

Publicato il 26/08/2019

N. 01921/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01802/2017 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1802 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Luna Rossa Brivio S.r.l.S., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Christian Manzoni, con domicilio presso Segreteria Tar;

contro

Comune di Brivio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maura Tina Carta, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via M. Camperio, n. 9;

per l'annullamento

- dell'ordinanza dell'Area Tecnica del Comune di Brivio n. 39 del 07.06.2017, di demolizione di una struttura esterna a destinazione pubblico esercizio/ristorazione e di messa in pristino dello stato

dei luoghi in via Vittorio Emanuele II n. 14/16, Via Madonna del Latte;

- dell'ordinanza della Polizia Locale di Brivio (LC) n. 42 del 08. 06. 2017 di sospensione dell'attività di somministrazione alimenti e bevande svolta all'interno della struttura esterna realizzata senza le previste autorizzazione presso il pubblico esercizio denominato "Luna Rossa Brivio S.R.L.S.";

con i motivi aggiunti del 15.6.2018

- del provvedimento n. prot. 3672/mm del 13/03/2018 di divieto di prosecuzione intervento sulla SCIA del 12/03/2018 prot.003590

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Brivio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 aprile 2019 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente società, che gestisce un'attività di ristorazione, ha impugnato, con il ricorso principale, l'ordinanza di demolizione di una struttura chiusa esterna all'immobile, adibita a locale ristorazione, per un totale di 77 mq, ed il provvedimento di sospensione parziale dell'attività medesima.

L'ordinanza di demolizione è motivata con riferimento alla mancanza dell'autorizzazione paesaggistica e del titolo abilitativo, trattandosi di opera non precaria, ed al mancato rispetto delle distanze minime dalla sede stradale comunale e dall'immobile

antistante. Inoltre secondo il Comune l'istanza di autorizzazione di manufatti precari e temporanei in data 11.05.2017 sarebbe irricevibile in quanto presentata dopo l'esecuzione dei lavori.

Contro il suddetto atto e l'ordinanza di sospensione parziale dell'attività di somministrazione alimenti e bevande la ricorrente ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

1.1. Eccesso di potere per difetto o insufficienza dell'istruttoria e travisamento dei fatti.

Secondo la ricorrente il primo sopralluogo sarebbe stato del tutto sommario e quindi irrilevante.

In merito alla richiesta di autorizzazione per installazione di manufatti temporanei e precari presentata e protocollata dalla ricorrente in data 11.05.2017 e poi considerata dalla Pubblica Amministrazione improcedibile, ai sensi dell'art. 2 del D.p.r. nr. 31 del 13 febbraio 2017 e relativo allegato A, A.17, la ricorrente sostiene che le installazioni esterne poste a corredo di attività economiche quali esercizi di somministrazione di alimenti e bevande ed attività commerciali, costituite da elementi quali tende, pedane, paratie laterali frangiventi o altre strutture leggere di copertura sono considerati interventi ed opere non soggetti ad autorizzazione paesaggistica.

Il secondo sopralluogo comunale in data 01.06.2017, che ha confermato quanto accertato in data 05.05. 2017, sarebbe stato carente in quanto non avrebbe provveduto ad un accertamento delle caratteristiche di amovibilità, precarietà e temporaneità del manufatto di cui si discute. Secondo la ricorrente il manufatto realizzato dalla società Luna Rossa Brivio S.R.L.S. manterrebbe la connotazione di mero elemento di sostegno della "tecno tenda"

retrattile e dunque non integrerebbe la struttura portante di una costruzione costituente un nuovo organismo edilizio. La precarietà sarebbe non di carattere costruttivo ma di carattere funzionale in quanto *“mero elemento di sostegno della “tecno tenda” retrattile e dunque non integrerebbe la struttura portante di una costruzione costituente un nuovo organismo edilizio”*. Lo stesso varrebbe per l’ancoraggio al suolo, *necessario onde evitare che l’opera, soggetta certamente all’incidenza degli agenti atmosferici, si traduca in un elemento di estremo pericolo per la privata e la pubblica incolumità*.

