

Pubblicato il 07/02/2018

N. 00350/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00918/2017 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 918 del 2017, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

El Merendero S.r.l., rappresentata e difeso dagli avvocati Mario Lavatelli, Vincenzo Latorraca e Micaela Chiesa, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via dei Piatti 11;

contro

Comune di Como, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Marilisa Ogliaroso, Marina Ceresa e Chiara Piatti, domiciliato in Milano, presso la Segreteria del Tribunale;

per l'accertamento dell'intervenuto silenzio-assenso rispetto all'istanza di occupazione di suolo pubblico presentata da El Merendero S.r.l. il 14.9.2016;
e per l'annullamento

del provvedimento prot. 9983 del 21.2.2017, a firma del Dirigente del Settore urbanistica-edilizia privata-SUAP del Comune di Como, avente ad oggetto

“concessione OSAP n. 47/2016 del 06/06/2016 (El Merendero s.r.l.) - richiesta ampliamento: riscontro”, e di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale; atti impugnati con il ricorso principale, nonché del provvedimento prot. 42248 del 26.7.2017, a firma del Dirigente Settore Urbanistica - Edilizia Privata - Suap del Comune di Como, nonché di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale e comunque, in via cautelativa, anche del parere a firma del Dirigente della Polizia Locale del Comune di Como, prot. 39522/2017; atti impugnati con i primi motivi aggiunti, in data 3.11.2017, nonché della nota prot. 57267 del 13.10.2017 a firma del Dirigente Settore Urbanistica - Edilizia Privata - Suap del Comune di Como, nonché di ogni atto presupposto, connesso o consequenziale; atti impugnati con i secondi motivi aggiunti, in data 21.12.2017, e per la condanna del Comune di Como, ai sensi dell'art. 30 c.p.a., al risarcimento del danno subito da parte ricorrente per l'illegittimità dei provvedimenti impugnati.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2018 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente gestisce taluni esercizi commerciali, adibiti a bar ristorante ed affittacamere nel centro di Como, avendo a tal fine ottenuto dal Comune talune concessioni per l'occupazione di spazi pubblici.

In particolare, in Piazza De Orchi, il Comune di Como ha assegnato alla stessa tre posti auto per il parcheggio degli automezzi (stalli), ed un'area da occuparsi con tavolini, sedie ed ombrelloni, al servizio del dehors del bar/ristorante dalla stessa ivi gestito.

In data 14.9.2016 la ricorrente ha richiesto al Comune di spostare i predetti stalli, dislocandoli nella medesima Piazza De Orchi, "in modo da riutilizzare quello spazio con una nuova occupazione di suolo pubblico".

Con il provvedimento impugnato con il ricorso principale il Comune di Como ha tuttavia riscontrato negativamente detta richiesta.

L'Ente Locale resistente si è costituito in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n.1343/2017 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare.

Con i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti il Comune di Como ha temporaneamente autorizzato l'occupazione dei predetti spazi adibiti a parcheggio (stalli) con tavoli e sedie del ristorante bar (dehors), inizialmente sino al 16.10.2017, e successivamente sino al 31.12.2017, senza tuttavia pronunciarsi in ordine alla richiesta di individuazione di nuovi stalli nella medesima Piazza De Orchi.

All'udienza pubblica del 24.1.2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) In via preliminare, il Collegio deve pronunciarsi sull'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa comunale, che è tuttavia infondata.

Secondo detta eccezione, l'atto impugnato non avrebbe in realtà natura provvedimento, quanto meramente endoprocedimentale, ciò che darebbe luogo all'inammissibilità del gravame.

L'eccezione è infondata atteso che il provvedimento impugnato ha subordinato l'accoglimento dell'istanza della ricorrente alla rinuncia agli stalli già assegnati, con ciò sostanzialmente negando il richiesto ampliamento degli spazi pubblici occupati. Fermo restando quanto precede, ciò che, di per sé, dà luogo al rigetto dell'eccezione, per giurisprudenza costante, anche gli atti endoprocedimentali, pur privi di natura provvedimento, sono comunque impugnabili qualora, come avvenuto nel caso di specie, abbiano interrotto, in fatto, l'iter procedimentale, determinando comunque l'effetto di negare al titolare dell'interesse legittimo pretensivo la conclusione del procedimento (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 20.10.2017, n. 10528).

II) Quanto al merito, in via preliminare, osserva il Collegio che nel presente gravame sono articolate due distinte categorie di motivi, in primo luogo, volti all'accertamento della fondatezza della pretesa al bene della vita posto a fondamento della predetta istanza del 14.9.2016, ed in subordine, ad una mera declaratoria di illegittimità dei provvedimenti impugnati.

