

Sull'applicabilità dei “principi” di cui al D.Lgs n. 36/2023 anche ai contratti cd. attivi della Pubblica Amministrazione.

di Vittoria Chiacchio

Data di pubblicazione: 18-11-2024

Seppur esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici, ai contratti cd. attivi della PP.AA si applichino, comunque, i principi di risultato, fiducia ed accesso al mercato del vigente codice.

Publicato il 10/10/2024

N. 02628/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00624/2024 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 624 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da NIn Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Amicarelli, Marco Valerio Lupoli e Roberta Errico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Gerola Alta, non costituito in giudizio;

nei confronti

Wholesailor B.V., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Mossali e Mariateresa Sorte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della deliberazione n. 93 del 5.12.2023 della Giunta Municipale, di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso e comunque consequenziale e per la dichiarazione di inefficacia del contratto di locazione eventualmente stipulato e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, nella misura che ci si riserva di meglio quantificare in corso di causa;

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da NIn Italia S.r.l. il 29/4/2024:

della deliberazione n. 33 del 12 marzo 2024 della Giunta Municipale, divenuta subito esecutiva e pubblicata sull'Albo Pretorio dal 12 marzo al 29 marzo 2024, avente ad oggetto "Schema di contratto di locazione porzione di terreno - cancellazione del diritto di esclusiva".

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Wholesailor B.V.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2024 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione di Giunta n. 93 del 2023 il Comune di Gerola Alta (SO) approvava uno schema di contratto di locazione con diritto di esclusiva a favore della società di diritto olandese Wholesailor B.V.

Quest'ultima è una società operante nel settore delle comunicazioni elettroniche, che sono disciplinate dal D.Lgs. n. 259 del 2003 (codice delle comunicazioni elettroniche o anche solo "CCE").

Per effetto del contratto di cui sopra Wholesailor otteneva il godimento di una porzione di

terreno di proprietà comunale in località Pizzo di Trona, al fine di installare sulla porzione stessa talune infrastrutture con funzione di ponte radio.

La società esponente NIn Italia Srl (di seguito, anche solo "NIn") è anch'essa un operatore nel settore delle comunicazioni elettroniche e con il ricorso principale in epigrafe impugnava la suddetta deliberazione n. 93 del 2023, lamentando sostanzialmente che l'assegnazione del bene in locazione fosse avvenuta senza alcuna procedura di gara oltre che senza una adeguata motivazione.

Con il ricorso era chiesta anche la sospensione del provvedimento impugnato.

Nessuna delle parti intimata si costituiva in giudizio.

All'udienza cautelare del 9.4.2024 il difensore della ricorrente rinunciava all'istanza di sospensiva in quanto il Comune, con nuova deliberazione di Giunta n. 33 del 2024, aveva in parte modificato il precedente schema del contratto di locazione.

La deliberazione n. 33 del 2024 era impugnata con motivi aggiunti, contenenti anche una ulteriore domanda di sospensiva.

Si costituiva in giudizio soltanto Wholesailor BV, concludendo per l'inammissibilità ed in ogni caso per l'infondatezza nel merito del gravame.

In esito alla nuova udienza cautelare del 21.5.2024 la Sezione fissava l'udienza di discussione con ordinanza n. 496 del 2024.

Alla successiva pubblica udienza del 1° ottobre 2024 la causa era discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale, rivolto contro la deliberazione di Giunta Comunale n. 93 del 2023, deve reputarsi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse all'impugnazione ai sensi dell'art. 35 comma 1 lettera c) del c.p.a., posto che l'Amministrazione di Gerola Alta ha approvato un nuovo schema del contratto di locazione con cancellazione del diritto di esclusiva, attraverso la successiva deliberazione di Giunta n. 33 del 2024 (cfr. per la copia di quest'ultima il doc. 5 della ricorrente).

Quest'ultima è stata ritualmente gravata coi motivi aggiunti, sicché permane l'interesse della ricorrente allo scrutinio di questi ultimi.

2. Con la deliberazione di Giunta n. 33 del 2024, di parziale modifica e di conferma per il resto della deliberazione n. 93 del 2023 (cfr. il doc. 1 ed il doc. 5 della ricorrente), il Comune di Gerola Alta ha concesso in locazione un fondo facente parte del suo patrimonio disponibile in località Pizzo Trona alla società Wholesailor BV, per l'installazione di infrastrutture elettroniche con funzione di ponte radio.

Nello schema di contratto approvato nel 2024 è stata eliminata la clausola di esclusiva a favore del conduttore per consentire, almeno astrattamente, la posa di infrastrutture da parte di altri operatori (cfr. per lo schema di contratto il doc. 4 della controinteressata).

NIn, che è un'impresa sostanzialmente concorrente di Wholesailor, lamenta che la scelta di quest'ultima quale contraente della Pubblica Amministrazione sia avvenuta senza alcuna procedura di carattere concorsuale, anche nella forma della manifestazione di interesse.

Il gravame appare fondato, per le ragioni che seguono.

2.1 Innanzi tutto deve rilevarsi che il contratto di cui è causa, vale a dire una locazione di immobili ad uso diverso da abitazione secondo gli articoli 27 e seguenti della legge n. 392 del 1978, costituisce un contratto attivo della Pubblica Amministrazione, che conferisce in godimento un proprio bene immobile a fronte di un'entrata per l'Amministrazione stessa, entrata costituita dal canone di locazione.

L'art. 2 lettera *h*) dell'Allegato I.1 al D.Lgs. n. 36 del 2023 (codice dei contratti pubblici o anche solo "codice") definisce "contratti attivi" quelli da cui non deriva una spesa bensì un'entrata per la pubblica amministrazione.

Ancora in tema di contratti attivi, l'art. 13 del D.Lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che:

- le disposizioni del codice non si applicano ai contratti attivi (art. 13 comma 2);
- tuttavia, l'affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3 del codice (art. 13 comma 5).

La locazione di cui è causa garantisce al Comune un guadagno economico, costituito dal canone pagato dal conduttore dell'immobile, sicché certamente devono trovare applicazione i principi del D.Lgs. n. 36 del 2023 riguardanti il "risultato" (art. 1), la "fiducia" (art. 2) e anche l'"accesso al mercato" (art. 3).

Il principio dell'accesso al mercato impone di garantire la concorrenza, l'imparzialità e la non discriminazione degli operatori, oltre ai principi di pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

Accanto al citato art. 13, la disciplina dei contratti attivi è rinvenibile anche nel regolamento di contabilità dello Stato approvato con Regio Decreto (RD) n. 827 del 1924, tuttora vigente.

L'art. 37 del citato RD prevede che tutti i contratti da cui deriva un'entrata devono essere preceduti da "pubblici incanti", vale a dire – utilizzando una terminologia attuale – da una procedura di gara aperta.

La stipulazione di contratti a "trattativa privata" – vale a dire, sempre in base ad una terminologia attuale, una procedura negoziata senza pubblicazione di bando – è ammessa soltanto in casi eccezionali e tassativi dal successivo art. 41.

Parimenti, l'art. 3 del RD n. 2440 del 1923 (legge sulla contabilità generale dello Stato, anch'essa vigente), conferma che i contratti attivi dello Stato devono essere preceduti da pubblici incanti.

Appare quindi evidente che anche i contratti attivi dell'Amministrazione non si sottraggono ai basilari principi di concorrenza di matrice non solo nazionale ma anche euro-unitaria (cfr. sul punto, fra le più recenti, T.R.G.A. di Trento, sentenza n. 71 del 15.5.2023, secondo cui: «...è pacifico che anche i contratti attivi, così come i contratti esclusi dalla disciplina comunitaria in materia di appalti, debbano essere soggetti ai principi di trasparenza, non discriminazione e concorrenza»).

La controinteressata richiama sulla questione a proprio favore l'art. 56 del codice, sugli appalti esclusi dai settori ordinari, fra i quali sono compresi (comma 1 lettera "b") gli appalti pubblici finalizzati a permettere alle stazioni appaltanti la messa a disposizione o la gestione di reti di telecomunicazioni.

La tesi di Wholesailor è che i contratti attinenti alle reti di telecomunicazioni sarebbero in ogni modo esclusi dall'applicazione del D.Lgs. n. 36 del 2023.

Il richiamo non appare però pertinente, giacché il contratto di cui è causa non è un appalto pubblico per la messa a disposizione di reti di comunicazione, bensì un contratto attivo di locazione di un immobile di proprietà dell'Amministrazione, come tale soggetto all'art. 13 del codice.

Inoltre, appare applicabile nella presente fattispecie anche l'art. 43 del CCE, secondo cui (comma 1) in caso di concessione di proprietà pubbliche per l'installazione di infrastrutture, le Amministrazioni devono adottare «*procedure semplici, efficaci, trasparenti, pubbliche e non discriminatorie*».

2.2. Nel caso di specie il Comune di Gerola Alta è pervenuto alla scelta del contraente Wholesailor senza alcuna procedura di carattere concorsuale o competitivo.

Come risulta dagli atti di causa, Wholesailor ha preso contatti con gli uffici comunali – fatto questo certamente legittimo e rientrante nelle normali dinamiche imprenditoriali – e tali contatti sono sfociati nell'approvazione dello schema di contratto di locazione; in pratica si è pervenuti alla scelta del contraente dopo una serie di trattative dirette con quest'ultimo.

Dalla lettura della deliberazione impugnata non appaiono addotte valide ragioni per giustificare l'esclusione di ogni procedura concorsuale, necessaria ai fini della scelta della migliore proposta economica per l'Amministrazione.

In particolare, non può essere giustificata l'omissione di tale procedura in base alla semplice circostanza che Wholesailor ha presentato un proprio progetto tecnico di posa dell'infrastruttura ed ha avviato interlocuzioni in tal senso con il Comune.

L'ordinamento conosce, infatti, ipotesi in cui operatori privati possono presentare di propria

iniziativa progetti all'Amministrazione, con necessità però per quest'ultima di indire in ogni caso una gara per la scelta del contraente; si pensi alla nota figura della finanza di progetto di cui all'art. 193 del D.Lgs. n. 36 del 2023.

Nelle memorie di Wholesailor, i pur abili difensori di quest'ultima evidenziano che lo schema modificato del contratto di locazione ha eliminato la clausola di esclusiva, sicché nella stessa area comunale di cui è causa potrebbero essere installati altri impianti.

In particolare, la controinteressata evidenzia che la porzione interessata al proprio impianto è di soli 150 metri quadrati (mq), a fronte di un'area comunale molto più vasta, di quasi 3,5 milioni di metri quadrati.

Secondo Wholesailor, l'assenza della clausola di esclusiva e la possibilità per altri operatori di installare i loro impianti nella zona renderebbe addirittura inammissibile per difetto di interesse la presente impugnativa.

L'argomento, ancorché suggestivo, non convince però il Tribunale.

L'area comunale è sita sulla cima di un monte ("Pizzo Trona", avente un'altezza superiore a 2.500 metri), in una zona impervia e scoscesa, per cui non può sostenersi che eventuali altre infrastrutture elettroniche potrebbero collocarsi in qualsiasi punto del fondo di proprietà comunale.

La zona è poi soggetta a vincolo paesaggistico ex D.Lgs. n. 42 del 2004, per cui appare evidente che la collocazione di un secondo o addirittura di ulteriori impianti di comunicazione dopo quello originario di Wholesailor potrebbe dare luogo a problemi in sede di rilascio di altre autorizzazioni paesaggistiche dopo quella ottenuta dal primo operatore.

In realtà, sarebbe stato necessario dapprima individuare il punto – o i punti – dell'area realmente adatti alla posa di infrastrutture elettroniche ed in seguito bandire una procedura concorsuale.

Nel provvedimento gravato (cfr. ancora il doc. 5 della ricorrente) viene fatto un riferimento, invero alquanto generico, alla figura della coubicazione di infrastrutture di cui all'art. 50 del D.Lgs. n. 259 del 2003 (c.d. *co-siting*).

Tuttavia, la coubicazione di cui al citato art. 50 presuppone l'avvio della particolare procedura prevista dall'articolo stesso, affinché l'autorità competente possa imporre la condivisione (si veda il comma 1 dell'art. 50).

Nella deliberazione gravata, però, il Comune si è limitato semplicemente a richiamare la norma di legge, senza altro addurre.

A ciò si aggiunga che è pur vero che Wholesailor potrebbe consentire ad altri operatori di utilizzare il proprio impianto, ma questo avverrebbe alle condizioni ed ai prezzi scelti dalla stessa Wholesailor, con una evidente situazione di sfavore per gli altri imprenditori.

2.3. Per quanto riguarda poi la misura del canone di locazione concordato fra le parti (euro 30.000,00 all'anno), la controinteressata richiama l'art. 1 comma 831-*bis* della legge n. 160 del 2019 per evidenziare che il Comune avrebbe massimizzato le proprie entrate.

Il comma citato, infatti, prevede un canone di 800,00 euro per ogni impianto.

La norma vale però soltanto per le aree del demanio e del patrimonio indisponibile degli enti pubblici affidati in regime di concessione, mentre l'area di cui è causa – la circostanza è incontestata – rientra nel patrimonio disponibile del Comune, sicché nei contratti di locazione possono essere fissati prezzi diversi, soprattutto all'esito di un confronto concorrenziale fra le imprese interessate.

2.4 In conclusione, deve accogliersi il ricorso per motivi aggiunti, con annullamento integrale della deliberazione di Giunta con gli stessi impugnata.

3. La novità e la complessità delle questioni dedotte inducono il Collegio a compensare interamente fra le parti le spese di lite, salvo l'onere del contributo unificato, da porre a carico in solido del Comune di Gerola Alta e di Wholesailor BV ai sensi di legge (art. 13 comma 6*bis*.1 del DPR n. 115 del 2002).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti,

- dichiara improcedibile il ricorso principale;
- accoglie il ricorso per motivi aggiunti, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate, salvo l'onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR n. 115 del 2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Maria Ada Russo, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Luigi Rossetti, Referendario

Guida alla lettura

L'epigrafata pronuncia offre interessanti puntualizzazioni in tema di **applicazione** o meno **dei principi** - contenuti nella **Parte I** del vigente codice dei contratti pubblici - **anche ai contratti cd attivi della PP.AA.**

Come noto, principale novità dell'attuale codice dei contratti pubblici è costituito dall'introduzione di dodici "super principi" (**risultato, fiducia, accesso al mercato, buona fede e tutela dell'affidamento, solidarietà e sussidiarietà orizzontale, autoorganizzazione amministrativa, autonomia negoziale, conservazione dell'equilibrio contrattuale, tassatività delle cause di esclusione, applicazione dei contratti collettivi di lavoro**) i quali hanno la funzione di orientare l'interprete nell'intera architettura del codice.

Illuminante, in tali sensi, la **Relazione di accompagnamento al Codice** redatta dal Consiglio di Stato nella quale i Giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che - attraverso l'introduzione dei cennati principi - si è voluto dare un **contenuto concreto e operativo a clausole generali altrimenti eccessivamente elastiche** (si veda, ad esempio, la specificazione del concetto di buona fede, anche ai fini delle reciproche responsabilità della stazione appaltante e dell'aggiudicatario illegittimo), oppure **utilizzare la norma-principio per risolvere incertezze interpretative** (ad esempio, i principi che delimitano il campo di applicazione del codice, enucleando i rapporti tra appalti e contratti gratuiti, da un lato, e affidamenti di servizi sociali agli enti del terzo settore, dall'altro) o per **recepire indirizzi giurisprudenziali ormai divenuti "diritto vivente"** (come, ad esempio, nel caso della norma sulla tassatività delle cause di esclusione e sul correlato regime delle clausole escludenti atipiche).

Più in generale, attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una **più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti**, valorizzandone **autonomia e discrezionalità** (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze. Ciò in quanto la legge – soprattutto un codice – non può inseguire la disciplina specifica di ogni aspetto della realtà, perché si troverà sempre in ritardo, ma deve invece fornire gli strumenti e le regole generali e astratte per regolarla. L'idea, quindi, è stata quella non tanto di richiamare i principi "generalissimi" dell'azione amministrativa (già desumibili dalla Costituzione e dalla legge n. 241/1990) ma di **fornire una più puntuale base normativa anche a una serie di principi "precettivi"**, dotati di immediata valenza operativa, che vanno **in parte a soppiantare la struttura normativa rigida, dettagliata, a volte contraddittoria, attraverso la quale detti principi hanno finora trovato spazio angusto, nel tessuto normativo**. La codificazione dei principi mira a realizzare, fra gli altri, i seguenti obiettivi: a) ribadire che **la concorrenza è uno strumento** il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. **art. 1, comma 2**); b) **accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di iniziativa delle stazioni appaltanti**, per contrastare, in un quadro di rinnovata **fiducia verso l'azione dell'amministrazione**, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva", che può generare ritardi o inefficienze nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti.

La pronuncia in esame fa, per l'appunto, proprie tali coordinate ermeneutiche ed interpretative arrivando ad affermare - probabilmente per la prima volta - che **anche ai contratti attivi - sicuramente esclusi dall'ambito di applicazione del codice n. 36 /2023 - ben possano,**

anzi debbano, applicarsi i principi nei sensi di cui alla Relazione del Consiglio di Stato.

Fattispecie concreta portata all'attenzione dei Giudici amministrativi lombardi è se sia legittimo o meno l'aver sottratto ad una procedura di carattere concorsuale - quantomeno nella forma di manifestazione di interesse - l'aggiudicazione di un contratto di locazione "attivo" per la P.A..

Il Collegio, richiamata la definizione di **contratto attivo**, così come scolpita dall'**art. 2, lett. h) dell'allegato I.1** del vigente codice, precisa che:

- i cennati contratti - alla stregua dell'art. 13 codice cit. - sono **esclusi** dall'ambito di applicazione del codice stesso;
- **pertuttavia**, derivando da tali contratti un'opportunità di guadagno per la P.A., **i principi di cui agli artt. 1, 2 e 3 del vigente codice devono essere necessariamente applicati.**

Tale ricostruzione risulta - altresì - corroborata da quanto previsto dal **R.D n. 827/1924** (regolamento di contabilità dello Stato) ove si prevede che **tutti i contratti da cui derivi un'entrata per lo Stato debbano essere preceduti da "pubblici incanti"** (*rectius* da una procedura di gara).

Alla stregua di tanto, il Collegio annulla gli atti impugnati.

In conclusione, la pronuncia in esame, rappresenta (sicuramente) una novità acclarando l'applicabilità dei principi anzidetti anche ai contratti attivi della P.A ma, al contempo, rappresenta un ulteriore punto fermo rispetto all'importanza interpretativa/applicativa - auspicata dal legislatore - dei cd. super principi.