Non solo la tenda motorizzata già montata alla struttura non necessiterebbe di titolo paesistico ma neppure renderebbe obbligatorio il rispetto delle distanze fissate in 10 metri. L’azione dell’amministrazione sarebbe quindi inficiata da travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

1.2 Violazione di legge ed in particolare dell’art. 19 comma 3 legge 7 agosto 1990, n. 241.

L’amministrazione, ledendo gli interessi della società ricorrente, a fronte di un accertamento sommario della presunta carenza delle condizioni di legge, ha omesso di concedere la possibilità di conformare il manufatto di cui si discute, alla normativa vigente così come previsto per legge, adottando in tal senso un atteggiamento rivolto unicamente all’emanazione dei provvedimenti finali. La ricorrente contesta a tal proposito anche la mancata acquisizione di pareri tecnici da parte di appositi organi, in grado di chiarire la situazione effettiva.

1.3 Violazione dell’articolo 6, comma 1, del D.P.R. n. 380/2001; violazione del regolamento comunale; eccesso di potere per

travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, illogicità manifesta e carenza di istruttoria, disapplicazione e falsa applicazione dell'art. 17 del D.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31.

La fattispecie concreta riguarda l'installazione di una pergotenda, la quale rientra nell'ambito di operatività dell'articolo 6 del dPR n. 380/2001 (cd. Attività edilizia libera), della quale avrebbe le caratteristiche peculiari, quali l'amovibilità delle opere, la loro temporaneità ovvero la loro natura di arredo pertinenziale.

Secondo la ricorrente l'opera principale non è la struttura in sé, ma la tenda, quale elemento di protezione dal sole e dagli agenti atmosferici, finalizzata ad una migliore fruizione dello spazio esterno dell'unità immobiliare. La copertura e la chiusura perimetrale che essa realizza non presenterebbero elementi di fissità, stabilità e permanenza, in ragione del carattere retrattile della tenda (in proposito, cfr. anche regolamento comunale di Brivio); onde, in ragione della inesistenza di uno spazio chiuso stabilmente configurato, non può parlarsi di organismo edilizio connotantesi per la creazione di nuovo volume o superficie.

A ciò si aggiungerebbe che il Comune non avrebbe fatto corretta applicazione dell'art. 17 del d.P.R. 31/2017 nella parte in cui prevede che “nel caso di violazione degli obblighi previsti dal presente decreto, fermo restando quanto previsto dall'articolo 181 del Codice, si applica l'articolo 167 del Codice. In tali casi l'autorità preposta alla gestione del vincolo e il Soprintendente, nell'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 167, comma 4, del Codice, dispongono la rimessione in pristino solo quando non sia in alcun modo possibile dettare prescrizioni che consentano la compatibilità paesaggistica dell'intervento e delle opere”.

Inoltre sarebbe illegittima anche la sospensione parziale dell'attività di somministrazione in quanto attività autorizzata dall'ASL.

2. Con una SCIA presentata il 12/03/2018 la ricorrente ha comunicato una variante dell'opera esistente consistente nella modifica delle dimensioni in pianta della pergotenda con un arretramento del prospetto a nord di 2,10 m nonché l'installazione di chiusura avvolgibile in pvc trasparente in sostituzione della finestratura fissa realizzata con serramenti tipo "vasistas" presenti sul muro perimetrale lungo la via "Madonna del Latte".

Con il provvedimento n. prot. 3672/mm del 13/03/2018 il Comune ha disposto il divieto di prosecuzione dell'intervento previsto dalla SCIA del 12/03/2018, motivato con riferimento al fatto che la variante presentata determina la realizzazione di *"una struttura fissa che chiude in modo durevole lo spazio contiguo alla pizzeria/ristorante [...] Lo spazio ricavato con la pergotenda "fissa" determina un incremento della s.l.p. del pubblico esercizio esistente. Inoltre non viene rispettata la distanza dalla strada Via "Madonna del latte" prevista dall'art. 20 del PGT vigente (Ds = mt.10,00, salvo il mantenimento degli allineamenti stradali)"*.

Contro tale atto la ricorrente ha proposto ricorso per motivi aggiunti ed ha sollevato i seguenti motivi di ricorso.