In particolare, in via principale, l'istante formula censure il cui accoglimento presupporrebbe l'accertamento del suo diritto ad ottenere la traslazione dello spazio pubblico attualmente adibito a parcheggio, in altra area della Piazza De Orchi, e ad utilizzare le superfici precedentemente occupate dagli stalli a dehors.

In via subordinata, la ricorrente richiede invece una mera declaratoria di illegittimità dei provvedimenti impugnati, ed in esito all'accoglimento del ricorso, la riedizione dell'attività amministrativa, alla luce dei principi affermati nella presente sentenza.

Ritiene il Collegio che, per le ragioni che saranno esposte, il ricorso vada accolto, limitatamente al secondo ordine di censure, proposte in via subordinata, dovendosi per l'effetto annullare i provvedimenti impugnati, per difetto di motivazione, con conseguente obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi nuovamente sull'istanza del ricorrente.

Come correttamente evidenziato dalla difesa comunale, anche infatti ammettendo la traslazione degli stalli richiesta dalla ricorrente, la loro concreta localizzazione non potrebbe in ogni caso essere determinata unilateralmente dalla ricorrente, essendo a tal fine indispensabile l'intervento dei competenti Uffici comunali, che avrà luogo, in particolare, nel rispetto delle disposizioni dettate dal Comune di Como in materia di regolamentazione della concessione di stalli da riservare alle concessioni alberghiere, attualmente in corso di approvazione (v. verbale n. 2 del 27.10.2017 della Giunta Comunale, doc. n. 7 del Comune).

III) Con il primo motivo del ricorso principale, l'istante deduce la violazione dell'art. 2 L. n. 241/90, e la formazione del silenzio-assenso sulla sua domanda.

Il motivo è infondato atteso che, per giurisprudenza consolidata, la concessione di occupazione di suolo pubblico, non può formarsi per silenzio-assenso, avendo detto istituto, in quanto derogatorio del generale principio della manifestazione della volontà con provvedimento espresso, natura eccezionale, e non potendo, in ragione di detta natura, essere esteso oltre i casi espressamente previsti dalla normativa. Le ipotesi di silenzio-assenso conosciute dal nostro ordinamento sono infatti soltanto quelle espressamente previste in via normativa dagli specifici ordinamenti settoriali oppure, in via di disciplina generale del procedimento amministrativo, dall'art. 20 della L. 7.8.1990 n. 241 il quale, a sua volta, rinvia, per l'individuazione delle singole e tassative ipotesi di applicazione dell'istituto, a specifici decreti di attuazione (C.S., Sez. V, 9.5.2017, n. 2109, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 2.11.2015, n. 5070, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 10.5.2010, n. 10580).

IV) Con il secondo motivo la ricorrente deduce la contraddittorietà ed il travisamento dei presupposti del provvedimento impugnato, per non aver considerato le risultanze del verbale della riunione tra Dirigenti del 15.12.2016, che a suo dire, avrebbe accolto le domande a quella data già inoltrate, tra cui rientrerebbe anche quella per cui è causa.

Il motivo è infondato atteso che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, in detto verbale i Dirigenti si sono in realtà limitati a statuire che l'Ufficio competente "potrà" procedere al rilascio delle autorizzazioni, senza pertanto sancire alcun obbligo in tale senso.

In altre parole, dalla lettura di detto verbale emerge chiaramente che, a fronte di talune difficoltà interpretative emerse in ordine all'applicazione della normativa regolamentare in materia, i Dirigenti hanno ritenuto opportuno differenziare la situazione di coloro che a quella data avevano già presentato domanda, per i quali, in esito alla relativa istruttoria, eventualmente, gli Uffici competenti avrebbero potuto rilasciare il titolo, dagli altri richiedenti, le cui pratiche non avrebbero dovuto essere neppure istruite.

V.1) Con il terzo motivo l'istante deduce il vizio di disparità di trattamento, deducendo che il Comune avrebbe accolto tre domande, espressamente menzionate nel predetto verbale del 15.12.2016, che a suo dire, si sarebbero trovate in una situazione identica.

Nelle proprie memorie difensive, il Comune di Como ha evidenziato che i presupposti tratti a fondamento dei provvedimenti di accoglimento invocati dall'istante sono in realtà diversi da quelli correlati alla fattispecie per cui è causa. Mentre infatti le domande autorizzate avevano ad oggetto stalli per la sosta libera o per i residenti, quella della ricorrente, diversamente dalle altre, si riferisce invece alla sosta riservata ai clienti di albergo, ciò che avrebbe comportato, nel secondo caso, in astratto, l'assoggettamento della fattispecie alla disciplina dettata dall'art. 7 c. 1 del Codice della Strada, invece inapplicabile all'altra casistica.

Erroneamente, secondo la ricorrente, poiché, in base a quanto disposto nell'art. 2 del Regolamento Comunale, approvato con delibera di Giunta n. 65 del 18.9.1997, gli ospiti degli alberghi sarebbero comunque assimilabili ai residenti.

