

Publicato il 17/01/2019

N. 00428/2019REG.PROV.COLL.  
N. 05325/2016 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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5325 del 2016, proposto da:

Mass Building S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Lamberti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli, 67;

***contro***

Comune di Arzano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Erik Furno, con domicilio eletto presso lo studio Dorina Furno Guerriero in Roma, viale dei Colli Portuensi 187;

***per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI,***

***SEZ. III n. 2547/2016, resa tra le parti, concernente titolo autorizzativo per silentium per la realizzazione di una media struttura di vendita.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Arzano;  
Viste le memorie difensive;  
Visti tutti gli atti della causa;  
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2018 il  
Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati  
Antonio Lamberti ed Erik Furno;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sezione terza, ha respinto il ricorso ed i motivi aggiunti avanzati dalla società Mass Building s.r.l. contro il Comune di Arzano per l'accertamento dell'autorizzazione formatasi *per silentium* sull'istanza depositata, in data 2 marzo 2015, allo Sportello Unico per le Attività Produttive (SUAP) del Comune di Arzano, e del relativo titolo edilizio, per la realizzazione in Arzano di una media struttura di vendita, nonché per l'annullamento della nota interlocutoria prot. n. 11840 del 5 giugno 2015 del dirigente del SUAP e per il risarcimento dei danni conseguenti (ricorso introduttivo) ed, ancora, per l'annullamento del provvedimento prot. n. 1897 del 27 agosto 2015 avente ad oggetto il rigetto dell'istanza prot. n. 5382 del 16 marzo 2015 per il rilascio del provvedimento unico generale per media struttura di vendita e degli atti preordinati, connessi e consequenziali (ricorso per motivi aggiunti).

1.1. La società ricorrente, proprietaria di un capannone industriale sito in Arzano alla via Sette Re n. 47, identificato come in atti e

ricadente nella vigente strumentazione urbanistica in zona ASI, dopo aver inoltrato al SUAP del Comune di Arzano, in data 2 marzo 2015, la domanda di rilascio dell'autorizzazione per il commercio al dettaglio, nonché del relativo titolo edilizio, formulava in data 27 maggio 2015 atto di significazione e diffida con il quale, come si legge in sentenza:

*<<a) premetteva di non aver ricevuto alcuna comunicazione, né istruttoria né conclusiva, in relazione alla richiesta;*

*b) deduceva che il decorso del termine pari a settantacinque giorni previsto dall'art. 17, comma 2, della Legge Regione Campania n. 1/2014 aveva dato luogo alla formazione del titolo per silentium “entro il quale le domande sono accolte se non è comunicato il provvedimento di diniego”;*

*c) chiedeva, comunque, di conseguire il titolo de quo sebbene già formatosi per silentium;*

*d) assegnava, a questo fine, giorni 15 all'amministrazione comunale per provvedere;*

*e) diffidava il Dirigente del SUAP dall'astenersi dall'adottare atti o ad assumere comportamenti comunque lesivi del provvedimento unico formatosi per silentium;*

*f) preannunciava azione risarcitoria per i danni subiti e subendi derivanti dall'assunzione di atti/provvedimenti lesivi della propria posizione giuridica già perfezionatosi.>>.* Con nota prot. n. 11840 del 5 giugno 2015 il Dirigente SUAP assumeva che non era “maturato alcun silenzio assenso sulla pratica de qua”.

1.2. Col ricorso introduttivo erano dedotti vizi di violazione dell'art. 17, comma 2, legge Regione Campania n. 1 del 9 gennaio 2014, della circolare n. 997/2014 del Dirigente generale dello

Sviluppo economico e delle attività produttive della Giunta regionale della Campania di attuazione della legge regionale n. 1 del 2014, artt. 13, commi 5 e 6, nonché violazione della legge n. 241 del 1990, eccesso di potere, perplessità, violazione dell'art. 97 Cost., violazione della delibera n. 258 del 18 dicembre 2014 del Commissario Straordinario e violazione dell'art. 7, comma 3, d.p.r. 160 del 2010 e dell'art. 38 della legge n. 133 del 2008.