2.1 Eccesso di potere per difetto o insufficienza dell'istruttoria e travisamento dei fatti.

Alla luce delle modifiche introdotte dalla SCIA del 2018 il manufatto realizzato dalla società Luna Rossa Brivio S.R.L.S. manterrebbe la connotazione di mero elemento di sostegno della "tecno tenda" retrattile e dunque non integrerebbe la struttura

portante di una costruzione costituente un nuovo organismo edilizio.

2.2 Violazione di legge ed in particolare dell'art. 19 comma 3 legge 7 agosto 1990, n. 241.

L'amministrazione avrebbe omesso di concedere altresì la possibilità di conformare il manufatto di cui si discute alla normativa vigente così come previsto per legge, adottando in tal senso un atteggiamento rivolto unicamente all'emanazione dei provvedimenti finali.

2.3 Violazione dell'articolo 6, comma 1, del dpr n. 380/2001; violazione del regolamento comunale; eccesso di potere per travisamento dei fatti, erroneità dei presupposti, illogicità manifesta e carenza di istruttoria; disapplicazione e falsa applicazione dell'art. 17 del d.p.r. 13 febbraio 2017, n. 31.

La pergotenda, secondo le modifiche integrate dalla SCIA del 12/03/2018, rientra nell'ambito di operatività dell'articolo 6 del DPR n. 380/2001 (cd. attività edilizia libera), per la sussistenza di peculiari caratteristiche, quali l'amovibilità delle opere, la loro temporaneità ovvero la loro natura di arredo pertinenziale.

La difesa del Comune di Brivio ha chiesto la reiezione dei ricorsi in quanto la struttura originaria non è una pergotenda, non è precaria né temporanea e non rientra nell'edilizia libera. Inoltre la variante alla SCIA originaria non ha modificato i caratteri essenziali dell'opera.

La ricorrente ha depositato copia del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto contro il Regolamento comunale per l'installazione di strutture temporanee e precarie, notificato al Comune il 06.10.2017.

Con ordinanza del 29/06/2018 n. 963 questa Sezione ha ritenuto di accogliere la domanda cautelare, in considerazione del danno derivante dall'ordine di demolizione n. 39/2017 e dall'ordinanza della Polizia Locale di Brivio n. 42 del 08. 06. 2017 di sospensione dell'attività di somministrazione alimenti e bevande; ha ritenuto altresì di sospendere l'efficacia del provvedimento impugnato con motivi aggiunti, al fine di permettere la sola realizzazione delle opere strettamente necessarie allo svolgimento dell'attività di somministrazione.

All'udienza del 30 aprile 2019 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In primo luogo occorre precisare che la documentazione depositata dalla ricorrente in data 29/4/2019 per regolarizzare il ricorso con le regole del processo telematico soddisfa tale esigenza. Per il resto, si tratta di atti ininfluenti sull'esito della controversia perché ripetitivi di precedenti depositi.

2. Venendo all'esame del ricorso introduttivo, il primo motivo di ricorso è infondato.

In merito occorre premettere che secondo il D.P.R. 13/02/2017, n. 31 allegato A, punto A.17 è esclusa l'autorizzazione paesaggistica per: *"istallazioni esterne poste a corredo di attività economica quali esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, attività commerciali, turistico-ricettive, sportive o del tempo libero, costituite da elementi facilmente amovibili quali tende, pedane, paratie laterali frangivento, manufatti ornamentali, elementi ombreggianti o altre strutture leggere di copertura, e prive di parti in muratura o strutture stabilmente ancorate al suolo"*.

In merito occorre rammentare che la giurisprudenza ha chiarito che in virtù del concetto unitario di costruzione la valutazione di un'opera edilizia abusiva va effettuata con riferimento al suo complesso, non potendosi considerare separatamente i singoli componenti (Corte di Cassazione Penale Sez. 3, n. 15442 del 26/11/2014, Prevosto; Sez. 3, n. 5618 del 17/11/2001, Forte; nello stesso senso, Sez. 3, n. 16622 del 08/04/2015, Casciato).

Anche la norma in questione chiarisce che gli aspetti funzionali e strutturali sono strettamente connessi perché l'installazione esterna non deve solo essere per sua natura facilmente amovibile, ma anche priva di strutture stabilmente ancorate al suolo e di parti in muratura che si saldano in una unità indivisibile di carattere funzionale.

Dall'esame degli atti risulta che la c.d. pergotenda, secondo la qualificazione di parte ricorrente, è saldamente ancorata a due muri, quello dell'edificio, al quale è attaccato il meccanismo di azionamento della tenda retrattile, ed il muro di confine, al quale sono fissati i serramenti di tipo vasistas. In questo modo il muro di confine assolve la funzione di muro perimetrale del nuovo volume così creato ed i serramenti, che svolgono la stessa funzione delle finestre, danno aria e luce all'ambiente, isolandolo dall'esterno. Oltre ai due muri l'ambiente è poi chiuso sugli altri due lati in modo stabile da moduli a vetro a scorrimento che permettono la chiusura completa del locale. Risulta chiaro quindi che la c.d. pergotenda non è priva di parti in muratura o strutture stabilmente ancorate al suolo come invece richiesto dal D.P.R. 13/02/2017, n. 31 allegato A, punto A.17, in quanto utilizza come parte inscindibile le murature esistenti ed è accompagnata da pareti

lateralmente stabilmente ancorate al suolo. Deve quindi ritenersi che l'opera rientri tra quelle soggette ad autorizzazione paesistica, indipendentemente dalla facile amovibilità.

Né a tal fine è rilevante stabilire se le cc.dd. "pergotende" possano essere considerate "opere precarie" ex art. 3, comma 1, lett. e), del T.U. dell'Edilizia, stante l'autonoma nozione paesistica di opere escluse dalla necessità di richiedere un titolo paesistico.

Deve quindi escludersi che gli accertamenti dell'amministrazione siano stati viziati per travisamento dei fatti o superficialità negli accertamenti.

3. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

La ricorrente ha presentato una "Comunicazione montaggio tende" come da protocollo comunale n. 03979 del 16/03/2017 alla quale l'Ufficio Tecnico Comunale ha risposto con una nota di "Sospensione e richiesta di integrazione" del 28/03/2017 prot. com.le n. 004646/ep.

E' chiaro quindi che il Comune ha provveduto ad adottare provvedimenti di conformazione dell'attività della ricorrente, indicando che la comunicazione era priva della documentazione richiesta dal regolamento comunale per l'installazione di strutture temporanee e precarie, che era necessaria la presentazione della richiesta di autorizzazione paesistica ed invitando la ricorrente a non eseguire i lavori prima della presentazione della documentazione necessaria all'avvio delle procedure amministrative.

Deve quindi ritenersi che l'amministrazione abbia adottato provvedimenti diretti alla conformazione dell'attività privata ai requisiti di legge prima di adottare provvedimenti sanzionatori. A

ciò si aggiunge che il potere di conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente previsto dall'art. 19 L. 241/90 riguarda le attività che non si sono ancora realizzate, mentre per le opere già eseguite che siano prive di titolo edilizio sussiste solo il potere sanzionatorio, salvo la possibilità del privato di chiedere l'accertamento di conformità se intende mantenerle.

In merito poi alla presunta assenza di pareri tecnici, occorre rammentare che i pareri sono atti endoprocedimentali che si rendono necessari solo se previsti dalla normativa di settore. Al di fuori di tale ambito la richiesta di pareri da parte dell'amministrazione è meramente facoltativa ed è eccezionale, in quanto deroga al divieto di aggravamento del procedimento. Poiché l'art. 19 della L. 241/90 fa riferimento ai "*casi in cui la legge prevede l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi*" e nel caso di specie non risulta alcun obbligo di chiedere pareri tecnici, il motivo è infondato anche sotto tale profilo.

4. Anche il terzo motivo è infondato.

Per quanto riguarda il profilo edilizio la ricorrente richiama l'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato, sez.VI n. 1619 del 27/04/2016) secondo il quale le cc.dd. "pergotende" non possono essere considerate "opere precarie".

In merito occorre rilevare che, secondo il suddetto orientamento, una struttura in alluminio anodizzato destinata ad ospitare una tenda retrattile in tessuto non integra gli effetti di "trasformazione edilizia e urbanistica del territorio" propri degli "interventi di nuova costruzione" ex artt. 3 e 10 DPR n. 380/2001.

Nel caso di specie, invece, abbiamo la trasformazione di un muro perimetrale in parete del vano creato con soprastante finestratura

fissa con serramenti tipo vasistas, su un lato, e moduli a vetro con porta dotata di maniglioni antipanico che integrano, insieme al muro dell'edificio, la struttura portante della costruzione, rispetto alla quale il carattere retraibile della tenda svolge solo la funzione di maggiore areazione e di tutela dalle intemperie, così creando un nuovo organismo edilizio.

Per quanto riguarda poi il mancato esercizio del potere conformativo di tipo paesistico previsto dall'art. 17 del d.P.R. 31/2017 il motivo è infondato in quanto la norma prevede che *l'autorità preposta alla gestione del vincolo e il Soprintendente, nell'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 167, comma 4, del Codice, dispongono la rimessione in pristino solo quando non sia in alcun modo possibile dettare prescrizioni che consentano la compatibilità paesaggistica dell'intervento e delle opere.*

E' chiaro quindi che il potere conformativo opera *nell'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 167, comma 4, del Codice* cioè quando il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. Poiché nel caso di specie la ricorrente non ha presentato domanda di accertamento di conformità, la norma non è applicabile.

Il motivo è infondato anche nella parte in cui contesta la sospensione parziale dell'attività di somministrazione nell'area interessata dall'abuso in quanto il legittimo esercizio dell'attività commerciale è ancorato non solo in sede di rilascio dei titoli abilitativi, ma anche per la intera sua durata di svolgimento, alla

iniziale e perdurante regolarità sotto il profilo urbanistico-edilizio dei locali in cui essa viene posta in essere, con conseguente potere-dovere dell'autorità amministrativa di inibire l'attività commerciale esercitata in locali rispetto ai quali siano stati adottati provvedimenti repressivi che accertano l'abusività delle opere realizzate ed applicano sanzioni che precludono in modo assoluto la prosecuzione di un'attività commerciale (da ultimo TAR Campania-Napoli, Sez. VIII, sentenza 26.07.2018 n. 4979).

5. Venendo ora all'esame del ricorso per motivi aggiunti, il primo motivo di ricorso è infondato.

Come chiarito dalla giurisprudenza citata dalla ricorrente (Cons. Stato, sez.VI n. 1619 del 27/04/2016) *le “pergotende” realizzate non si connotano per una temporaneità della loro utilizzazione, ma piuttosto per costituire un elemento di migliore fruizione dello spazio, stabile e duraturo.*

Nel caso di specie le modifiche introdotte incidono sull'utilizzo degli spazi che, lungi dal determinare una migliore fruizione dello spazio esterno, comportano l'estensione dell'attività interna all'area esterna, equiparandola, nelle condizioni di utilizzo, all'area interna, alla luce del fatto che permangono i caratteri di completa chiusura dello spazio interessato.

Le opere realizzate, come indicato nell'atto impugnato, non comportano solo una migliore fruibilità degli spazi esterni del ristorante, e quindi della somministrazione all'aperto, ma permettono l'utilizzo dell'area senza limite di tempo, svolgendo la stessa funzione di un'opera edilizia, alla quale quindi vanno equiparate. Infatti l'articolo 3, comma 1, lett. e.5 del Testo Unico dell'Edilizia qualifica come “interventi di nuova costruzione”

(come tali assoggettati al previo rilascio del titolo abilitativo),
“l’installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di
strutture di qualsiasi genere, quali roulotte , campers, case mobili,
imbarcazioni che siano utilizzati come abitazioni , ambienti di
lavoro oppure depositi, magazzini e simili, e che non siano diretti
a soddisfare esigenze meramente temporanee...”(in senso analogo
TAR Lombardia, Milano, sez. II, 11/11/2016 n. 2109).

6. Anche il secondo ed il terzo motivo del ricorso per motivi
aggiunti sono infondati in quanto reiterano gli stessi profili di tipo
procedimentale già sollevati nel ricorso introduttivo.

In definitiva quindi entrambi i ricorsi vanno respinti.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in
dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione
Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in
epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali al
Comune di Brivio, che liquida in euro 2.500,00 oltre accessori di
legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30
aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Referendario

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO