

Pubblicato il 28/04/2023

N. 04309/2023REG.PROV.COLL.  
N. 10110/2019 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 Settima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10110 del 2019, proposto da Sporting Club Desio Sas di Brambilla Roberto & C., I.G.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Umberto Grella, Guido Francesco Romanelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Guido Romanelli in Roma, via Cosseria n. 5;

*contro*

Comune di Desio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Danilo Giovanni Daniel, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale E. Caldara 43;

Agea - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 2381/2019

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Desio e di Agea - Agenzia per le erogazioni in Agricoltura;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 14 aprile 2023 il Cons. Rosaria Maria Castorina;

Nessuno è presente per le parti;

Viste altresì le conclusioni della parte appellante e del Comune di Desio come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con l'originario ricorso l'immobiliare Sporting Club Desio s.a.s., società gestore dei locali ove si svolge il servizio bar e ristorazione dell'impianto sportivo sito in Comune di Desio, e IGS s.r.l. che conduce in locazione e utilizza l'impianto, impugnavano il provvedimento del Comune di Desio (MB) prot. 28233 del 22 agosto 2011, notificato in data 25 agosto 2011, recante ingiunzione di demolizione delle seguenti opere:

- 1) tensostruttura in ferro con copertura (parziale, perché in parte rimossa dopo l'avvio del procedimento) in materiale plastico con sottostanti due campi di calcetto;
- 2) due manufatti in blocchi di cemento prefabbricato poggianti su pilastri in calcestruzzo e copertura in lamiera grecata;
- 3) campo per il gioco del calcetto a cielo libero con reti di protezione;
- 4) campo per il gioco della pallavolo a cielo libero con reti di protezione.

Nell'ordinanza veniva esclusa la sanzione dell'acquisizione gratuita al patrimonio comunale, in considerazione dell'estraneità della società

proprietaria dell'impianto rispetto alla realizzazione delle opere.

In data 10 gennaio 2012 la società conduttrice dell'impianto presentava domanda di permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001, con riferimento a tutte le opere oggetto del provvedimento di ingiunzione.

Il Comune di Desio, con preavviso di rigetto adottato il 5 marzo 2013 ai sensi dell'art. 10-bis L. n. 241/1990, comunicava le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza di sanatoria e, con successivo provvedimento datato 18 aprile 2013 rigettava l'istanza di sanatoria, richiamando i motivi già esplicitati nel preavviso di rigetto.

Con motivi aggiunti depositati il 27 giugno 2013, le società ricorrenti impugnavano il predetto diniego di sanatoria.

Il T.A.R. per la Lombardia, Milano, sezione II, con sentenza n. 2381 pubblicata in data 12 novembre 2019 dichiarava improcedibile il ricorso introduttivo e respingeva i motivi aggiunti.

Appellata ritualmente la sentenza, resistevano in giudizio il Comune di Desio e Agea.

All'udienza di smaltimento del 14 aprile 2023 la causa passava in decisione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo le appellanti deducono l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso di primo grado; riproposizione dei motivi di impugnativa.

Eccepiscono l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso di primo grado avverso l'ordine di ripristino, sulla base della presentazione dell'istanza di sanatoria, ritenendo, quindi, che la stessa comporti una nuova valutazione della vicenda con la necessità di adozione di una nuova ordinanza.

Evidenziano, al contrario, che la presentazione dell'istanza di sanatoria determina la sospensione temporanea dell'ordinanza di demolizione, la quale ritrova la sua efficacia una volta respinta la domanda di sanatoria, senza dunque che sia necessaria l'adozione di una nuova ingiunzione.

Per queste ragioni, non poteva essere dichiarata la cessazione della materia del contendere, atteso l'interesse a far emergere la condotta dell'amministrazione comunale di silenzio ed inerzia rispetto alla formale comunicazione di inizio lavori (09 dicembre 2018) e all'intervento repressivo adottato tre anni dopo, ormai ad opere eseguite.

La censura è fondata nei limiti che si vanno a precisare.

Il Collegio condivide l'orientamento maggioritario secondo cui "*Quando è proposta una domanda di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36 del T.U. n. 380 del 2001, si verifica una sospensione dell'efficacia dell'ordine di demolizione (nel senso che questo non può essere portato ad esecuzione, finché non vi sia stata la definizione della domanda, con atto espresso o mediante il silenzio-rigetto), sicché nel caso di rigetto dell'istanza di accertamento di conformità l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia* (cfr. Cons. St. n. 3417/2018; Cons. St. 1393/2016, Cons. St. 466/2015, Cons. St. 2307/2014, Cons. Stato, Sez. VI, n. 6594 del 26 luglio 2022); da ciò consegue la necessità che vengano riesaminate le istanze di sanatoria. Ha errato, dunque, il Tar a dichiarare insussistente il difetto di interesse dei ricorrenti a far verificare la legittimità della demolizione rimasta priva di efficacia, nelle more della pendenza del procedimento per l'accertamento di conformità.

In sostanza, occorre verificare nel merito se sussistessero o meno i presupposti per l'adozione della demolizione.

2. Con il primo motivo dell'originario ricorso le odierne appellanti deducevano la violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 41, 97 e 118 della Costituzione, della L. 241/1990, del DPR 380/2001, della l.r. Lombardia 12/2005, del DM LL PP 1444/1968, del DM 16.04.1996, del DM 37 /2008, del Piano regolatore generale, del Piano di governo del territorio; violazione del principio dell'affidamento; eccesso di potere per sviamento, illogicità, contraddittorietà, contrasto con precedenti manifestazioni di volontà, travisamento di fatto, erronea rappresentazione della situazione di fatto e di

diritto, difetto di motivazione, carenza d'istruttoria, ingiustizia manifesta, illegittimità derivata.

Lamentavano l'illegittimità dell'operato comunale nella parte in cui aveva ritenuto assolutamente irrilevante e priva di effetto alcuno la comunicazione del 9 dicembre 2008 della società IGS srl inerente il (ri)posizionamento di due tensostrutture per coprire i campi di calcetto, cui non era seguito alcun diniego espresso od ordine impeditivo nei termini di legge, sicché si era rafforzato un qualificato affidamento in capo alla società IGS srl in ordine alla piena legittimità e regolarità delle iniziative intraprese ed al perfezionarsi degli effetti abilitativi di tale comunicazione.

Le censure non sono fondate.

La preesistenza della tensostruttura al 2008 non dimostra la sua legittimità sul piano edilizio, né fa venire meno la necessità di rintracciare l'esistenza di titolo legittimante.

La comunicazione di IGS del dicembre 2008 è priva di qualsiasi autocertificazione di conformità e difetta di ogni elaborato grafico sul contenuto e consistenza dell'intervento edilizio asseritamente legittimato. Si tratta, invero, di una mera comunicazione con cui si dichiara che *“si segnala e si specifica che i tendoni sopra citati erano già esistenti e vengono solamente riposizionati nello stesso punto”*. Le *“tensostrutture”* sono opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera, solo in riferimento alla categoria di intervento di cui al D.P.R. 380/2001, art. 6, lett. e-bis) - formulata dal D. Leg.vo 25/11/2016, n. 222 - la quale si riferisce alle *“opere dirette a soddisfare obiettive esigenze contingenti e temporanee e ad essere immediatamente rimosse al cessare della necessità e, comunque, entro un termine non superiore a novanta giorni, previa comunicazione di avvio lavori all'amministrazione comunale”*.

Pertanto, le *“tensostrutture”* sono opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera, senza necessità del preventivo rilascio del permesso di costruire, solo quando sono funzionali a soddisfare esigenze contingenti e temporanee e destinate ad essere immediatamente rimosse. Nella specie la

tensostruttura non può essere inquadrata nell'attività edilizia libera di cui all'art. 6 del D.P.R. n. 380/2001, bensì costituisce una nuova costruzione.

In proposito va ribadito come opere quali quelle in questione, in quanto determinano una variazione planovolumetrica ed architettonica dell'immobile nel quale vengono realizzate, sono senza dubbio soggette al preventivo rilascio di permesso di costruire (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato sez. VI, 4 ottobre 2019, n. 6720).

Si tratta di strutture fissate in maniera stabile al pavimento che comportano la chiusura di una parte del terreno, con conseguente aumento di volumetria e modifica del prospetto, ne può assumere rilievo la natura dei materiali utilizzati, in quanto la chiusura, anche ove realizzata con pannelli non in muratura, costituisce comunque un aumento volumetrico.

Deve anche escludersi che la trasformazione predetta costituisca una "pertinenza" in senso urbanistico, integrando infatti un nuovo spazio autonomamente utilizzabile, il quale viene ad aggregarsi ad un preesistente organismo edilizio, per ciò solo trasformandolo in termini di sagoma, volume e superficie.

Né può ritenersi che si sia formato un legittimo affidamento alla permanenza della struttura.

Le appellanti non hanno neppure prospettato in che termini sarebbe stato conseguibile l'esito favorevole della sanatoria con il rilascio della proroga richiesta, così da dimostrare, l'illegittimità dell'iter procedimentale seguito.

3) Con il terzo deducono l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto i motivi aggiunti:

Le società appellanti ritengono che la sentenza appellata abbia erroneamente respinto il quarto motivo aggiunto riferito all'illegittima reiezione dell'istanza di proroga di cui al provvedimento del 2 aprile 2013, assumendo che tale istanza sarebbe intervenuta successivamente alla scadenza del termine previsto dalla comunicazione del 5 marzo 2013 e comunque le ragioni addotte dal Comune non avrebbero costituito oggetto di specifica censura.

Rilevano che il termine procedimentale di dieci giorni ex art. 10bis della L. 241/1990 non ha natura perentoria, ma l'interessato può sempre presentare osservazioni ed in realtà tale termine viene a scadere solo al momento della conclusione del procedimento ed è dunque astrattamente prorogabile. Il giudice di prime cure, applicando al caso il generale principio dell'autonomia delle ragioni a sostegno del provvedimento, aveva ritenuto quindi erroneamente infondato il settimo motivo aggiunto.

Le censure non sono fondate.

Il Tar ha correttamente evidenziato che *“a nulla vale poi la lamentela delle ricorrenti circa il mancato raggiungimento di un'intesa con l'amministrazione comunale ai fini del convenzionamento non trattandosi di un'intesa dovuta, a maggior ragione in relazione ad opere già abusivamente realizzate”*.

L'Amministrazione aveva rilevato che l'area oggetto di intervento è classificata dal piano dei servizi (art. 9, L.R. n. 12/2005) come ambito IC, nel quale non sono ammessi impianti sportivi; che l'insediamento di una infrastruttura diversa da quella prevista può essere eventualmente autorizzata tramite la procedura di cui all'art. 9, comma 15, L.R. n. 12/2005, la quale richiede il passaggio in Consiglio comunale; che inoltre la realizzazione di detta infrastruttura da parte del privato avrebbe richiesto il preventivo convenzionamento con il Comune: Nessuno dei suddetti presupposti legittimanti era riscontrabile nella fattispecie.

Il mancato convenzionamento delle opere (abusive) non è dipeso da un contegno scorretto tenuto dall'Amministrazione nella trattativa né dalla violazione delle norme civilistiche che impongono l'osservanza della buona fede in fase precontrattuale.

La vicenda non può essere quindi inquadrata in termini di responsabilità precontrattuale della PA, bensì in termini esclusivamente provvedimentali, attinenti l'esercizio del potere sanzionatorio e/o conformativo in materia edilizia, attività come è noto vincolata.

Quanto alle censure. n.5 e n. 6 dei motivi aggiunti, la sentenza impugnata, non ne ha trattato ritenendoli assorbiti dal mancato accoglimento del motivo n. 7. Il TAR ha infatti correttamente ritenuto che, laddove il provvedimento di diniego della sanatoria è motivato da ragioni concorrenti -ciascuno di per sé idoneo a sorreggere il diniego-, è sufficiente analizzare l'assenza di fondamento dei motivi di doglianza formulati anche contro uno solo di essi, dato che, se questo regge, non serve esaminare il fondamento degli altri.

L'appello deve essere conseguentemente, respinto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto accoglie il primo motivo di appello e respinge nel resto il ricorso.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese processuali che liquida in €2000,00 per ciascuno degli appellati, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Rosaria Maria Castorina**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**



## IL SEGRETARIO