V.2) Il motivo è infondato.

Osserva infatti il Collegio che, per giurisprudenza pacifica, in caso di presunta contraddittoria valutazione di situazioni analoghe, il destinatario di un provvedimento legittimo non può invocare, come sintomo di eccesso di potere, il provvedimento più favorevole adottato nei confronti di un terzo, essendo il relativo vizio configurabile solo in caso di assoluta identità di situazioni di fatto, e di conseguente irragionevole diversità del trattamento riservato alle stesse (C.S., Sez. VI, 30.10.2017, n. 5016), gravando sul ricorrente il relativo onere probatorio (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 6.3.2012, n. 2249), che nella fattispecie non risulta essere stato assolto.

A supporto del dedotto vizio di disparità di trattamento, l'istante, invoca infatti le autorizzazioni rilasciate all'Hotel Marco's e all'Hotel Anton (v. pag. n. 6 memoria del 2.1.2018), laddove invece le domande menzionate nel citato verbale del 15.12.2016 sono in realtà riferite ad altri esercizi (Golosita S.n.c., Sb Group e Minnici Salvatore), non risultando, pertanto, dimostrata l'identità delle diverse situazioni e il conseguente ingiustificato trattamento riservato all'istante.

VI) Il quarto ed il quinto motivo, con cui l'istante deduce il difetto di motivazione, e la violazione delle garanzie partecipative di cui alla L. n. 241/90, sono invece fondati.

Come detto, il provvedimento impugnato si è infatti limitato ad evidenziare che “la richiesta è subordinata alla rinuncia dei posti auto”, con ciò sostanzialmente negando alla ricorrente l'ampliamento dello spazio pubblico concesso, se non sacrificando quello adibito a posto auto, senza pertanto assentire alcuna estensione dello stesso, in assenza di qualsivoglia indicazione delle ragioni su cui tale determinazione si fonda.

Come evidenziato nel corso dello scrutinio del precedente motivo (v. punto V.1 della presente sentenza), in sede giurisdizionale, la difesa comunale ha illustrato le ragioni che, a suo dire, sorreggerebbero il diniego. Tali considerazioni, in quanto

enunciate solo in corso di causa, confermano tuttavia l'illegittimità del provvedimento impugnato, atteso che, per giurisprudenza pacifica, nel processo amministrativo non è consentita l'integrazione postuma della motivazione del provvedimento, e la modifica del petitum definito dal ricorrente (C.S., Sez. III, 28.3.2014, n. 1500, che ha confermato TAR Lombardia, Milano, Sez. I, n. 4690/2009).

Il provvedimento impugnato è altresì illegittimo per non aver consentito la partecipazione della ricorrente al procedimento amministrativo, non avendo il Comune dimostrato in giudizio che la stessa sarebbe stata irrilevante, in relazione al contenuto del provvedimento concretamente adottato e non potendo, pertanto, trovare applicazione la sanatoria di cui all'art. 21 octies L. n. 241/90.

VII) Con i provvedimenti impugnati con i motivi aggiunti, il Comune ha sostanzialmente consentito, dapprima fino al 16.10.2017, e successivamente fino al 31.12.2017, che la ricorrente adibesse a dehor l'area oggetto degli stalli, senza invece pronunciarsi sulla domanda di traslazione degli stessi.

I suddetti ricorsi risultano, conseguentemente, fondati.

Invero, quantunque gli effetti dei citati provvedimenti, gravati con i motivi aggiunti, si siano ormai esauriti, in ragione della loro efficacia temporanea, gli stessi hanno tuttavia sostanzialmente confermato il contenuto del provvedimento impugnato con il ricorso principale, nella parte in cui, senza alcuna motivazione, ha impedito alla ricorrente la traslazione degli stalli in altra area della Piazza, come dalla medesima richiesto.

VIII) In conclusione, il ricorso e i motivi aggiunti vanno accolti, dovendo il Comune di Como nuovamente pronunciarsi con un provvedimento adeguatamente motivato sulla citata istanza del 14.9.2016, e nel rispetto delle garanzie partecipative previste dalla L. n. 241/90.

Le istanze istruttorie della ricorrente vanno, infine, rigettate, non essendo relative a fatti rilevanti nella presente controversia.

Quanto alla richiesta di risarcimento del danno, allo stato, la stessa va respinta, non avendo la ricorrente dimostrato la titolarità del bene della vita asseritamente leso dai provvedimenti impugnati, quanto, piuttosto, la sola illegittimità degli stessi.

Le spese vanno compensate, in considerazione della parziale reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei termini e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Mauro Gatti

IL PRESIDENTE
Angelo De Zotti

IL SEGRETARIO