

Consiglio di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2009, n. 107

La *ratio* acceleratrice della normativa di riferimento logicamente non può che militare per un'interpretazione della medesima normativa che valorizzi, ai fini del decorso del termine per l'adozione di un provvedimento espresso, la data in cui l'ente competente convoca le altre amministrazioni interessate e non, invece, quella in cui le stesse si riuniscano per la prima volta. Dovendosi ritenere la domanda di rilascio degli assenti richiesti precedentemente accolta in virtù della formazione del silenzio-assenso per decorso del termine di legge, il consolidarsi di tale situazione per mancata impugnazione di tale provvedimento tacito di assenso rendeva inammissibile la successiva impugnazione degli atti di assenso espliciti da parte della controinteressata;

La concorrenzialità di una struttura commerciale dipende, invero, anche dalle economie di scala che essa è in grado di realizzare, in quanto comportano, come effetto finale, la diminuzione del prezzo al consumatore. Ma se, dunque, il consumatore si sposta volentieri laddove può scegliere meglio ed ottenere prezzi migliori, allora deve concludersi che l'apertura di un nuovo centro commerciale, tra l'altro localizzato nelle immediate vicinanze di un altro, comporta comunque un potenziale sviamento di clientela in grado di procurare quel nocimento che la giurisprudenza amministrativa ritiene meritevole di tutela (cfr. Cons. St., IV, 27 maggio 2002, n. 2921).

Il problema sulla sussistenza dei presupposti dell'azione, nel caso di impugnazione di licenze o autorizzazioni commerciali che legittimano altri soggetti all'apertura di nuovi esercizi commerciali, creando situazioni di concorrenza con i precedenti operatori, sembra esser stato risolto dalla giurisprudenza in senso positivo; e, cioè, è stata riconosciuta la legittimazione ad agire ai "titolari" di altri esercizi, ancorando il loro interesse al potenziale sviamento della clientela e alla riduzione dei profitti (cfr. Cons. St., V, 15 giugno 1998 n. 848; id., 19 luglio 1989 n. 414). I titolari di impresa sono portatori di posizioni che l'ordinamento riconosce meritevoli di tutela nei confronti di atti suscettibili di restringere indebitamente gli spazi di mercato in cui operano (cfr. Cons. St., IV, 27 marzo 2002, n. 1716).

REPUBBLICA ITALIANA N. 107/09 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 6396/05 – 5209/07

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) 6420/07 REG.RIC.

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello proposti:

1) (il procedimento 6396/2005) dalla società a responsabilità limitata E., con sede in Milano, in persona del dottor M. S., presidente del Consiglio d'amministrazione, difesa dagli avvocati Marco Sica e Luigi Manzi e domiciliata presso il secondo in Roma, via Federico Confalonieri 5;

contro

- la regione LOMBARDIA, costituitasi in giudizio in persona del presidente della giunta regionale R. F., difesa dagli avvocati Pio Dario Vivone, Catia Gatto e Federico Tedeschini e domiciliata presso quest'ultimo in Roma, Largo Messico 7;

- la PROVINCIA DI VARESE, non costituita in giudizio;

- il comune di LAVENA PONTE TRESA, non costituito in giudizio;

- la società cooperativa C. L., costituitasi in giudizio in persona del dottor S. A., presidente del Consiglio d'amministrazione, difesa dagli avvocati Mario Sanino e Liberto Losa e domiciliata presso il primo in Roma, viale Parioli 180;

per la riforma

della sentenza 21 marzo 2005 n. 642, notificata il 29 aprile 2005, della quarta sezione del tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, nella parte in cui ha respinto un motivo del ricorso 3152/2004 proposto contro la nota 27 aprile 2004 n. 01.2004.0016349 della regione Lombardia, ufficio del commercio, delle fiere e dei mercati, di diniego di autorizzazione all'apertura di un centro commerciale in Lavena Ponte Tresa;

2) (il procedimento 5209/2007) dalla regione LOMBARDIA, in persona del presidente della giunta regionale R. F., difesa dagli avvocati Antonella Forloni, Catia Gatto e Federico Tedeschini e domiciliata presso il terzo in Roma, largo Messico 7;

contro

la società cooperativa C. L., costituitasi in giudizio in persona del dottor S. A., presidente del Consiglio d'amministrazione, difesa dagli avvocati Mario Sanino e Liberto Losa e domiciliata presso il primo in Roma, viale Parioli 180;

e nei confronti

- del comune di LAVENA PONTE TRESA, costituitosi in giudizio in persona del sindaco, signor P. V. R., difeso dagli avvocati Filippo Satta, Anna Romano e Maria Cristina Colombo e domiciliato presso quest'ultima in Roma, Foro Traiano 1/A;

- della PROVINCIA DI VARESE, non costituita in giudizio;