1.3. La sentenza ha respinto la pretesa della ricorrente secondo cui si sarebbe nella specie formato il richiesto titolo autorizzativo *per silentium*, osservando che il Comune di Arzano aveva ritualmente richiesto i pareri obbligatori di competenza del Consorzio ASI di Napoli e dell'ASL Napoli 2 Nord, ricevendo riscontro dal primo in data successiva all'impugnato provvedimento del 5 giugno 2015, e precisamente in data 29 giugno 2015; ha perciò ritenuto che, anche a voler prescindere dalla mancata ricezione del nulla-osta dell'ASL Napoli 2, il termine per la formazione del silenzio assenso decorreva da tale ultima data ed ha respinto il ricorso introduttivo.

1.4. Con i motivi aggiunti, proposti contro il sopravvenuto provvedimento di rigetto, erano avanzate diverse censure, così riassunte e decise nella sentenza impugnata:

- un secondo gruppo di censure concernenti *“la violazione della menzionata Legge regionale Campania n. 1/2014, l'eccesso di potere per violazione della Circolare regionale n. 997/2014 e del SIAD del Comune di Arzano, come adeguato con delibera commissariale n. 258/2014, la falsa applicazione del D.M. 1444/1968, il travisamento dei fatti ed il difetto di istruttoria”*, in riferimento alle aree destinate a parcheggio nel progetto presentato

dalla società ricorrente; le censure sono state respinte, non solo per il mancato soddisfacimento degli standards di cui all'art. 5 del D.M. 1444/1968, ma soprattutto per la riscontrata inadeguatezza tecnica del progetto nella parte in cui era prevista l'eliminazione dell'esistente marciapiede ad uso pubblico;

- un terzo gruppo di censure concernenti *“la violazione della Legge regionale Campania n. 1/2014, l'eccesso di potere per violazione della Circolare regionale n. 997/2014 e del SIAD del Comune di Arzano, come adeguato con la deliberazione commissariale n. 258/2014; la falsa applicazione del D.M. 1444/1968, il travisamento dei fatti ed il difetto di istruttoria”*, in riferimento al parere reso dal Dirigente dell'Area Pianificazione e Gestione del Territorio, sfavorevole all'intervento proposto in quanto ritenuto assoggettabile ad una variante dello strumento urbanistico *“da effettuarsi nei modi prescritti dalla legislazione urbanistica nazionale e regionale vigente”*; le censure sono state respinte ritenendo infondata, in base alla normativa come ricostruita in sentenza, la pretesa della ricorrente che fossero invece sufficienti le previsioni del SIAD ed, in particolare, escludendo la compatibilità dell'intervento progettato con gli strumenti urbanistici vigenti e con la tavola grafica allegata al SIAD, approvato con delibera n. 42/2008, nella quale erano distinte le aree di compatibilità per medie strutture di vendita e per grandi e medie strutture di vendita, dove non ricadeva l'area di ubicazione del capannone di proprietà della società ricorrente;

- un quarto gruppo di censure concernenti *“la violazione dell'art. 17-bis L. 241/1990, l'eccesso di potere per travisamento dei fatti e lo sviamento”*, per formazione del silenzio assenso previsto dalla

norma suddetta; le censure sono state respinte per la ritenuta inapplicabilità dell'art. 17 bis cit. in quanto introdotto con legge 7 agosto 2015, n. 124, sopravvenuta all'istanza presentata dalla società ricorrente in data 16 marzo 2015;

- una prima censura concernente *“la violazione dell'art. 10-bis L. n. 241/1990 per non essere stato il provvedimento di rigetto preceduto dal preavviso di diniego, che avrebbe consentito alla società, se effettuato, di rinunciare agli stalli-parcheggio, previa loro diversa collocazione”*; la censura è stata respinta sia in ragione degli aspetti già esaminati, sfavorevoli alla società ricorrente, sia in ragione della natura formale del vizio prospettato, rientrante perciò nella previsione dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 (considerato che, nel caso di specie, *“il contenuto del provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, atteso il contrasto dell'intervento de quo con le disposizioni urbanistiche”*);

- ulteriori censure, riguardanti, infine, *“la violazione dell'art. 2, comma 1 e 21, della L. 241/90, degli artt. 31 e 37 d.P.R. 380/2001, del TUEL 267/2000, del P.d.F. e delle N.T.A. del Comune di Arzano, nonché l'eccesso di potere per difetto d'istruttoria, omesso esame di circostanze di dirimente rilievo, travisamento dei fatti, immotivato contrasto con precedenti atti e provvedimenti della stessa amministrazione e sviamento”*; le censure sono state ritenute *“superate”* perché riguardanti il verbale n. 4434 del 31 agosto 2015, annullato dal Comandante della Polizia municipale con nota prot. n. 24588 del 26 ottobre 2015, *“sicché viene meno l'interesse a sollevare le doglianze”*.

1.5. Respinti perciò ricorso introduttivo e motivi aggiunti, la società ricorrente è stata condannata al pagamento delle spese del giudizio, liquidate, in favore dell'amministrazione comunale, nell'importo complessivo di € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge.

2. Per la riforma della sentenza la Mass Building S.r.l. ha proposto appello con tre motivi.

2.1. Si è costituito in giudizio, resistendo all'impugnazione, il Comune di Arzano.

2.2. Quest'ultimo ha depositato memoria conclusiva e la società ricorrente memoria di replica.

2.3. All'udienza del 22 novembre 2018 la causa è stata assegnata a sentenza.

4. Col primo motivo, l'appellante torna a sostenere l'intervenuta formazione del silenzio assenso sull'istanza presentata dalla società in data 2 marzo 2015, richiamando: l'art. 17, comma 2, della legge regionale n. 1 del 2014; le disposizioni (artt. 16, 17, 17 bis, 20 e 29) della legge n. 241 del 1990 che generalizzano il meccanismo del silenzio assenso nei procedimenti ad istanza di parte; la circolare n. 997/2014 del Direttore generale dello Sviluppo Economico e delle Attività Produttive della Giunta regionale della Campania di attuazione della legge regionale n. 1 del 2014, art. 13, commi 5 e 6; il vigente SIAD del Comune di Arzano, come adeguato al 3° cpv. della deliberazione 18 dicembre 2014, n. 258 del Commissario Straordinario (dove si prevede che *“i procedimenti amministrativi, di natura commerciale ed urbanistica, relativi alle strutture di vendita sono disciplinati secondo quanto stabilito dalla Circolare Regionale n. 997 del*

30.10.2014 del Direttore Generale dello Sviluppo Economico e delle Attività Produttive della Giunta Regionale della Campania, recante la Circolare esplicativa della legge regionale della Campania 9 gennaio 2014 n. 1”). Alla stregua di tale richiamato quadro normativo, e riepilogate le date delle istanze di parte e degli atti endo-procedimentali, l’appellante censura le affermazioni della sentenza gravata concernenti la decorrenza del termine per la formazione del silenzio assenso dalla emanazione del parere del consorzio ASI in data 29 giugno 2015, nonché il riconoscimento dell’effetto interruttivo della richiesta di tale parere da parte del Comune di Arzano. Conclude, deducendo l’illegittimità del provvedimento di diniego perché: intervenuto oltre la scadenza di tutti i termini, legislativi e regolamentari, per provvedere; adottato a seguito di intervenuta formazione del silenzio assenso sull’istanza di autorizzazione ai sensi della normativa vigente; non avente né la forma né la sostanza del provvedimento di revoca o di annullamento in autotutela del “titolo per silenzio”. Aggiunge che l’istanza non presenta alcuna interferenza con “materie sensibili” e che il procedimento di rilascio dell’autorizzazione non ha margini di discrezionalità.

4.1. Con separata deduzione, l’appellante richiama l’art. 17 bis della legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. riforma Madia), sostenendo che, sebbene entrato in vigore “*in data 7 agosto 2015*”, esso sarebbe espressione di un principio di carattere generale, già affermato in materia di distribuzione commerciale dall’art. 8, comma 4, del d.lgs. n. 114 del 1998, confermato dapprima dalla legge regionale n. 1 del 2000 e poi dalla legge regionale n. 1 del 2014.

Aggiunge che, in senso contrario, non varrebbe richiamare, al fine di sostenere -come nella sentenza appellata- che la stessa ricorrente “*si è mostrata consapevole della circostanza che, nel caso in esame non può ricorrere un’ipotesi di silenzio assenso [...]*”, l’istanza della società ricorrente assunta agli atti del Consorzio ASI prot. 1913 del 5 giugno 2015, tesa ad ottenerne il rilascio del parere; precisa, al riguardo, che questa venne avanzata solo dopo che la società ricevette, nella stessa data del 5 giugno 2015, la nota prot. n. 11840, con la quale si affermava che non vi era stata ancora formazione di alcun silenzio-assenso.

5. Tale ultimo rilievo concernente l’istanza rivolta direttamente al Consorzio ASI, pur condivisibile, è tuttavia privo di rilevanza, essendo infondate le deduzioni dell’appellante sulla formazione del titolo per silenzio e le critiche rivolte alla decisione di rigetto del ricorso introduttivo.

Va premesso che non è contestato dalla ricorrente che il parere di competenza del Consorzio ASI di Napoli fosse obbligatorio, sulla base delle disposizioni -richiamate dalla difesa del Comune, sul punto non contraddetta dalla difesa della Mass Building S.r.l.- del d.lgs. n. 114 del 1998, della legge regionale Campania n. 19 del 2013, del regolamento consortile approvato con decreto commissariale n. 132 del 26 luglio 2013, pubblicato sul B.U.R.C. n. 43 del 5 agosto 2013, nonché della legge regionale Campania n. 1 del 2014 e del S.I.A.D. vigente nel Comune di Arzano.

Nemmeno è contestata la successione cronologica degli atti di parte e degli atti endo-procedimentali indicati nella sentenza (e precisamente, per come si evince anche dal ricorso in appello: istanza del 2 marzo 2017, assunta a prot. n. 5382 del 16 marzo

2015; richiesta di parere del Consorzio ASI da parte del Comune del 17 marzo 2017; diffida della società del 27 maggio 2015; nota di risposta negativa da parte del Comune del 5 giugno 2015; parere favorevole del Consorzio del 26/29 giugno 2015; provvedimento di diniego dell'autorizzazione del 27/28 agosto 2015).

5.1. Considerata tale successione cronologica, va confermato che, così come ritenuto nella sentenza gravata, non si applichi *ratione temporis* la disposizione dell'art. 17 bis della legge n. 241 del 1990, introdotto dall'art. 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

Questa legge è stata pubblicata sulla G.U. n. 187 del 13 agosto 2015 e, non contenendo alcuna norma regolante l'entrata in vigore, è vigente, non dal 7 agosto 2015 (come immotivatamente sostenuto nell'atto di appello), bensì dal 28 agosto 2015.

Poiché a tale ultima data il procedimento amministrativo oggetto del presente contenzioso si era concluso, essendo stato adottato il provvedimento di diniego del provvedimento unico di apertura della media struttura di vendita, prot. n. 1897, il 27 agosto 2015, comunicato il successivo 28 agosto 2015, non vi è luogo a dibattere dell'ambito, soggettivo e oggettivo, di applicazione della norma sopravvenuta dell'art. 17 bis cit., in quanto non applicabile.

5.2. La questione posta dal ricorso -dell'intervenuta formazione del silenzio-assenso sull'istanza di autorizzazione per il commercio al dettaglio e per il relativo titolo edilizio (c.d. provvedimento unico generale) per la realizzazione di una media struttura di vendita nel capannone di proprietà della Mass Building S.r.l.- va perciò decisa sulla base delle disposizioni, legislative e regolamentari, richiamate nella sentenza di primo grado.

L'art. 17 (*Medie strutture di vendita*) della legge Regione Campania 9 gennaio 2014, n. 1 (*Nuova disciplina in materia di distribuzione commerciale*) prevede al comma 1 che per le dette strutture “*lo SIAD disciplina l'apertura, l'aggiunta e l'ampliamento merceologico o di superficie, il trasferimento ed ogni altra condizione non contemplata dalla presente legge*” ed al comma 2 che “*il Comune, ai sensi della legge 241/1990, adotta le norme sul procedimento concernente le domande relative alle medie strutture di vendita; stabilisce il termine non superiore ai sessanta giorni dalla data di ricevimento, entro il quale le domande sono accolte se non è comunicato il provvedimento di diniego; il termine può essere incrementato fino a settantacinque giorni se è richiesto anche il permesso di costruire.*”.

Con la circolare n. 997 del 30 ottobre 2014, recante le “*indicazioni operative*” in merito alla legge regionale n. 1 del 2014, quanto alle medie strutture di vendita, ed in relazione al citato art. 17, si è stabilito all'art. 13, comma 5 e 6 che:

*<<5. La Legge Regionale stabilisce che il termine a disposizione dei Comuni per l'esame della domanda ed il rilascio dell'autorizzazione è al massimo pari a sessanta giorni nel caso in cui la domanda sia presentata solamente per l'autorizzazione commerciale, oppure al massimo pari a settantacinque giorni nel caso in cui il soggetto richiedente presenti anche l'istanza di permesso di costruire. Laddove non sia comunicato al richiedente l'espresso diniego, la domanda si intende accolta e l'autorizzazione o il provvedimento unico generale, se richiesto, formati per silenzio-assenso.*

*Per la costituzione del titolo amministrativo richiesto, è necessario che la domanda sia regolare, documentata a norma, corrispondente alle previsioni del SIAD e, se richiesta nei termini di legge, sia stata fornita l'integrazione documentale.*

*Eventuali elementi di contrasto con le prescrizioni del SIAD o di incompletezza documentale della domanda devono essere comunicate a mezzo PEC da parte del Comune all'indirizzo fornito dal richiedente, entro e non oltre trenta giorni dalla data di presentazione dell'istanza.*

*6. Decorso il termine per la formazione del silenzio-assenso, lo Sportello unico per le attività produttive competente per territorio può revocare l'autorizzazione o il provvedimento unico generale solamente in sede di autotutela, per espressi e cogenti imperativi motivi di interesse generale; viceversa, il SUAP può comunque rilasciare in forma espressa il titolo autorizzatorio richiesto, anche qualora si sia già formato per silenzio-assenso.>>.*

Tali disposizioni vanno interpretate tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 16 della legge n. 241 del 1990 a proposito dell'attività consultiva nella fase istruttoria del procedimento amministrativo, ed in specie del comma 1, che fissa il termine di venti giorni per il parere obbligatorio, e del comma 2 che, *“in caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere obbligatorio e senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie”*, concede all'amministrazione richiedente la *“facoltà ... di procedere indipendentemente dall'espressione del parere”*.

All'evidenza, si tratta di una mera facoltà e non di un obbligo di provvedere indipendentemente dall'espressione del parere (a

differenza di quanto invece previsto dallo stesso art. 16, comma 2, per l'inerzia in caso di richiesta di pareri facoltativi, che obbliga l'amministrazione richiedente a procedere).

5.2.1 Per la formazione del silenzio-assenso, a seguito dell'istanza avanzata ai sensi dell'art. 17 della legge regionale n. 1 del 2014, anche in ragione di quanto previsto dall'art. 13, comma 5, della circolare esplicativa, la domanda avrebbe dovuto essere completa di tutto quanto necessario perché l'amministrazione comunale potesse provvedere. Pertanto, erano indispensabili non soltanto i documenti da prodursi dal privato istante (essendo previsto nella circolare, tra l'altro, che *“per la costituzione del titolo amministrativo richiesto, è necessario che la domanda sia regolare, documentata a norma, corrispondente alle previsioni del SIAD e, se richiesta nei termini di legge, sia stata fornita l'integrazione documentale”*), ma anche la richiesta dei pareri istruttori obbligatori, e la loro acquisizione (fatta salva la facoltà dell'art. 16 della legge n. 241 del 1990).

Ed invero la circolare esplicativa su citata ha recepito il principio generale consolidato in materia secondo cui per la formazione dei provvedimenti amministrativi per silenzio assenso è sufficiente il decorso del tempo dalla presentazione dell'istanza senza una risposta dell'amministrazione solo se l'istanza sia assistita da tutte le condizioni e dai presupposti richiesti dalla legge per poter essere accolta (Consiglio di Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 876). In applicazione di tale principio, va qui ribadito che, seppure è vero che se la norma non indica espressamente i casi di interruzione il silenzio assenso si forma a seguito del mero decorso del termine previsto (Consiglio Stato, sez. V, 9 maggio

2000, n. 2657), tale regola va temperata con quella per la quale il termine previsto per la formazione del silenzio assenso ed assegnato all'amministrazione per provvedere su di una domanda si interrompe in tutti i casi in cui sorga l'effettiva, e non pretestuosa, necessità di effettuare un'attività istruttoria (così, in termini, Cons. Stato, V, 22 settembre 2015, n. 4424).

L'interruzione del termine per la formazione del silenzio-assenso si viene perciò a determinare non soltanto nel caso in cui l'amministrazione inviti l'interessato a fornire documentazione integrativa (cfr. Cons. Stato, V, 1 ottobre 2001, n. 5190), ma anche nel caso in cui, dopo la presentazione della domanda, sia richiesto dalla legge o comunque ritenuto indispensabile l'espletamento di qualsivoglia altra attività istruttoria, compresa quella consultiva.

5.2.2 In conclusione, il decorso del termine per il silenzio-assenso si ha solo qualora la domanda sia assistita da tutti i presupposti, di fatto e di diritto, perché l'Amministrazione possa provvedere, dal momento che esso si pone come co-elemento costitutivo della fattispecie autorizzatoria, al solo fine di colmare l'inerzia della p.a. : esso è perciò interrotto ogniqualvolta per l'amministrazione competente non si configuri (o venga meno) un obbligo di provvedere, come è, ai sensi del citato art. 16, comma 1 e 2, della legge n. 241 del 1990, nel caso in cui la stessa amministrazione si sia tempestivamente attivata con la richiesta di parere obbligatorio e questo non sia stato (ancora) espresso.

Ne consegue che non può considerarsi automaticamente accolta per silenzio-assenso –in forza del meccanismo di formazione tacita del provvedimento positivo previsto dal legislatore con l'art. 20 della legge n. 241 del 1990, e, nel caso di apertura di una media

struttura di vendita, con l'art. 17 della legge Regione Campania 9 gennaio 2014, n. 1- la relativa domanda di autorizzazione o di provvedimento unico generale in caso di richiesta, dopo la presentazione di tale domanda, di pareri di altre autorità costituenti presupposto indispensabile per l'istruttoria (cfr., per un caso analogo, relativo all'istanza per la concessione per l'installazione di impianti di carburante, Cons. Stato, V, n. 4424/2015 cit.), qualora questi pervengano dopo il decorso del termine fissato per la formazione del titolo *per silentium*.

5.3. Nel caso di specie, la richiesta di parere al Consorzio ASI in data 17 marzo 2015 ha interrotto il decorso del termine di settantacinque giorni (dal 2 marzo 2015) per la formazione del silenzio-assenso; il parere, indefettibile presupposto per l'obbligo di provvedere del Comune di Arzano, è pervenuto a quest'ultimo il 29 giugno 2015 e soltanto da questa data è ricominciato a decorrere il termine fissato dall'art. 17, comma 2, della legge regionale n. 1 del 2014.

Il provvedimento di diniego è intervenuto il 27 agosto 2015 ed è stato comunicato il 28 agosto 2015, così impedendo definitivamente la formazione del titolo abilitativo per silenzio assenso.

Il primo motivo di appello va quindi respinto.

6. Col secondo motivo la società appellante si duole, tra l'altro, della violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990, osservando, in senso contrario a quanto affermato nella sentenza a proposito del mancato invio del preavviso di diniego, che l'omissione ha pregiudicato la società istante, che è stata:

a) impedita dal rappresentare alla p.a. le ragioni di assoluta inesistenza e/o erroneità delle motivazioni addotte a sostegno del rigetto;

b) impedita, al fine di propiziare la soluzione positiva e più veloce della vicenda, di allestire soluzioni in ordine alle (pur illegittime) contestazioni del Comune; ciò che *“ha potuto fare ed ha fatto, solo quando ha ricevuto la notifica del provvedimento di diniego, con la comunicazione in data 16 ottobre 2015 prot. 23524 con la quale ha rinunciato alla indicata allocazione degli stalli individuando, allo scopo, spazi laterali ed interni all’azienda”*, senza che di tanto la sentenza impugnata faccia menzione né prenda atto della rilevanza dirimente, vanificando in tal modo la funzione stessa del preavviso di rigetto.

6.1. Aggiunge l’appellante che la comunicazione di eventuali ragioni ostative avrebbe potuto consentire alla società, non solo di dimostrare le circostanze appena esposte, *“ma anche la conformità dell’insediamento al SIAD approvato nel 2014 una alla inapplicabilità del SIAD 2008 [...]”*.

7. Il motivo è fondato.

Il rigetto in primo grado dell’impugnazione proposta dalla società avverso il provvedimento di diniego si fonda principalmente sul fatto che questo ha evidenziato che *“la gran parte degli stalli parcheggio risultano previsti eliminando l’esistente marciapiede ad uso pubblico interrompendone la continuità lungo le strade di interesse compromettendo la sicurezza dei pedoni”*.

Orbene, la ricorrente ha dedotto che tale causa ostativa avrebbe potuto essere rimossa alla stregua di quanto proposto con la nota del 16 ottobre 2015 prot. n. 23524.

In quanto successiva al provvedimento di diniego, e quindi non esaminata dalla p.a. destinataria, la nota non è valutabile nel merito in ambito giurisdizionale (arg. ex art. 34, comma 2, cod. proc. amm., che vieta la pronuncia su poteri amministrativi non esercitati). Tuttavia, il solo fatto che sia stata formulata per fare fronte alle ragioni ostative all'apertura della media struttura di vendita prospettate dall'amministrazione competente - come riconosciuto anche dalla difesa del Comune appellato, che si spinge ad affermarne l'irrilevanza nel merito (perché *“genericamente si rinuncia alla allocazione degli stalli parcheggio in favore dell'individuazione di non meglio precisati spazi laterali e interni all'azienda”*) dimostra l'inapplicabilità dell'art. 21 octies, comma 2, ultimo inciso, della legge n. 241 del 1990, sul quale si fonda invece la sentenza di primo grado.

Non solo, infatti, l'amministrazione non ha dimostrato in giudizio che il contenuto del provvedimento conclusivo del procedimento autorizzatorio non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, ma, anzi, è stata la ricorrente a dimostrare il contrario.

Se, infatti, fosse stata preavvertita della ragione di diniego collegata all'ubicazione degli stalli di parcheggio, la Mass Building S.r.l. avrebbe potuto anticipare, in ambito endo-procedimentale, l'atto di rinuncia di cui alla nota su citata, del quale, allora, l'amministrazione comunale avrebbe dovuto tenere conto - in positivo od, anche, in negativo (qui non rileva) - di modo che la motivazione del provvedimento conclusivo sarebbe stata diversa da quella posta a fondamento della decisione adottata in violazione delle norme sul contraddittorio procedimentale.

7.1. Contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza impugnata, sul punto conforme alle difese svolte in primo grado dal Comune resistente, non si trattava affatto di trovare un “punto d’incontro” (*id est*, una soluzione di compromesso) al fine di approvare il progetto del privato asseritamente *contra legem*, ma di consentire, appunto, al privato istante -proprio “*in ossequio ai generali canoni di trasparenza cui le pubbliche amministrazioni sono in generale tenute ad uniformarsi*”, come detto in sentenza- di partecipare al procedimento amministrativo e presentare eventuali osservazioni, utili a fini istruttori. Tali sarebbero state, nella specie, quelle volte a dimostrare l’adattabilità del progetto presentato dalla società ad una soluzione tecnica che -comportando la rinuncia da parte della stessa società a rivendicare pretese sul marciapiede- fosse funzionale a garantire la sicurezza dei pedoni, eliminando del tutto (e senza compromessi) la parte di proposta progettuale ritenuta ostativa (fatta sempre salva la valutazione della p.a. sul rispetto o meno degli standard urbanistici, del progetto risultante all’esito di tale modifica).

7.2. Analogamente è a dirsi quanto alla necessità di instaurare un contraddittorio endo-procedimentale con la società istante al fine di individuare le disposizioni ritenute, in concreto, ostative al rilascio del provvedimento unico generale.

In particolare, l’affermazione della sentenza secondo cui il provvedimento impugnato non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato per il contrasto dell’intervento *de quo* con le disposizioni urbanistiche vigenti non tiene conto delle osservazioni svolte dalla società qui appellante a proposito della deliberazione del 18 dicembre 2014, n. 258 del Commissario

Straordinario del Comune (approvata con i poteri del Consiglio comunale) di adeguamento dello Strumento d'intervento per l'apparato distributivo del Comune di Arzano (SIAD), ai sensi dell'art. 10, comma 1, della legge regionale n. 1 del 2014.

Sebbene questa sia stata posta a fondamento di un apposito motivo di ricorso in primo grado -riproposto col terzo motivo di appello- essa rileva, in via prioritaria, al fine di dimostrare l'incidenza, nel caso di specie, della violazione dell'art. 10 bis della legge n. 241 del 1990. Come sostenuto già col primo dei motivi aggiunti in primo grado, siffatta violazione ha impedito alla ricorrente, non solo di allestire la soluzione alternativa di cui sopra, ma anche di rappresentare alla p.a. le ragioni di "*assoluta inesistenza e/o erroneità delle motivazioni addotte a sostegno del rigetto*".

Non vale obiettare che siffatto impedimento avrebbe potuto essere superato in sede giurisdizionale, essendo questa deputata, appunto, all'annullamento dell'atto viziato.

Riscontrata, infatti, la violazione dell'art. 10 *bis* della legge n. 241 del 1990, occorre aggiungere che anche la circolare n.997/2014, art. 13, comma 5, prevede che eventuali elementi di contrasto con le prescrizioni del SIAD debbano essere comunicate a mezzo PEC da parte del Comune all'indirizzo fornito dal richiedente, entro e non oltre trenta giorni dalla data di presentazione dell'istanza, a dimostrazione di quanto rilevi, *in subiecta materia*, la verifica, nel contraddittorio procedimentale, dell'applicazione in concreto dello strumento di pianificazione urbanistica e commerciale.

La necessità del contributo della società istante, come rilevato dalla difesa di quest'ultima, è confermata dal fatto che il provvedimento di rigetto non menziona affatto il SIAD così come

vigente alla data di presentazione dell'istanza -anche soltanto al fine di affermarne l'irrilevanza ovvero l'eventuale disapplicazione.

La controvertibilità della relativa applicazione -involgendo profili di fatto, da accertarsi nell'ambito del procedimento amministrativo, con il coinvolgimento degli organi competenti e degli altri enti interessati- osta alla piana applicazione dell'art. 21 octies, comma 2, ultimo inciso, che, come detto, presuppone che risulti positivamente accertato in giudizio, senza alcun margine di incertezza, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

8. In conclusione, perciò, respinto il primo motivo di appello, va accolto il secondo. A tale accoglimento conseguono l'accoglimento del primo dei motivi aggiunti formulati in primo grado e l'annullamento, per vizio del procedimento, del provvedimento di rigetto prot. n. 1897 del 27 agosto 2015 del Dirigente dell'Area Attività Produttive e Ambiente Urbano del Comune di Arzano e degli atti connessi e consequenziali impugnati.

Questo esito comporta l'assorbimento del terzo motivo di appello, col quale lo stesso provvedimento è stato impugnato per violazione di legge.

8.1. L'accoglimento parziale delle domande della società ricorrente, rimasta soccombente anche in appello rispetto al ricorso introduttivo del giudizio, consente di compensare per soccombenza reciproca le spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il primo motivo ed accoglie il secondo, dichiarando assorbito il terzo; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, accoglie il primo dei motivi aggiunti in primo grado ed annulla il provvedimento di rigetto prot. n. 1897 del 27 agosto 2015 del Dirigente dell'Area Attività Produttive e Ambiente Urbano del Comune di Arzano e gli atti connessi e consequenziali impugnati.

Compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Caringella**

**IL SEGRETARIO**