezza territoriale degli spazi destinati ad ospitare gli impianti all'interno della cintura urbana vuoi della consequenziale prescrizione, imposta dal regolamento sulla imposta della pubblicità (art. 3 comma 3 del d.lgs. 1993 n. 507), secondo cui i Comuni devono tra l'altro determinare "la quantità degli impianti pubblicitari" (dec. n. 529/09 cit.);

- gli impianti pubblicitari destinati alle affissioni dirette, sia per la parte in titolarità comunale, destinata al servizio delle pubbliche affissioni, sia per la parte di titolarità privata e gestita, anche per conto terzi, direttamente e liberamente da soggetti privati, rappresentano complessivamente un *numerus clausus* (decisione n. 529/09 cit.);

- in conclusione, la scelta di molti comuni di assegnare in concessione detti spazi di territorio comunale a mezzo di gara non soltanto non appare incompatibile – come pure si legge in alcuni passaggi motivazionali di varie pronunce- con il principio costituzionale di libera iniziativa economica, ma risulta semmai funzionale al concretizzarsi di quel principio, mercé lo strumento concorrenziale proprio della gara (decisione n. 529/09 cit.).

Nulla vi è da aggiungere a questa precisa e meditata ricostruzione, che il Collegio condivide anche con riguardo al caso di specie.

Segue da ciò l'infondatezza del primo motivo di ricorso.

2.2. Parimenti destituito di base è il secondo motivo (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e s.m.i., così come recepito in Sicilia dalla legge regionale n. 10 del 1991 e s.m.i.; manifesta elusione dell'ordinanza n. 1132/2008 del Tar Palermo, sez. III; difetto d'istruttoria; manifesta ingiustizia*) poiché l'impugnata nota prot. n. 10782 del 25 febbraio 2011, di comunicazione della rimozione degli impianti pubblicitari entro il 1° gennaio 2012, contrariamente a quanto lamentato dalla ricorrente, appare adeguatamente motivata, contenendo non solo i precisi riferimenti delle norme del piano alle quali il Comune ha inteso conformarsi (artt. 19 e 25), ma anche una chiara sintesi degli effetti sui rapporti giuridici preesistenti, delle modalità e della tempistica del procedimento avviato al fine di dare attuazione alla nuova pianificazione in materia di pubblicità commerciale.

2.3. Con la terza censura (*Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della*

legge n. 241/1990 e s.m.i., così come recepito in Sicilia dalla legge regionale n. 10 del 1991 e s.m.i.; manifesta elusione dell'ordinanza n. 1132/2008 del Tar Palermo, sez. III; difetto d'istruttoria; manifesta ingiustizia), deduce la ricorrente che la nota prot. n. 10782 del 25 febbraio 2011 avrebbe natura di revoca tacita delle autorizzazioni già possedute e, pertanto, sarebbe stato necessario l'avviso di avvio del procedimento, al fine di consentirle l'apporto partecipativo mediante la formulazione di osservazioni che avrebbero potuto orientare diversamente la decisione finale dell'amministrazione procedente.

Ad avviso del Collegio è da escludere che l'atto in questione possa qualificarsi come una revoca, almeno sotto il profilo della natura discrezionale che a tale istituto va riconosciuta, se solo si consideri che la comunicata obbligatorietà di rimozione degli impianti entro un termine definito appare imposta dall'atto pianificatorio e/o normativo posto a monte e, dunque, si atteggia quale decisione di natura vincolata.

Pertanto, nel caso di specie, risulta applicabile il disposto di cui all'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/90, invocato dal Comune resistente, di talché la violazione dell'obbligo di partecipazione non sussiste tenuto conto che il contenuto dei provvedimenti impugnati non avrebbe potuto essere diverso (v. Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 2009, n. 2723).

Ne consegue l'infondatezza della censura.

3. Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso, nel suo complesso, deve essere rigettato.

Le spese seguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente “PROMOOFFSET s.r.l.”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, al pagamento in favore del Comune di Caltanissetta, in persona del Sindaco *pro tempore*, delle spese e degli onorari del giudizio che liquida in € 3.000,00 (euro tremila e zero centesimi), oltre accessori, come per legge.

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

Così deciso in Palermo nelle camere di consiglio dei giorni 12 e 26 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Adamo, Presidente

Federica Cabrini, Consigliere

Anna Pignataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)