- di B. s.p.a. e E. s.r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Mariano Protto e Marco Sica, elettivamente domiciliate in Roma, via Paisiello n. 39;

per la riforma

della sentenza 8 marzo 2007 n. 407, con la quale il tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, quarta sezione, ha annullato l'autorizzazione commerciale 16 novembre 2005 n. 173, rilasciata dal comune di Lavena Ponte Tresa alla società E.;

3 (il procedimento 6420/2007) dalla società E., in persona del dottor M. S., difesa dagli avvocati Marco Sica e Mariano Protto e domiciliata presso il primo in Roma, via Giovanni Paisiello 39;

contro

la società cooperativa C. L., costituitasi in giudizio rappresentata, difesa e domiciliata come indicato sopra;

e nei confronti

- della regione LOMBARDIA, non costituita in giudizio;

- della PROVINCIA DI VARESE, non costituita in giudizio;
- del comune di LAVENA PONTE TRESA, costituitosi in giudizio rappresentato, difeso e domiciliato come indicato sopra;

per la riforma

della sentenza 8 marzo 2007 n. 407 del TAR Lombardia – Milano – Sez. IV;

Visto il ricorso in appello 6396/2007, notificato tra il 27 giugno e il 4 luglio e depositato il 27 luglio 2005;

visto il controricorso della regione Lombardia, depositato il 9 agosto 2005;

visto il ricorso in appello 5209/2007, depositato il 21 giugno 2007;

visto il controricorso della società C. L., depositato il 27 giugno 2007;

visto il controricorso della società E., depositato il 16 luglio 2007;

visto l'appello incidentale del comune di Lavena Ponte Tresa, depositato il 25 luglio 2007;

visto l'appello incidentale della società C. L., notificato il 3 agosto 2007 e depositato il 2 agosto 2007;

visto l'appello incidentale proposto dalla società per azioni B. (sede non indicata), in persona del ragioniere L. E., consigliere delegato, difesa dagli avvocati Massimo Protto e Marco Sica e domiciliata presso il secondo in Roma, via Giovanni Paisiello 39, con atto depositato il 4 ottobre 2007;

viste le memorie difensive presentate, il 7 agosto 2007 e il 12 novembre 2007 dalla società C. L., il 23 agosto 2007 e il 12 novembre 2007 dalla società E., il 19 ottobre 2007 dalla società B.;

visto il ricorso in appello 6420/2007, notificato il 19 luglio e depositato il 31 luglio 2007;

visti il controricorso e la memoria difensiva della società C. L., depositati il 9 agosto 2007;

visto il controricorso del comune di Lavena Ponte Tresa, depositato il 24 agosto 2005;

viste le memorie presentate il 12 novembre 2007 dall'appellante e dalla resistente C. L.;

vista la decisione istruttoria n. 1225/2008 del 20.3.2008 di questa Sezione;

vista la documentazione depositata dal Comune di Lavena Ponte Tresa in data 30 aprile 2008 in esecuzione dell'incombente istruttorio;

viste le memorie prodotte dalle parti in vista dell'udienza di discussione dell'8.7.2008;

visti gli atti tutti delle cause;

relatore, all'udienza dell'8 luglio 2008, il consigliere Nicola Russo e uditi altresì gli avvocati Manzi, Sica, Tedeschini, Losa, Satta e Protto;

ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. La Srl E. era proprietaria di un terreno (successivamente alienato a terzi) sito nel Comune di Lavena Ponte Tresa (VA) lungo la SS 233/via Colombo, ricadente nel vigente PRG all'interno del perimetro – CNS, comparto 39 “P.A. di Via Colombo” – individuato dal piano attuativo per la destinazione mista: residenza, uffici, negozi autorimesse private.

2. Con apposita variante di adeguamento adottata dal Consiglio Comunale (delibb. Nn. 20 del 25.07.02 e 32 del 28.11.02) ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 114/98, dell'art. 4 della LR n. 14/99 e dell'art. 15 del Regolamento regionale n. 3/2000, all'area in questione è stata assegnata la destinazione commerciale GS finalizzata alla realizzazione di centri commerciali di superficie superiore a 1.500 mq.

4. Successivamente con delibera della Giunta provinciale n. 150/03 sono stati approvati i “Criteri per la valutazione dei progetti di realizzazione e ampliamento di grandi strutture di vendita”.

5. Alla luce della tipizzazione dell'area, al tempo di proprietà dell'odierna appellante, la stessa, in data 5.12.03, ha presentato al Comune di Lavena apposita domanda finalizzata all'ottenimento dell'autorizzazione all'apertura di un centro commerciale costituito da un ipermercato con superficie utile alla vendita di mq. 3.450 e di un negozio di vicinato di mq. 50.

6. Il progetto che prevede l'edificazione di un edificio polifunzionale – in particolare: un centro commerciale, un'unità a destinazione abitativa, una galleria, una sala polifunzionale pubblica, spazi per attività di interesse pubblico e un parco pubblico attrezzato – è espressamente consentito dal P.R.U.G., attuandone le previsioni sia in termini di viabilità, che di compatibilità ambientale e prevede interventi di adeguamento stradale anche attraverso la realizzazione di una rotatoria esterna.

7. Convocata, con comunicazione 23.7.04 n. 723, la prima seduta della Conferenza di Servizi, la stessa si è tenuta in data 10.2.04 ed in tale sede il Comune ha rilevato che l'insediamento è compatibile con gli strumenti urbanistici vigenti e che non sussiste contestualità dei procedimenti riguardo al rilascio dell'autorizzazione di esercizio e di titoli abilitativi edilizi.

8. La Conferenza dei Servizi ha avuto il seguente svolgimento:

- nella seduta del 27.4.04, l'Anas ha reso parere favorevole puntualizzando che la “realizzazione della rotatoria...è sicuramente migliorativa”;

- nella medesima seduta invece la Provincia ha espresso perplessità “riguardo il miglioramento della viabilità esistente”;

- in tale data, la E. ha integrato il progetto con uno studio relativo alla “descrizione del sistema viario, dei trasporti e di accesso con indicazioni per sistemazioni migliorative”.

- la Provincia di Varese, Settore Viabilità e Trasporti, in data 11.5.04, ha rilevato che “il nuovo dimensionamento della rotatoria appare, al fine prettamente tecnico, migliorativa rispetto alle precedenti versioni proposte”;

- l’Anas, in data 11.5.04, ha rilasciato apposito nulla osta per la realizzazione della rotatoria prevista dal progetto.

- in data 26.5.04, la Provincia di Varese ha, però, reso il proprio sfavorevole parere.

- La Conferenza di servizi, da ultimo, in data 27.5.04, nonostante, a dire dell’appellante, si fosse consumato il potere decisorio per decorso del termine stabilito dalla legge per l’adozione di un provvedimento espresso (120 giorni dalla data di indizione), è stata negativamente conclusa.

9. Il relativo provvedimento è stato impugnato dall’odierna appellante innanzi al TAR per la Lombardia con ricorso n. 3152/04 RG, ed in tale sede E. ha censurato gli atti impugnati per una serie di motivi, relativi:

- in via principale, alla mancata presa d’atto dell’intervenuto silenzio assenso per decorso dei 120 giorni a partire dal 23.1.04 data di indizione della Conferenza di Servizi – stabiliti dalla normativa di riferimento ex art. 9, comma 5, del d.lgs. n. 114/98, nonché ai sensi dell’art. 5, comma 10, della L.R. n. 14/99– sicché la domanda di autorizzazione doveva intendersi tacitamente accolta il 22.5.04, non essendo stato tempestivamente comunicato il provvedimento di diniego;

- in via subordinata a tutta una serie di ulteriori questioni relative al merito della determinazione del diniego opposto quanto a numerosi profili ad esso presupposti e connessi, con particolare riferimento alla carenza di motivazione ed all’illegittimità degli atti in quanto emessi senza essere stati preceduti dalla necessaria approfondita valutazione dei presupposti di fatto e di diritto della domanda di autorizzazione e della reale situazione su cui la realizzazione dell’opera in questione andava ad incidere.

10. Il TAR adito, con sentenza n. 642/05, ha:

- da un lato, respinto la censura relativa all’intervenuto silenzio assenso sulla scorta della motivazione per cui la integrale disciplina che regola la fattispecie in esame, contenuta nel combinato disposto del predetto art. 9, comma 5 del d.lgs. 114/98 e del rinvio al comma 3 del medesimo articolo, milita nel senso di ritenere che il termine per la formazione del silenzio assenso in trattazione, inizi a decorrere dalla prima riunione della Conferenza dei servizi e non dalla data della sua convocazione; con la conseguenza che i 120 giorni indicati dalla legge nel caso di specie non sarebbero trascorsi;

- dall’altro, ha, però, accolto le censure relative alla illegittimità degli atti per la carenza di un’adeguata valutazione degli elementi caratterizzanti la domanda di autorizzazione, con particolare riferimento al parere espresso dalla Provincia di Varese in ordine alle problematiche di viabilità provocate dall’intervento, atteso che tale parere avrebbe dovuto, comunque, tenere conto degli apporti procedurali effettuati da E., nonché, avrebbe dovuto dare contezza delle ragioni per cui il detto parere si sia discostato da quello, positivo, rilasciato sui medesimi aspetti, nel corso del procedimento, da Anas.

11. La pronuncia così resa è stata gravata d’appello (n. 6396/05 RG) da E. nella parte in cui il TAR ha rigettato la doglianza tesa a far rilevare l’oramai intervenuto silenzio assenso in ordine all’istanza

di autorizzazione; l'accoglimento di tale censura, avrebbe, infatti, reso superfluo il successivo *iter* procedimentale finalizzato alla rivalutazione dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione.

Nell'atto d'appello, per quel che rileva, E. ha contestato la correttezza della sentenza del TAR per aver del tutto immotivatamente e, comunque, erroneamente ritenuto che il computo del termine di 120 giorni decorresse dalla data della prima riunione della Conferenza dei servizi e non da quello della sua convocazione. Tale interpretazione contrasterebbe con il disposto dell'art. 9, comma 5, della LR n. 14/99, in ossequio al quale "*le determinazioni della conferenza di servizi sono...validamente assunte entro il termine di centoventi giorni dalla data di indizione della prima riunione*"; laddove il termine *indizione* non si concilia, in termini di perfetta assonanza, con quello di *prima riunione*. In aggiunta a tali censure l'appellante ha, poi, riproposto ulteriori doglianze dedotte innanzi ai primi giudici e da questi ritenuti assorbiti.

12. Nella pendenza del predetto appello, in ottemperanza alla sentenza n. 642/05 del TAR Lombardia, in data 23.5.05, si è tenuta la prima seduta della riattivata Conferenza di Servizi per il riesame della domanda a partire dal primo degli atti non annullati.

13. All'esito di un complesso iter procedimentale finalizzato all'acquisizione di ulteriore documentazione ad integrazione dell'istanza, acquisiti i pareri di tutte le amministrazioni coinvolte, la Conferenza di Servizi ha attivato il procedimento per la valutazione del progetto presentato applicando i parametri ed i criteri valutativi stabiliti dall'art. 1, comma 4, lett. b) del regolamento Regionale n. 3/00.

14. Il relativo procedimento e la valorizzazione di tutti i requisiti posseduti dall'intervento, hanno condotto all'assegnazione al medesimo di 24,5 punti (su un minimo necessario di 24) e, quindi, alla conclusione positiva della Conferenza, seppure con prescrizioni indicate dalla Regione.

15. La C. L., asseritamente controinteressata all'intervento, ha proposto ricorso e successivamente anche motivi aggiunti, innanzi al TAR per la Lombardia avverso l'autorizzazione rilasciata ad E. ed altri atti del relativo procedimento, censurando l'assegnazione del su richiamato punteggio il quale, a dire di tale C. L., sarebbe dovuto essere inferiore alla soglia minima di 24 punti.

16. Per parte sua la E., in tale giudizio, eccepita l'infondatezza e l'inammissibilità del ricorso avversario per svariati e concorrenti profili, ha proposto ricorso incidentale, da un lato teso a far rilevare l'oramai intervenuto silenzio assenso sulla domanda in questione, dall'altro a contestare gli atti del procedimento per non aver riconosciuto al progetto un maggiore punteggio.

17. Il TAR adito, disattese le eccezioni di E. tese a far rilevare l'inammissibilità del ricorso, con sentenza n. 407/07, ha respinto il gravame incidentale ed accolto quello principale "ai fini del riesame alla stregua della prima e della quinta doglianza dedotte in via principale" in relazione alle quali:

- da un lato, è stata recepita la violazione del Regolamento regionale n. 3/00 con particolare riferimento all'errato utilizzo della c.d. *isocrona* ivi prevista. A dire del TAR l'utilizzo dell'*isocrona* riferibile al caso di specie avrebbe dovuto condurre al conseguimento di un punteggio inferiore a quello minimo stabilito per il rilascio degli assensi richiesti;

- dall'altro è stata condivisa la prospettata carenza istruttoria connotante il parere rilasciato dall'amministrazione provinciale circa l'impatto viabilistico del nuovo insediamento commerciale.

18. La pronuncia così resa è stata gravata:

- d'appello principale dalla Regione Lombardia (giudizio n. 5209/07 RG) la quale, con ampie e diffuse argomentazioni, ha difeso gli atti regionali quanto all'isocrona 0-20 utilizzata, contestando le argomentazioni attraverso le quali il TAR è giunto all'accoglimento del ricorso;

- e nelle forme dell'appello incidentale, da contrapposte posizioni, da un lato dalla C. L. – la quale ha censurato la sentenza del TAR nelle parti in cui ha respinto il proprio ricorso – e dal Comune di Lavena e, dall'altro, dalla S.p.A. B. nel frattempo entrata nella titolarità del suolo in precedenza di proprietà della E.

A sua volta la E. ha impugnato la medesima pronuncia, con appello autonomo (giudizio n. 6420/07 RG) ed in tale atto è stata censurata l'erroneità della pronuncia nelle parti in cui:

- non è stata accolta l'eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso il cui termine per la proposizione avrebbe dovuto decorrere dalla data della presentazione dell'istanza di accesso agli atti relativi della procedura e non da quella di ostensione dei medesimi;

- è stata disattesa l'ulteriore eccezione finalizzata a censurare la carenza di legittimazione della C. L. alla luce della considerazione che le due strutture contrapposte, stante il diverso dimensionamento (l'una – l'appellante, *grande struttura di vendita*, l'altra, l'appellata *media struttura di vendita*), non sono potenzialmente in grado di entrare in conflitto tra loro nel mercato di rispettivo riferimento;

- non è stato tenuto nel debito conto la mancata impugnazione degli atti regionali di pianificazione, dai quali emerge inequivocabilmente il fabbisogno nel territorio di nuove superfici di vendita;

- è stata disattesa l'eccezione volta a rilevare come, alla luce del disposto dell'antecedente sentenza del TAR Lombardia n. 642/05, dalla quale emergeva il dovere per la PA di rinnovare il procedimento a partire dal primo degli atti annullati con conseguente salvezza di tutti gli altri, nei confronti di questi ultimi, le eventuali ulteriori impugnazioni (come quelle, poi, accolte da TAR) risultavano precluse;

- non è stata accolta l'ulteriore eccezione finalizzata a contestare l'inammissibilità del gravame per mancata impugnazione del piano regolatore generale, del regolamento regionale e dei criteri approvati dalla giunta provinciale con deliberazione n. 150/03 attraverso i quali all'area di cui trattasi è stata conferita la destinazione commerciale; secondo l'appellante tale eventualità precluderebbe in radice la possibilità di gravare gli atti di assenso rilasciati essendo ormai incontestabile la destinazione urbanistica dei terreni in questione;

- è stato respinto il ricorso incidentale per non aver tenuto nel debito conto il fatto che dovendosi ritenere la domanda di rilascio degli assensi richiesti precedentemente accolta in virtù del formato silenzio assenso per decorso del termine di legge, la mancata impugnazione di tale tacito assenso rendeva inammissibile la successiva impugnazione degli atti di assenso espliciti;

- è stato respinto, nel merito delle doglianze, il ricorso incidentale volto ad ottenere, per una serie di ragioni diffusamente argomentate, un punteggio comunque sufficiente a superare il minimo consentito anche nell'ipotesi di accoglimento del ricorso principale;

- è stato disatteso il motivo di ricorso incidentale volto a censurare la violazione, da parte delle amministrazioni interessate, dei criteri approvati con deliberazione n.150/03. A dire dell'appellante sarebbe stata omessa la valutazione di una serie di accorgimenti tecnici volti ad incidere positivamente sull'impatto viabilistico, migliorando considerevolmente le attuali, inadeguate, condizioni del tratto stradale in questione.

19. Nel corso dei giudizi innanzi descritti tutte le parti hanno depositato memorie illustrative.

20. Nella Camera di Consiglio del 23.11.07, con ordinanza n. 1225/08 questo Consiglio di Stato:

- da un lato, ha provveduto alla riunione dei predetti appelli (i nn. 5209/07 e 6420/07, in ottemperanza al disposto di cui all'art. 335 c.p.c. essendo proposti avverso la medesima sentenza ed il n. 6396/05, riguardando la medesima vicenda amministrativa);

- e dall'altro, ha ritenuto di dover acquisire, ai fini del decidere, le seguenti informazioni: *"1) se risulti, e in che date, l'avvenuta consegna, agli enti uffici destinatari, della nota del Comune di Lavena Ponte Tresa 23 gennaio 2005 prot. 723, di convocazione della Conferenza di servizi; 2) quanto disti il supermercato di C.L., sito in via Colombo 21 e 23, dall'area interessata all'autorizzazione commerciale a E. per cui è causa"*.

21. In data 30.4.08, mediante deposito nella Segreteria di questo Consiglio di Stato, il Comune di Lavena ha ottemperato alle richieste istruttorie innanzi richiamate, producendo:

- cartolina di invio e avviso di ricevimento – comunicazione prot. 723 del 23.1.04 - trasmessa alla Regione Lombardia in data 24.1.04 e ricevuta il 3.2.04, per l'indizione della Conferenza di servizi;

- dichiarazione con allegata planimetria da cui si evincono le distanze tra le due strutture commerciali in causa.

22. All'udienza del 22 luglio 2008 i tre giudizi riuniti sono stati trattenuti per la decisione.

DIRITTO

1.0 Gli appelli sono fondati e meritano accoglimento nei termini che innanzi saranno descritti.

1.1 La prima delle controversie in esame, di cui all'appello n. 6396/05 RG, riguarda l'impugnazione della sentenza n. 642/05, nella parte in cui il TAR per la Lombardia, pur accogliendo il ricorso, ha rigettato il motivo proposto da E. teso a far rilevare l'ormai intervenuto silenzio assenso in ordine all'istanza di autorizzazione all'apertura del centro commerciale in questione; l'accoglimento di tale censura, avrebbe, infatti, tra l'altro, reso superfluo il successivo *iter* procedimentale finalizzato alla rivalutazione dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione.

In vero, tale impugnazione parrebbe difettare di interesse, essendo stata, poi, la Conferenza di servizi riconvocata e positivamente conclusa, se tale ultima circostanza, però, non fosse oggetto delle ulteriori controversie in questa sede in esame, tese all'annullamento dell'autorizzazione rilasciata.

Il Collegio deve, conseguentemente, farsene carico.

La problematica si incentra sull'interpretazione e sulla conseguente applicazione della normativa regionale che disciplina le modalità di svolgimento delle Conferenze di servizi con particolare riferimento ai termini di conclusione del procedimento, ed in particolare sull'art. 5, comma 10, della L.R. n. 14/99 (vigente *ratione temporis*), in ossequio al quale *"le determinazioni della conferenza di servizi sono...validamente assunte entro il termine di centoventi giorni dalla data di indizione della prima riunione"*.

Orbene, la E. ha sostenuto nel proprio ricorso di primo grado che dal momento dell'*indizione* della Conferenza di servizi, convocata con nota comunale 23.1.04, alla data dell'intervenuto diniego, i 120 giorni perentori stabiliti dalla normativa fossero decorsi con conseguente assentimento, *ex silentio*, della propria istanza. Il TAR adito, con Sentenza n. 1029/05, disattendendo la tesi, ha respinto il motivo ritenendo che "*L'assunto della ricorrente [non fosse] meritevole di accoglimento...alla stregua della integrale disciplina normativa che regola la fattispecie in considerazione che è contenuta nel combinato disposto del citato 5° comma dell'art. 9 D.Leg.vo n. 114/1998 e dell'ivi richiamato 3° comma di questo articolo, a mente delle quali disposizioni normative:*

- *il suindicato termine di 120 giorni decorre "dalla data di convocazione della conferenza di servizi di cui al comma 3 entro il quale le domande devono ritenersi accolte qualora non venga comunicato il provvedimento di diniego" (comma 5°);*

- *"la domanda di rilascio dell'autorizzazione è esaminata dalla Conferenza di servizi indetta dal Comune (comma 3°).*

Orbene, alla stregua di tali disposizioni lette in correlazione tra loro ed alla luce della ratio acceleratrice cui è conformata la disciplina in esse contenuta, è da ritenere, ad avviso del Collegio, che la statuizione concernente il termine in questione sia da interpretare nel senso che il momento iniziale da cui essa comincia a decorrere è quello della data della prima riunione della Conferenza di servizi (V., in tal senso, sentenza di questa Sezione in data 30.6.2004 n. 2694).

Una siffatta interpretazione non è contraddetta dall'art. 5 – 10° comma – L.R. 23.7.1999, n. 14, dato che tale norma si limita sostanzialmente a riprodurre il contenuto del citato art. 9 - comma 5 - D.Leg.vo n. 114/1998.

Stante quanto sopra evidenziato e rilevato che gli impugnati di diniego di autorizzazione sono stati posti in essere entro 120 giorni dal 10.2.02 (rectius: 04; n.d.r.) che è la data della 1° seduta della convocata conferenza di Servizi, deve escludersi che in ordine alla domanda della ricorrente fosse maturato il silenzio - assenso...".

Il Collegio non condivide l'*iter* logico seguito dai primi giudici in quanto:

- da un lato, la *ratio* acceleratrice della normativa di riferimento, richiamata dal TAR lombardo a sostegno della propria sentenza, logicamente non può che militare per un'interpretazione della medesima normativa che valorizzi, ai fini del decorso del termine per l'adozione di un provvedimento espresso, la data in cui l'ente competente convoca le altre amministrazioni interessate e non, invece, quella in cui le stesse si riuniscano per la prima volta;

- dall'altro, non può non tenersi conto nell'analisi esegetica della norma da interpretare (vigente *ratione temporis*), dell'inequivoco significato letterale della locuzione ivi contenuta ai sensi della quale, come già riportato, "*le determinazioni della conferenza di servizi sono...validamente assunte entro il termine di centoventi giorni dalla data di indizione della prima riunione*". Non vi è, infatti, nel testo appena richiamato, alcun elemento giuridico-letterale che possa spingere l'interprete a propendere per un indirizzo diverso da quello riveniente dal significato letterale delle parole utilizzate dal legislatore (nazionale e regionale). La locuzione "*data di indizione*", mentre senza dubbio è assimilabile a quella di "*data di convocazione*", non ha, invece, alcuna attinenza o assonanza con quella di "*prima riunione*".

Entrambi gli aspetti innanzi richiamati sono, peraltro, confortati da un precedente della Sezione (n. 1029/05), il quale, pur riguardando una fattispecie verificatasi nella regione Calabria - la cui normativa è però perfettamente sovrapponibile a quella del caso di specie - ha sostanzialmente concluso nei termini appena descritti.

In definitiva, essendo pacifico in atti che il diniego opposto alla E. è intervenuto dopo la scadenza dei centoventi giorni dalla data in cui l'ente competente ha indetto la Conferenza dei servizi, l'appello deve essere, conseguentemente, accolto.

Né rileva la circostanza che la nota con cui la ridetta Conferenza è stata indetta dal Comune di Lavena, sia pervenuta alla Regione Lombardia alcuni giorni dopo la spedizione. Ciò, al più, avrebbe potuto legittimare l'ente regionale a determinare un differimento del termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, nel caso in cui il ritardo del ricevimento della convocazione non le avesse consentito di svolgere la propria dovuta e compiuta istruttoria. Ma di ciò non esiste traccia in atti.

1.2 Con gli appelli nn.5209/07 e 6420/07 viene impugnata la sentenza n. 407/07 con cui i Giudici lombardi hanno accolto il ricorso della C.L. per mezzo del quale fu impugnato il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione dell'intervento, in conclusione della Conferenza di Servizi riattivata a seguito della pronuncia del TAR n. 642/05.

Ad avviso del Collegio sono fondate le doglianze tese a far rilevare l'erroneità della statuizione del TAR nella parte in cui ha disatteso le eccezioni pregiudiziali sollevate dalla E. finalizzate a neutralizzare l'interesse al ricorso da parte della C. L.

E, invero, in tale senso militano due circostanze. E, in particolare:

- la statuizione di rigetto del ricorso incidentale è errata per non aver tenuto nel debito conto il fatto che, come si è visto poc'anzi, dovendosi ritenere la domanda di rilascio degli assenti richiesti precedentemente accolta in virtù della formazione del silenzio-assenso per decorso del termine di legge, il consolidarsi di tale situazione per mancata impugnazione di tale provvedimento tacito di assenso rendeva inammissibile la successiva impugnazione degli atti di assenso espliciti da parte della controinteressata;

- la C.L. ricorrente in primo grado si duole, muovendo una serie di motivi avverso gli atti impugnati, della circostanza che sul terreno in questione sia stata assentita la realizzazione di un grande centro commerciale; ma la tipizzazione urbanistica del suolo in oggetto, in virtù di una serie di atti pianificatori adottati dalle amministrazioni competenti, mai impugnati dalla C.L., destina il terreno in trattazione proprio alla realizzazione di una struttura di tal tipo (per cui, divenuti inoppugnabili tali atti, per i terzi controinteressati è indifferente l'una realizzazione rispetto a qualsiasi altra). Di talché l'odierna appellata sarebbe dovuta insorgere, onde evitare il consolidarsi del preteso pregiudizio, avverso gli atti di pianificazione di cui innanzi. Per vero, in una tale situazione un interesse qualificato al ricorso si sarebbe potuto ravvisare solo nel caso in cui la ricorrente fosse, essa stessa (ma il dato non è dimostrato), nelle condizioni di realizzare un intervento della stessa natura nel comprensorio di che trattasi; in assenza di tali presupposti l'azione appare tesa al perseguimento della mera legittimità degli atti amministrativi.

Le due circostanze sopra evidenziate sono da sole in grado di condurre all'accoglimento dei motivi fatti valere dall'appellante e alla riforma della statuizione impugnata,

Tuttavia, per mere ragioni di completezza espositiva, deve riferirsi in ordine agli ulteriori profili di inammissibilità per difetto di legittimazione fatti valere dalla società appellante.

Ci si riferisce, in particolare, alla questione relativa all'impatto concorrenziale dell'insediamento commerciale su quelli già esistenti; secondo l'appellante occorrerebbe valutare sia la tipologia delle strutture in conflitto, che le relative dimensioni – e nel caso di specie è pacifico che l'una consista in una struttura commerciale di *medie dimensioni* (1.500 mq) e l'altra, invece, di *grandi dimensioni* (3.500 mq) – ed occorrerebbe altresì valutare l'ubicazione, in termini di *vicinitas* tra gli insediamenti in conflitto.

Nel caso in esame, in base agli atti depositati in giudizio dalle parti interessate e, soprattutto, alla produzione documentale effettuata dal Comune di Lavena in esecuzione di specifico incombenza istruttorio ordinato dalla Sezione, risulta acquisito che le due strutture accedono a segmenti commerciali di differenti dimensioni, e, inoltre, tali strutture saranno ubicate ad alcune centinaia di metri l'una dall'altra.

Orbene, occorre affermare che tali ulteriori profili di inammissibilità fatti valere dall'appellante appaiono privi di pregio.

Innanzitutto, trattandosi di una grande struttura di vendita e di una media struttura di vendita sicuramente sussiste una sovrapposizione almeno parziale tra i prodotti venduti dalle due società.

Inoltre, l'attuale facilità degli spostamenti e la indiscussa funzionalità dello *shopping* nel centro commerciale (in termini vuoi di reperibilità di parcheggio, vuoi di possibilità di scelta tra una vasta gamma di prodotti a prezzi spesso competitivi, vuoi di utilizzo dei servizi accessori) sono elementi che consentono di superare il tradizionale limite del collegamento della struttura di vendita con il territorio. La concorrenzialità di una struttura commerciale dipende, invero, anche dalle economie di scala che essa è in grado di realizzare, in quanto comportano, come effetto finale, la diminuzione del prezzo al consumatore: e poiché le economie di scala, nel breve periodo, sono in relazione alla quantità venduta (stante l'invariabilità degli altri fattori), segue necessariamente che il centro commerciale, per ottimizzare il profitto, deve proporsi su un mercato piuttosto vasto, certamente ultroneo rispetto all'area geografica che costituisce il suo apparente bacino di utenza.

Ma se, dunque, il consumatore si sposta volentieri laddove può scegliere meglio ed ottenere prezzi migliori, allora deve concludersi che l'apertura di un nuovo centro commerciale, tra l'altro localizzato nelle immediate vicinanze (nella specie, poche centinaia di metri) di un altro, comporta comunque un potenziale sviamento di clientela in grado di procurare quel nocimento che la giurisprudenza amministrativa ritiene meritevole di tutela (cfr. Cons. St., IV, 27 maggio 2002, n. 2921).

In generale, poi, il problema sulla sussistenza dei presupposti dell'azione, nel caso di impugnazione di licenze o autorizzazioni commerciali che legittimano altri soggetti all'apertura di nuovi esercizi commerciali, creando situazioni di concorrenza con i precedenti operatori, sembra esser stato risolto dalla giurisprudenza in senso positivo; e, cioè, è stata riconosciuta la legittimazione ad agire ai "titolari" di altri esercizi, ancorando il loro interesse al potenziale sviamento della clientela e alla riduzione dei profitti (cfr. Cons. St., V, 15 giugno 1998 n. 848; id., 19 luglio 1989 n. 414).

Invero, i titolari di impresa sono portatori di posizioni che l'ordinamento riconosce meritevoli di tutela nei confronti di atti suscettibili di restringere indebitamente gli spazi di mercato in cui operano (cfr. Cons. St., IV, 27 marzo 2002, n. 1716).

In conclusione, va ritenuto che la ricorrente in primo grado fosse fornita di legittimazione a ricorrere avverso gli atti impugnati, in quanto asseritamente illegittimi e quindi idonei a restringere indebitamente lo spazio di mercato in cui la ricorrente stessa opera.

Tuttavia, affermata la legittimazione ad impugnare di C.L. i provvedimenti che hanno acconsentito ad E. l'apertura della nuova, grande struttura di vendita, la stessa C.L. come si è detto, difetta di interesse per le due assorbenti circostanze sopra evidenziate (consolidarsi del provvedimento tacito di assenso e mancata impugnazione degli atti pianificatori a monte, che hanno destinato l'area de qua alla realizzazione di un intervento di tal genere).

Per tali assorbenti considerazioni gli appelli in esame, già previamente riuniti con precedente ordinanza, devono essere accolti e, per l'effetto, in riforma delle impugnate sentenze: 1) dichiara l'avvenuta formazione del silenzio assenso sulla istanza dell'appellante E.; 2) respinge il ricorso proposto dalla contro interessata C. L.

La complessità della vicenda giustifica la compensazione integrale tra le parti delle spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti nn. 6396/05, 5209/07 e 6420/07, RG, li accoglie e per l'effetto, in riforma delle sentenze impugnate, così provvede: 1) dichiara l'avvenuta formazione del silenzio assenso sulla istanza dell'appellante E.; 2) respinge il ricorso proposto dalla contro interessata C. L.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa;

Così deciso in Roma l'8 luglio 2008 dal collegio costituito dai signori:

Raffaele Iannotta Presidente

Aldo Fera Consigliere

Nicola Russo Consigliere, estensore

Adolfo Metro Consigliere

Giancarlo Giambartolomei Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Nicola Russo F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....14/01/09.....

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE