

Pubblicato il 10/12/2021

N. 08232/2021REG.PROV.COLL.
N. 08726/2020 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8726 del 2020, proposto da Ck Hutchison Networks Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Raffaele Cassano, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna, 39;

contro

Comune di Fiorenzuola, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Masi, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Parma, via Mistrali 4;

Comune di Fiorenzuola D'Arda – Settore Lavori Pubblici, non costituito in giudizio;

nei confronti

Luminor S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Tommaso Matteo Ferrario, Michela Eugenia Vasari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata 30 giugno 2020, n. 129 del Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, Sezione Prima

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Fiorenzuola e di Luminor S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2021 il Cons. Vincenzo Lopilato.

FATTO

1.- Il Comune di Fiorenzuola d'Arda ha pubblicato un bando d'asta per la costituzione di un diritto di superficie di ventuno anni su aree di proprietà comunale occupate da stazioni base di telefonia mobile di proprietà di Ck Hutchison Networks Italia s.p.a. (d'ora innanzi solo "Società"). L'aggiudicataria sarebbe subentrata nella posizione di locatore del Comune ed i relativi beni posti a base d'asta sarebbero stati ceduti con i relativi pesi.

La gara è stata aggiudicata a Luminor s.r.l. per la somma di euro 71.000.

2.- La Società ha impugnato gli atti della suddetta procedura di gara innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Emilia Romagna che, con sentenza 30 giugno 2020, n. 129,

ha ritenuto che il ricorso fosse: *i*) irricevibile per mancata impugnazione della determina a contrarre che è stata pubblica presso l'albo pretorio dal 12 al 25 gennaio 2020 mentre il ricorso è stato notificato il 28 maggio 2020; *ii*) inammissibile per mancata presentazione da parte della Società della domanda di partecipazione alla suddetta procedura, con la conseguenza che *«l'eventuale annullamento dell'ammissione della controinteressata (...)non*

potrebbe che determinare lo scorrimento della graduatoria con aggiudicazione della gara alla seconda classificata».

3.- La ricorrente di primo grado ha proposto appello.

4.- Si è costituita in giudizio la Luminor s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello.

5.- La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 28 ottobre 2021.

DIRITTO

1.- La questione all'esame della Sezione attiene alla legittimità della procedura di gara per la costituzione di un diritto di superficie di ventuno anni su aree di proprietà comunale occupate da stazioni base di telefonia mobile di proprietà.

2.- L'appello non è fondato.

3.- Con un secondo motivo (che si esamina per primo per le ragioni indicate oltre) si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto l'irricevibilità del ricorso introduttivo del giudizio per tardiva impugnazione della determinazione a contrarre, atteso che quest'ultima sarebbe un atto endoprocedimentale e, in quanto tale, non suscettibile di autonoma impugnazione. In particolare, si afferma che la predetta determina, al momento della sua indicazione, non avrebbe avuto carattere lesivo avendo la Società la Società fatto affidamento sulla circostanza che al termine del procedimento il Comune *«l'avrebbe informata della migliore offerta ricevuta, così da consentirle di poterla eguagliare».*

Il motivo non è fondato.

La determinazione a contrarre, nella specie, è il primo atto della procedura di gara. Nel primo motivo di appello (che verrà esaminato oltre) si afferma in modo chiaro che l'interesse dell'appellante è quello ad impedire lo stesso svolgimento della procedura di gara per *«indisponibilità relativa»* dei beni oggetto della procedura proprio in ragione del fatto che tali beni sono già oggetto di una concessione rilasciata dall'amministrazione all'appellante. In questa prospettiva, è evidente che l'interesse ad agire sorge al momento della stessa attivazione della procedura di gara, con conseguente onere di

impugnazione del primo atto della procedura che è la determinazione a contrarre avente, nel caso in esame, valenza esterna.

Ne consegue che correttamente il primo giudice ha dichiarato irricevibile il ricorso.

Il Collegio rileva come, nel motivo in esame, la Società appellante sembra ritenere che non sussistesse l'interesse ad impugnare in via immediata l'indizione della procedura ma solo il suo esito, sul presupposto che la Società stessa avrebbe avuto una sorta di diritto di preferenza rispetto all'offerta finale della società aggiudicataria.

Anche se si segue questa diversa prospettiva (tralasciando gli aspetti di perplessità nella stessa ricostruzione dell'interesse ad agire da parte dell'appellante), il ricorso di primo grado è inammissibile per quanto verrà esposto nel successivo punto della presente decisione

4.- Con un primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la stessa fosse priva di legittimazione ad agire per non avere presentato la domanda di partecipazione alla gara. In particolare, si è affermato che la Società non avrebbe dovuto «*sottoporsi al confronto competitivo*», in quanto, all'esito della procedura, in ragione della sua qualità di concessionaria delle aree, il Comune avrebbe dovuto consentirle di «*eguagliare la migliore offerta ricevuta dal Comune*».

Il motivo non è fondato.

Nel processo civile, ai fini del riconoscimento della sussistenza della legittimazione ad agire è sufficiente la mera affermazione della astratta titolarità di un diritto soggettivo fatto valere (cd. possibilità giuridica).

Nel processo amministrativo, agli stessi fini, la giurisprudenza (tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2224) è costante nel ritenere necessaria la dimostrazione dell'effettiva titolarità di una situazione giuridica di interesse legittimo (e, nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche di diritto soggettivo). In questa prospettiva, la legittimazione ad agire assume una connotazione sostanziale in quanto costituisce la proiezione nel processo

dell'interesse legittimo. Tale diversità si giustifica in ragione del fatto che nel processo civile alla fase preliminare di natura processuale nel cui ambito si accerta l'astratta titolarità del diritto soggettivo segue la fase di merito di accertamento effettivo di tale diritto. Nel processo amministrativo, l'anticipazione di tale accertamento alla fase preliminare si giustifica in quanto il riconoscimento della titolarità dell'interesse legittimo non definisce ancora giudizio, occorrendo che nella fase di merito si confronti l'interesse legittimo con l'interesse pubblico al fine di stabilire se il rapporto giuridico debba essere accertato con prevalenza del primo sul secondo per l'illegittimità dell'azione amministrativa.

Per le ragioni esposte, occorre stabilire se la Società appellante sia titolare di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara e, dunque, di una posizione giuridica qualificata e differenziata.

La qualificazione giuridica e la differenziazione non sono due criteri autonomi. L'unico criterio è quello della qualificazione giuridica. La differenziazione è insita nella qualificazione nel senso che la norma assegna rilevanza all'interesse legittimo che si presenta in modo differenziato rispetto alla posizione di altri.

Il processo di differenziazione può essere "espreso" nei casi in cui la qualificazione e differenziazione dell'interesse legittimo è effettuata dalla norma in modo diretto stabilendosi quale sia il soggetto che possa essere parte di un rapporto giuridico con la pubblica amministrazione.

Il processo di differenziazione può essere "implicito" nei in cui la qualificazione e differenziazione è effettuata dalla norma in modo indiretto mediante la richiesta della sussistenza di una specifica condizione desumibile dalla complessiva disciplina della materia.

Nel settore delle procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente ricorre quest'ultima evenienza. La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che è necessaria la presentazione di una domanda di partecipazione alla procedura (Cons. Stato, Ad. plen., 22 aprile 2013, n. 8).

Tale domanda, per analogia di procedura, è richiesta anche nel caso in esame. Non avendola presentata, la società è priva di legittimazione ad agire. Né varrebbe rilevare che la stessa avrebbe una sorta di diritto di preferenza rispetto all'offerta finale della società aggiudicataria in quanto la norma di regolazione del settore non contempla tale diritto e, dunque, non è possibile giustificare sotto tale aspetto il diritto di prelazione e la conseguente legittimazione ad agire.

5.- L'appellante è condannata al pagamento, in favore di ciascuna delle parti costituite, delle spese del presente grado di giudizio, che si determinano in euro 1.500,00, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) rigetta l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) condanna l'appellante al pagamento in favore di ciascuna delle parti costituite, delle spese del presente grado di giudizio, che si determinano in euro 1.500,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Vincenzo Lopilato

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO