



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 Sardegna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 663 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Bricofer Group S.p.A., Ottimax Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Bernardo Giorgio Mattarella, Francesco Sciaudone, Andrea Neri, Giuseppe Roberto Falla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Olbia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabrina Serusi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federico Melis in Cagliari, via Pietro Delitala n.10;

nei confronti

M.D. 2000 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gian Comita Ragnedda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Debora Urru in Cagliari,

via Genneruxi n. 5;

Bricoman Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Dario La Torre, Antonella Ceschi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Antonella Ceschi in Roma, via Flaminia, 133;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della determinazione del Comune di Olbia n. 367 del 5 maggio 2022 conclusiva del procedimento unico SUAPE, mai pubblicata in Albo Pretorio e conosciuta dalle ricorrenti a seguito di istanza di accesso in data 12 agosto 2022;

- di tutti gli atti ad esso presupposti, conseguenti e comunque connessi, anche non cognitivi, tra cui:

- la nota del 3 gennaio 2022 con cui il SUAP ha indetto ex art. 37 della L.R. n. 24/2016 la conferenza di servizi asincrona, la nota del 24 febbraio 2022 con cui il SUAP ha convocato la conferenza di servizi sincrona ex art. 37 della L.R. n. 24/2016 (doc. 3), nonché i verbali della seduta della conferenza di servizi del 7 marzo 2022, 30 marzo 2022, 4 maggio 2022 e del 7 marzo 2022;

- i pareri, le relazioni tecniche, i nulla osta nonché gli atti endoprocedimentali di assenso in qualunque modo denominati resi dalle amministrazioni intervenute nell'ambito del procedimento unico SUAPE, ivi inclusi quelli sub doc. 8 - 14.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Bricofer Group S.p.A. il 23/11/2022:

della determinazione del Comune di Olbia n. 796 del 16 novembre 2022 conclusiva del procedimento unico SUAPE di convalida della determinazione del Comune di Olbia n. 367 del 5 maggio 2022 conclusiva del procedimento unico SUAPE.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Olbia e di M.D. 2000 S.r.l. e di Bricoman Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2023 il dott. Gabriele Serra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Bricofer Group S.p.a. (Bricofer), quale azienda italiana a capo dell'omonimo gruppo attivo nel settore della commercializzazione dei prodotti del "fai da te", e Ottimax Italia S.p.a., azienda operante nel medesimo settore e il cui capitale sociale è interamente detenuto da Bricofer, hanno impugnato, con il ricorso principale, la determinazione del Comune di Olbia n. 367 del 5 maggio 2022, avente ad oggetto la *"Realizzazione opere interne ed esterne e contemporaneo cambio di destinazione d'uso con riduzione volumetrica "Deposito/Magazzino" a "Commerciale/Deposito" del Piano Seminterrato dell'immobile sito in Olbia, località Pozzo Sacro, Zona Industriale"*, scaturente in un titolo abilitativo unico (edilizio e commerciale) cointestato, per la parte edilizia, alla M.D. 2000 S.r.l. (M.D. - conduttrice dell'immobile) e per la parte commerciale, alla Bricoman Italia S.r.l. (Bricoman), ai fini dell'esercizio di un punto vendita ubicato nell'agglomerato industriale delle attività produttive sottoposto alla gestione territoriale del Consorzio Industriale Provinciale Nord Est Sardegna – Gallura (CIPNES).

A tal fine, hanno rappresentato l'esistenza di un punto vendita Ottimax avente una superficie pari a circa 7.000 mq, situato presso la Circonvallazione della Zona Industriale e ricompreso nella medesima zona industriale CIPNES a meno di tre chilometri di distanza dalla localizzazione dell'opera autorizzata in favore delle odierne controinteressate.

2. Ciò posto in fatto, le ricorrenti hanno dedotto i seguenti motivi di diritto:

- I *Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 4, 8 e 10 della l.r. n. 5/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 6 della l. n. 241/1990. Violazione degli artt. 2 e 6 del piano regionale per le grandi strutture di vendita della Regione*

Sardegna. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, errore e travisamento dei fatti, in quanto è stato applicato il procedimento semplificato previsto dalla legge regionale per le "medie strutture di vendita", laddove, nel caso di specie, l'attività commerciale rientra nella tipologia delle "grandi strutture di vendita", per le quali il legislatore regionale prevede un procedimento autorizzatorio condotto dal Comune, ma che contempla la partecipazione sia della Regione che della Provincia chiamate a pronunciarsi in una conferenza di servizi, i cui esiti sono vincolanti.

- II Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della l.r. n. 5/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 19 e ss. del d.lgs. n. 152/2006 e della deliberazione n. 24/23 del 23 aprile 2008 della Regione Sardegna. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 6 della l. n. 241/1990. Violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, errore e travisamento dei fatti, poiché l'istanza sarebbe dovuta essere dichiarata irricevibile in quanto sprovvista del necessario parere di verifica di assoggettabilità a valutazione ambientale che l'amministrazione regionale deve rilasciare ogni qual volta le opere riguardino centri commerciali e determinino la modifica di strutture esistenti.

- III Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 della l.r. n. 24/2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004. Violazione delle norme tecniche di attuazione (nta) del piano paesaggistico regionale (ppr) di cui alla l.r. n. 8/2004. Violazione della delibera giunta regionale n. 55/108 del 2000, dell'art. 17 delle norme di attuazione del piano regolatore generale, e dell'art. 7 del regolamento edilizio del comune di Olbia. violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, errore e travisamento dei fatti, in quanto, in primo luogo, l'intervento proposto non è compatibile con la normativa in materia di prevenzione del rischio idrogeologico, poiché una parte considerevole degli

interventi edilizi assentiti dal Comune di Olbia verrà svolto a ridosso di un'area definita a pericolosità idraulica molto elevata (Hi4) dallo 'Studio di maggior dettaglio del Piano Regolatore Territoriale delle Aree Industriali gestite dal CIPNES-Gallura (PRTC)' e, in tale area, sono consentiti solo interventi che non comportino aumenti di superfici o volumi utili entro e fuori terra ovvero incrementi del carico insediativo, essendo consentite, in linea generale, esclusivamente l'esecuzione di opere ed interventi sostanzialmente volti a migliorare le condizioni di sicurezza dei luoghi, a mitigare i rischi per le persone e le cose, nonché a favorire la tutela degli equilibri naturali e della vegetazione.

Inoltre, l'intervento è incompatibile con la normativa in tema di tutela paesaggistica, essendo illegittimo il parere favorevole rilasciato che ritiene ininfluenza l'impatto rispetto al disturbo già esistente (parere peraltro rilasciato prima del decorso del termine di 60 giorni per il rilascio del parere da parte della Soprintendenza, dunque comunque illegittimamente reso).

Da ultimo, il progetto assentito non rispetta gli standard urbanistici relativi alla dotazione di parcheggi per la clientela imposti alle strutture di vendita dalla rilevante disciplina regionale e locale.

- IV Violazione e falsa applicazione dell'art. 6-bis, della l. n. 241/1990 e dell'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013. violazione dell'art. 5, comma 4, lett. e) del codice disciplinare area dirigenza del comune di olbia. violazione dell'art. 23 della l.r. n. 24/2016. violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost.. eccesso di potere per sviamento, in quanto ha preso parte al procedimento un dirigente del Settore Pianificazione e gestione del territorio, edilizia privata legato da un vincolo di parentela di secondo grado (fratello) con uno dei tecnici che, su incarico della controinteressata M.D. 2000 S.r.l., hanno predisposto e sottoscritto la documentazione a corredo dell'istanza di autorizzazione degli interventi edilizi, il quale dunque si sarebbe dovuto astenere.

3. Successivamente alla proposizione del ricorso, il Comune di Olbia ha adottato la

determinazione n. 796 del 16 novembre 2022, la quale è seguita all'avvio di un procedimento *“per l'annullamento, ai sensi degli artt. 21-octies e 21-nonies della l. n. 241/1990 della determinazione conclusiva del procedimento unico SUAPE n. 367 del 5 maggio 2022”*, avendo riscontrato l'effettiva sussistenza del conflitto di interessi dedotto con il quarto motivo del ricorso principale.

Invero poi, in sede di conferenza, il responsabile SUAPE ha dichiarato che *“il fine dell'odierna conferenza di servizi sarà quello di valutare se, eliminato il vizio del conflitto di interesse, sussistono i presupposti per l'annullamento in autotutela del Provvedimento Suape n.367/2022 o se, a garanzia del principio di conservazione degli atti, è possibile procedere alla acquisizione dei pareri degli enti coinvolti nel procedimento, tra i quali anche quelli di competenza del settore Gestione e pianificazione del territorio, nella persona dell'Ing. Ciceri, sostituto dell'Ing. Molinari e adottare un nuovo provvedimento conclusivo (con esito positivo ed eventuale convalida del provvedimento Suape, ai sensi dell'art. 21 nonies, comma 2 7 oppure con esito negativo, secondo le risultanze dell'odierna conferenza di servizi)”* e, infatti, la nuova determinazione ha infine disposto di convalidare il proprio precedente provvedimento.

4. Tale nuova determinazione è stata impugnata da Bricofer e Ottimax con ricorso per motivi aggiunti, con i quali, oltre alle censure sub. I, II e III del ricorso principale, espressamente riproposte, ha anche dedotto l'illegittimità del nuovo atto per:

- I *Violazione e falsa applicazione degli artt. 6-bis, 21-octies e 21- nonies della l. n. 241/1990 e dell'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013.violazione dell'art. 23 della l.r. n. 24/2016. violazione dell'art. 5, comma 4, lett. e) del codice disciplinare area dirigenza del comune di olbia. violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost. eccesso di potere per sviamento*, in quanto non può essere disposta una convalida per la pretesa rimozione di un vizio di natura sostanziale, ma solo per vizi di natura procedimentale o formale, che avrebbe piuttosto richiesto, per la sua effettiva

eliminazione, l'annullamento e l'eventuale riedizione dell'intero procedimento cui ha preso parte il soggetto trovatosi in conflitto di interesse.

- *II Violazione e falsa applicazione degli artt. 9, 10 e 14 e 21-nonies della l. n. 241/1990. violazione dell'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004 e dell'art. 23 della l.r. n. 24/2016. violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost. eccesso di potere per sviamento*, in quanto la determinazione di convalida è illegittima anche perché adottata all'esito di un procedimento che è stato avviato al dichiarato ed esclusivo scopo di annullare il provvedimento autorizzatorio n. 367 del 5 maggio 2022, senza alcun riferimento all'intenzione dell'Ente di procedere alla convalida.

5. Resistono il Comune di Olbia e le controinteressate Bricoman e M.D., che hanno eccepito:

- l'inammissibilità del ricorso per omessa notifica alla Soprintendenza e al CIPNES;
- l'inammissibilità del ricorso collettivo;
- l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione e interesse;
- l'infondatezza del ricorso nel merito.

6. Con ordinanza cautelare n. 326/2022 è stata rigettata l'istanza cautelare ritenendo che *“non sussista il pregiudizio grave ed irreparabile allegato dalla ricorrente, in quanto lo stesso è, a tutto voler concedere, connesso non già alla realizzazione dei lavori autorizzati con gli atti impugnati, bensì dalla futura apertura del punto vendita della controinteressata, escludendosi perciò qualsivoglia attualità del periculum in atto;”*.

In sede di appello cautelare, il Consiglio di Stato ha sospeso l'efficacia degli atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti, con la seguente motivazione:

“Ritenuto, ad un esame tipico di questo appello cautelare e salva la più compiuta disamina in sede di cognizione innanzi al T.a.r., che le eccezioni pregiudiziali proposte devono essere disattese in quanto:

a) *in applicazione dell'art. 41 c.p.a., la notifica è stata effettuata nei confronti dell'amministrazione che ha emesso il provvedimento conclusivo e l'eventuale mancata notificazione del ricorso nei confronti delle amministrazioni che hanno emanato atti a rilevanza esterna, confluiti nel modulo procedimentale della conferenza di servizi, comporterebbe, se del caso, l'inammissibilità delle censure relative a tali atti;*

b) *le posizioni sostanziali e processuali delle due appellanti non risultano disomogenee, così da rendere l'appello cautelare inammissibile;*

c) *in considerazione della prospettazione di parte appellante risulta sussistere la legittimazione e l'interesse, quantomeno in relazione alla proposizione dell'appello cautelare;*

Ritenuto, altresì, che il gravame proposto manifesta il fumus boni iuris idoneo ai fini dell'emanazione della misura cautelare, impregiudicata, anche nel merito, ogni più approfondita disamina con particolare riferimento alle censure contenute:

i) *nel primo motivo di appello cautelare, in considerazione di quanto statuito in ordine alla convalida dei vizi sostanziali da Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2021 n. 3385, § 8.1., qui richiamata ai sensi degli artt. 74, comma 1, e 88, comma 2, lett. d), c.p.a., con valore di precedente;*

ii) *nel secondo motivo di appello cautelare, in considerazione del fatto che è stata comunicata la convocazione della "conferenza di servizi in modalità sincrona per l'annullamento, ai sensi degli artt. 21 octies e 21 nonies della L.241/90, della Determinazione conclusiva del procedimento unico Suape n. 367 del 05.05.2022", e, dunque, con riferimento ad una finalità diversa da quella poi attuata;*

iii) *nel terzo motivo di appello cautelare, in considerazione della ratio legis dell'art. 4, legge regione Sardegna n. 5/2006, sui presupposti di applicazione della procedura in deroga ivi disciplinata;*

Ritenuto che si configura, altresì, il periculum in mora richiesto per l'emanazione della misura cautelare, in considerazione del fatto che

i) *l'imminenza del pregiudizio va verificata con riferimento al "tempo necessario a*

giungere alla decisione sul ricorso”, così come previsto dall’art. 55, comma 1, c.p.a.;

ii) l’esercizio del diritto di iniziativa economica potrebbe svolgersi in maniera non conforme al paradigma legale, specialmente in ragione di quanto dedotto con il terzo motivo di appello, mediante l’apertura, di fatto, di una “grande” struttura di vendita;

iii) del possibile storno di clientela, che potrebbe verificarsi nell’ipotesi di apertura della struttura commerciale e delle ricadute che tale circostanza avrebbe sui livelli occupazionali della società appellante;

Ritenuto, infine, che nel bilanciamento degli interessi si ritiene prevalente quello a non consentire la prosecuzione dei lavori di realizzazione del manufatto che dovrebbe ospitare la struttura commerciale, fintanto che non vengano definite nel merito i profili di illegittimità prospettati dalle appellanti” (Sez. IV, ord. n. 120/2023).

7. All’udienza pubblica del 13 luglio 2023, in vista della quale le parti hanno depositato memorie e repliche, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Deve, in primo luogo, rilevarsi che, con l’adozione del provvedimento di convalida è venuto meno l’interesse all’impugnazione del provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo, in quanto la convalida di un provvedimento amministrativo impugnato in sede giurisdizionale determina l’improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d’interesse (T.A.R. Liguria sez. I, 29/05/2013, n. 850; T.A.R. Lombardia, III, 12.12.2011, n. 3144).

Ciò posto, l’esame del Collegio deve concentrarsi quindi sul ricorso per motivi aggiunti, con il quale è stato impugnato il provvedimento di convalida, per vizi autonomi, nonché riproponendo le censure già spiegate con il ricorso principale, esclusa quella sub. IV, afferente al vizio oggetto proprio della convalida.

9. Principiando dall’esame delle eccezioni preliminari, quella di inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti per omessa notifica a tutte le amministrazioni coinvolte

nella conferenza di servizi, in particolare il CIPNES, deve essere respinta, essendo stato correttamente notificato il ricorso nei confronti dell'amministrazione procedente, *i.e.* il Comune di Olbia, il cui operato è censurato dalle ricorrenti con il ricorso.

In senso contrario, si rileva che *"non a tutte le amministrazioni partecipanti alla Conferenza di servizi, bensì soltanto a quelle che nell'ambito della Conferenza medesima abbiano espresso pareri o determinazioni che i ricorrenti avrebbero potuto impugnare autonomamente se gli stessi fossero stati adottati al di fuori del peculiare modulo procedimentale di che trattasi"*. Ne consegue anche *"che tali pareri o le prescrizioni imposte con gli stessi (impugnabili autonomamente) debbano essere oggetto delle contestazioni del ricorso, non sussistendo diversamente alcun onere di notifica del ricorso a soggetti i cui pareri (ancorché resi in sede di Conferenza) non sono oggetto di contestazione, nemmeno indiretta"* (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 07/01/2020, n. 37; Consiglio di Stato, Sez. II, 13 dicembre 2019, n. 8485 Cons. Stato, Sez. IV, 14 luglio 2014, n. 3646; Sez. V, 2 maggio 2012 n. 2488 e Sez. VI, 13 marzo 2010, n. 1248).

Non è certo decisivo, ai fini dell'affermazione di un onere di notifica del ricorso, in particolare, al CIPNES, la circostanza formale che l'epigrafe del ricorso sia rivolta anche avverso tutti i pareri adottati in sede di conferenza, che è circostanza priva di rilevanza ai fini dell'identificazione dello specifico *petitum* e *causa petendi*.

In ricorso, le censure sono unicamente spiegate avverso il provvedimento conclusivo della Conferenza del Comune di Olbia e dell'operato dello stesso, restando del tutto avulse dalle censure proposte il parere del CIPNES, il quale, a ben vedere, neppure è interessato dalla censura in ordine alla violazione dell'art. 17 delle NTA del Piano regolatore, che non involge contestazioni in ordine al contenuto del parere reso dal CIPNES.

Come condivisibilmente argomentato dalla ricorrente sul punto, *"l'eccepita violazione dell'art. 17 delle NTA, trattandosi di un aspetto – relativo al rapporto tra superficie di vendita e superficie di parcheggio – la cui verifica è domandata*

all'ufficio tecnico comunale (i.e. Settore Pianificazione e gestione del territorio - Servizio Edilizia Privata). Proprio tale ufficio, infatti, si è espresso sul punto, in via generale, con il parere di conformità edilizia e urbanistica (doc. 9), nonché, in particolare a seguito della proposizione del ricorso, in sede di convalida' (p. 8 memoria di replica).

Da ciò discende l'infondatezza dell'eccezione, la quale peraltro, in astratto, potrebbe rilevare solo in relazione al IV motivo di ricorso.

10. L'eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso collettivo per difetto di omogeneità delle posizioni delle ricorrenti deve anch'essa essere disattesa.

In tal senso, è noto che *“il ricorso collettivo, presentato da una pluralità di soggetti con unico atto, è ammissibile solo nel caso in cui sussistano congiuntamente due requisiti: uno di tipo positivo, costituito dall'identità delle situazioni sostanziali e processuali (ossia che le domande giudiziali siano identiche nell'oggetto e che gli atti impugnati abbiano lo stesso contenuto e vengano censurati per gli stessi motivi); l'altro, di tipo negativo, costituito dall'assenza di un conflitto di interessi, anche solo potenziale, tra le parti”* (da ultimo Consiglio di Stato sez. IV, 21/02/2023, n. 1775).

Orbene, le posizioni delle ricorrenti presentano entrambi i requisiti, in quanto, all'evidenza, Bricofer e Ottimax impugnano i medesimi atti amministrativi per le medesime ragioni giuridiche, mirando peraltro al medesimo risultato demolitorio.

Quanto al secondo dei requisiti, non si ravvisa alcun potenziale conflitto di interessi, posto che, da un lato, Ottimax è la società titolare dell'attività commerciale posta nelle vicinanze della nuova attività autorizzata con il provvedimento impugnato, dall'altro Bricofer detiene l'intero capitale sociale di Ottimax, avendo perciò le due ricorrenti il medesimo interesse e non essendo ravvisabile alcun potenziale conflitto di interessi tra le stesse.

Né d'altronde le controinteressate hanno speso argomentazioni in merito ai requisiti ora citati nel caso di specie, ma si sono limitate a insistere in ordine alla asserita

diversità di posizioni giuridiche soggettive fatte valere dalle ricorrenti.

Tale diversità tuttavia non sussiste, in quanto Bricofer, pur descrivendo la propria posizione nel mercato nazionale e il rapporto di concorrenzialità che intercorre con Bricoman, nondimeno, nel caso di specie, agisce, come visto, quale società che detiene il capitale sociale di Ottimax e perciò fa valere il medesimo interesse di quest'ultima all'annullamento del provvedimento che ha autorizzato l'esercizio di una nuova attività commerciale vicina a quella esercitata da Ottimax, con evidenti riflessi anche per gli interessi patrimoniali di Bricofer, appartenente al medesimo gruppo societario e che detiene il capitale sociale della prima.

Così definito l'interesse al ricorso, in particolare di Bricofer, ne sussiste l'identità con quello proposto da Ottimax e la non conflittualità, neppure potenziale, tra gli stessi, oltre che l'identità di *petitum* e motivi di diritto, con conseguente ammissibilità del ricorso collettivo.

11. Del pari non coglie nel segno l'eccezione preliminare di difetto di legittimazione e interesse delle ricorrenti, come anche anticipato dal Consiglio di Stato in sede cautelare.

Nel caso di specie, trova applicazione il principio di diritto, evocato da parte ricorrente, per cui *“a) in generale, la legittimazione al ricorso sussiste in base al criterio della vicinitas, applicabile non soltanto nel settore edilizio, ma ad ogni attività di trasformazione del territorio e dimostrato dalla situazione di stabile e significativo collegamento (Cons. Stato, sez. V, 14 febbraio 2011, n. 946);*

b) con specifico riferimento alla legittimazione del terzo ad impugnare provvedimenti inerenti all'apertura di nuovi esercizi commerciali o all'ampliamento di quelli esistenti (Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5278):

b. 1) nel caso in cui ad impugnare il permesso di costruire correlato ad una autorizzazione commerciale sia un operatore economico, "il criterio dello stabile "collegamento territoriale" che deve legare il ricorrente all'area di operatività del controinteressato per poterne qualificare la posizione processuale e conseguentemente il diritto di azione, deve essere riguardato in un'ottica più ampia

rispetto a quella usuale";

b. 2) "il concetto di vicinitas nella contestazione di una struttura commerciale, si specifica identificandosi nella nozione di stesso bacino d'utenza della concorrente, tale potendo essere ritenuto anche con un raggio di decine di chilometri";

b. 3) "nell'ipotesi in cui ad impugnare il permesso di costruire sia il titolare di una struttura di vendita, affinché il suo interesse processuale possa qualificarsi personale, attuale e diretto, deve potersi ravvisare la coincidenza, totale o quanto meno parziale, del bacino di clientela, tale da poter oggettivamente determinare un'apprezzabile calo del volume d'affari del ricorrente; [...] così, la legittimazione al ricorso non può di certo configurarsi allorquando l'instaurazione del giudizio appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto o contra ius, siccome volti nella sostanza a contrastare la libera concorrenza e la libertà di stabilimento";

b. 4) "ne consegue che il riconoscimento della legittimazione ad agire non è genericamente ammesso nei confronti di tutti gli esercenti commerciali, ma è subordinato al riconoscimento di determinati presupposti, e ciò al fine di poter ritenere giuridicamente rilevante, nonché qualificato e differenziato, l'interesse all'impugnazione";

b. 5) "pertanto, è necessario che l'operatore economico che intende impugnare un titolo edilizio a cui accede una valida e formale autorizzazione commerciale eserciti nelle immediate adiacenze, che l'attività commerciale esercitata sia dello stesso tipo in tutto o in parte di quella relativa ai provvedimenti in contestazione, e che le due attività vengano a servire uno stesso bacino di clientela oggettivamente circoscritto o comunque circoscrivibile con sufficiente certezza"" (Consiglio di Stato sez. IV, 10/08/2020, n. 4993).

Ad avviso delle controinteressate non sarebbe dimostrato proprio il requisito sub b.5).

In merito, ritiene il Collegio che depongano in senso contrario le, pacifiche,

circostanze fattuali per cui Ottimax sia titolare di una struttura di vendita che commercializza all'ingrosso e al dettaglio prodotti per l'edilizia, elettricità, termoidraulica, piastrelle, vernici, ferramenta, falegnameria e giardino, localizzata nell'agglomerato industriale delle attività produttive sottoposto alla gestione territoriale del Consorzio Industriale Provinciale Nord Est Sardegna – Gallura (CIPNES) nel Comune di Olbia, a distanza di circa 3 km dalla struttura di vendita autorizzata con gli atti impugnati.

Tali elementi sono ben sufficienti a fondare la legittimazione e l'interesse al ricorso di Ottimax e, per quanto già argomentato al superiore par. 10, di Bricofer, quale società che ne detiene l'intero capitale sociale, poiché, da un lato, non può negarsi che il bacino di clientela servito sia il medesimo, in ragione della distanza assai contenuta tra le due strutture, in una realtà territoriale quale quella del Comune di Olbia, e che presentano le medesime caratteristiche tipologiche, trattandosi di strutture di dimensioni rilevanti e che mirano a soddisfare esigenze del mercato consimili.

Tale aspetto si salda inscindibilmente con il profilo ulteriore delle tipologie merceologiche commercializzate, che in tesi di parte controinteressata, non sarebbero sempre sovrapponibili, ma che, in senso contrario, oltre ad essere sufficiente anche solo la parziale coincidenza tra esse, appaiono al contrario riferirsi proprio alle medesime esigenze di mercato e della medesima tipologia di clientela, essendo a tal fine sufficiente rilevare come le strutture commercializzano entrambe, quantomeno, prodotti per l'edilizia e l'elettricità e presentano le medesime caratteristiche (grande distribuzione, a prescindere dalla specifica qualificazione come media o grande struttura di vendita, che è *res* controversa).

Non è dunque condivisibile la tesi per cui la maggiore ampiezza di prodotti oggetto di commercializzazione da parte di Ottimax, per cui la struttura sarebbe generalista, mentre quella di Bricoman sarebbe specialista, escluderebbe la sussistenza dei requisiti di comunanza di attività commerciale svolta e di bacino d'utenza servito, poiché tali requisiti non si appuntano su una perfetta identità ed esclusività di beni

commercializzati, ma sono riferiti ad una comune tipologia di attività commerciale e di merce venduta.

D'altronde, come già rilevato da questa Sezione, non si può *“ritenere esigibile nei confronti di chi ricorra in giudizio, anche in relazione a un'attività che non sia stata ancora avviata, e in via generalizzata, una stima tecnica dell'entità di riduzione del fatturato, pena il rischio d'imporre una probatio diabolica che vanificherebbe la tutela del diritto di azione, dovendo ritenersi sufficiente, alla luce del circoscritto ambito territoriale d'interesse e delle limitate dimensioni del Comune resistente, l'esistenza di una vicinitas qualificata, la quale si presenta di per sé già sufficiente a denotare la sostanziale comunanza dei bacini d'utenza delle parti in contesa.*

La giurisprudenza consolidata sotto tale profilo “ammette a censurare i titoli abilitativi rilasciati per l'intrapresa di una nuova attività economica chi sia titolare di analoga attività nella zona e si trovi in situazione di stabile collegamento con essa, giacché rinviene un idoneo fattore legittimante al ricorso in una coincidenza quanto meno parziale del loro bacino di clientela, tale da poter oggettivamente determinare un apprezzabile calo del volume d'affari” (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 3.08.2020, n. 698)” (T.A.R. Sardegna, Sez. II, 6 luglio 2023, n. 507).

La limitata distanza tra la struttura della ricorrente Ottimax con quella oggetto del provvedimento autorizzatorio impugnato, pari a soli 3 km, in un Comune con estensione territoriale quale quello di Olbia, non può che confermare la sussistenza della legittimazione e dell'interesse all'accoglimento del ricorso.

Sulla base di tali deduzioni, inerenti all'applicazione nel caso concreto – in particolare nella realtà territoriale di riferimento e dell'oggetto dell'attività delle società coinvolte – conduce il Collegio a ritenere non decisivi, ai fini della prova dell'interesse al ricorso, ulteriori elementi probatori, di carattere scientifico, atti a confermare i presupposti di ammissibilità del ricorso.

L'eccezione è pertanto infondata.

12. Venendo al merito, con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti è contestata la possibilità di procedere con la convalida, *ex art. 21 nonies* L. n. 241/1990 dell'originario provvedimento autorizzatorio, impugnato con il ricorso principale, in ragione della natura del vizio riscontrato nel primo provvedimento, *i.e.* il conflitto di interessi, anche solo potenziale, del dirigente del Settore Pianificazione e gestione del territorio, edilizia privata.

Il motivo è fondato.

12.1. In merito, come anche rilevato dal Consiglio di Stato in sede cautelare, la giurisprudenza, con ampia motivazione, ha chiarito che *“7.1. – In particolare, la pubblica amministrazione ha la facoltà di convalidare i propri atti affetti da vizi di legittimità, attraverso una manifestazione di volontà intesa ad eliminare il vizio da cui l'atto stesso è inficiato.*

Al pari dell'istituto romanistico della convalida del contratto annullabile, la convalida amministrativa trae anch'essa origine dalla necessità di rimediare alla “rottura” del collegamento funzionale tra fattispecie concreta e fattispecie astratta, ma si distingue dall'omonimo istituto civilistico, in quanto: nel diritto privato, la convalida si attua attraverso atti e comportamenti negoziali della parte che potrebbe avvalersi dell'invalidità a proprio vantaggio; nel diritto amministrativo, invece soggetto legittimato alla convalida è colui (l'apparato amministrativo) che intende prevenire o scongiurare l'azione di annullamento della controparte.

7.2. – La legge 11 febbraio 2005, n. 15, ha tipizzato la figura, pur restando tra gli istituti meno studiati in ragione della sua limitata applicazione pratica e giurisprudenziale.

Il comma 2 dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 fa espressamente «salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole».

Per quanto scarna, la proposizione tratteggia la convalida come un istituto di carattere generale, volto a rendere l'atto stabile a tutti gli effetti per i quali è

preordinato, ogniqualvolta il pubblico interesse ne richieda il consolidamento.

Sotto altro profilo, la collocazione della norma nel medesimo articolo dedicato all'annullamento d'ufficio, conferma la comune ambientazione dei due istituti nell'ambito dell'autotutela. Tale correlazione appare altresì espressiva di un principio di preferenza per la scelta amministrativa volta alla correzione e alla conservazione – ove possibile – di quanto precedentemente disposto, rispetto all'opzione eliminativa.

7.3.– L'ampiezza della formula utilizzata dal legislatore consente di ricomprendere nella convalida anche altre figure giuridiche, pure espressive del fenomeno della convalida, quali: i) la sanatoria, ovvero l'effetto che si verifica allorché un provvedimento viziato per mancanza nel procedimento di un atto preparatorio viene sanato dalla successiva emanazione dell'atto mancante; ii) la ratifica, consistente nell'appropriazione dell'atto, emesso da un organo incompetente (ovvero fornito di una competenza temporanea e occasionale), da parte della Autorità che sarebbe stata competente.

La convalida continua invece a distinguersi, per struttura e funzione, da altri istituti limitrofi e segnatamente:

a) dall'atto meramente confermativo – enucleato dalla giurisprudenza per impedire l'elusione della perentorietà del termine di ricorso – il quale non modifica forma, motivazione e dispositivo del provvedimento confermato (rimasto generalmente inoppugnato);

b) dalla conferma propria, la quale – sebbene connotata dall'apertura di una nuova istruttoria – non è comunque volta a rimuovere alcun vizio;

c) dalla rettifica, avente ad oggetto le difformità che comportano l'invalidità del provvedimento originario ma solo la sua irregolarità;

d) dalla conversione che tiene fermo l'atto originario sussumendolo però sotto una diversa fattispecie legale.

7.4. – Sul piano della dinamica giuridica, la convalida non determina una

modificazione strutturale del provvedimento viziato (non configurabile neppure logicamente, essendosi la fattispecie stessa già integralmente conclusa), bensì il sorgere di una fattispecie complessa, derivante dalla “saldatura” con il provvedimento convalidato, fonte di una sintesi effettuale autonoma.

L’efficacia consolidativa degli effetti della convalida opera retroattivamente: il provvedimento di convalida, ricollegandosi all’atto convalidato, ne mantiene fermi gli effetti fin dal momento in cui esso venne emanato (si tratta di una opinione risalente quantomeno a Consiglio di Stato, sez. V, 21 luglio 1951, n. 682). La decorrenza ex tunc è connaturale alla funzione della convalida di eliminare gli effetti del vizio con un provvedimento nuovo ed autonomo. È questa la principale differenza rispetto alla rinnovazione dell’atto che invece non retroagisce per conservarne gli effetti fin dall’origine.

La retroattività della convalida trova tuttavia un importante limite nelle ipotesi in cui l’esercizio del potere sia sottoposto ad un termine perentorio, scaduto il quale anche il potere di convalida viene necessariamente meno.

7.5. – Sul piano della struttura, il legislatore conferma che la convalida ha un contenuto positivo e non si sostanzia nella mera rinuncia a far valere la potestà di auto-annullamento (come pure in passato teorizzato da alcuni autori).

Il legislatore non ha voluto tuttavia irrigidire i requisiti di forma-contenuto dell’atto: pare quindi superato quell’orientamento giurisprudenziale che, in analogia con le disposizioni del codice civile, riteneva che la convalida dovesse necessariamente contenere l’espressa menzione dell’atto da convalidare, del vizio che lo inficia, e la chiara manifestazione della volontà di eliminare il vizio.

Appare infatti sufficiente che, dal tenore complessivo, si desuma che la “causa” dell’atto è quella di dare stabilità e sicurezza a un atto invalido, in quanto la situazione, che da esso è derivata, ne richiede il consolidamento (e dunque «sussistendone le ragioni di interesse pubblico»).

La norma, analogamente a quanto disposto per l’annullamento d’ufficio, richiede che l’esercizio del potere di riesame avvenga entro un termine ragionevole.

Peraltro, è interessante notare come lo stesso trascorrere del tempo possa contribuire a corroborare il legittimo affidamento del privato che dal provvedimento invalido abbia ricavato delle utilità (circostanza, come noto, ostativa all'esercizio dei poteri di auto-annullamento ai sensi dell'art. 21-nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990).

8.– Ciò posto in via generale, veniamo ora al principale nodo problematico rilevante ai fini del decidere: l'emendabilità tramite l'atto di convalida del vizio di motivazione, in termini generali e nel corso del giudizio già instaurato per il suo annullamento.

8.1. – Non si vi sono dubbi circa la possibilità di emendare i vizi di tipo formale e procedimentale, ivi compreso quello di incompetenza (relativa). Deve ritenersi possibile per la pubblica amministrazione anche di procedere alla convalida di un provvedimento non annullabile ai sensi del citato comma 2 dell'art. 21-octies (la cui regola si muove sul piano processuale), sebbene in tal caso l'utilità giuridica consista al più soltanto in una maggiore certezza e stabilità del rapporto amministrativo.

Non sono invece sanabili i vizi che possono definirsi “sostanziali” – derivanti cioè dall'insussistenza di un presupposto o requisito di legge, ovvero dall'irragionevolezza e non proporzionalità del decisum – rispetto ai quali la semplice dichiarazione dell'Amministrazione di volerli convalidare non può che rimanere priva di effetto.

La convalida, in questi casi, non potrebbe mai assicurare il permanere, senza alterazioni, della parte dispositiva del provvedimento su cui intende operare. Se infatti l'illegittimità attiene al contenuto dell'atto, la stessa può essere eliminata solo attraverso la sua riforma (spunti in tal senso si traggono, sia pure nel diverso contesto della c.d. fiscalizzazione dell'abuso edilizio, nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 2020)' (Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385).

Ora, non v'è dubbio che il vizio inerente al conflitto di interessi riscontrato in capo al funzionario si configuri come vizio di natura sostanziale che determina l'insussistenza di un requisito previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento e non già di natura meramente formale o procedimentale, dunque emendabile.

Sul punto, è appena il caso di ricordare che *“la disposizione di cui all'art. 6 bis L. n. 241/90, espressione dei principi costituzionali di imparzialità dell'agere pubblico cui all'art. 97 della Costituzione, secondo cui "Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".*

La disposizione in parola vale a preservare anzitutto la credibilità e la fiducia dell'Amministrazione, scattando, perciò, a fronte di situazioni di mero pericolo e verificandosi in tutti i casi in cui sussistano condizioni che, avuto riguardo al particolare oggetto della decisione da assumere, appaiano anche potenzialmente idonee a vulnerare l'assoluta imparzialità e la serenità di giudizio dei titolari dell'ente stesso. Il Legislatore ha, per tale via, coniato un canone di generale applicazione che postula ineludibili esigenze di imparzialità, trasparenza e parità di trattamento.

Del resto, il conflitto d'interessi rilevante ai sensi dell'art. 6-bis l. 241/1990 coincide, innanzitutto, con le ipotesi d'incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c., tra le quali figura proprio il rapporto di parentela in contestazione (art. 51, comma 2, n. 2 c.p.a.; cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 02/03/2022, n. 2433).

8. La prevenzione del conflitto di interessi è, dunque, volta non soltanto a garantire l'imparzialità della singola decisione pubblica, ma, più in generale, a tutelare il profilo dell'immagine di imparzialità dell'Amministrazione (cfr. T.A.R. Veneto, Venezia, sez. II, 09/07/2021, n. 908; 21/01/2019, n. 63)” (da ultimo T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 17/01/2023, n. 73).

12.2. Ma, a ben vedere, le difese dell'amministrazione e delle controinteressate si

appuntano in realtà sulla stessa possibilità astratta di convalidare qualsivoglia vizio del provvedimento, richiamando in merito la sentenza di questa Sezione 12 ottobre 2018, n. 869, confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 3018/2022, nonché la sentenza Cons. Stato, n. 194/2022.

Tuttavia, da una compiuta lettura delle decisioni citate emerge l'infondatezza della tesi ora esposta.

In primo luogo, la sentenza n. 869/2018 di questa Sezione, pur affermando genericamente che *“L’art. 21 nonies, 2 comma, della legge 241/1990 ha un’ampia portata e contempla tutte le ipotesi di provvedimento affetto da vizi di <annullabilità>”*, aveva ad oggetto un vizio di natura procedimentale, non apparendo perciò decisiva ai fini che qui interessano.

Ma, ancor di più, vale rilevare che il Consiglio di Stato, in sede d’appello che ha confermato la decisione, rilevando che *“qualunque vizio di legittimità è suscettibile di convalida purché la sanatoria non determini la modifica del dispositivo”*, lo ha fatto richiamando espressamente *“i principi elaborati dalla giurisprudenza (da ultimo, Cons. Stato sez. VI n. 3385 del 2021 (§§ 7 – 8.1.)”*, i.e. proprio il precedente del Consiglio di Stato che è stato sopra riportato e conduce ad accogliere il presente motivo di ricorso.

Il punto di diritto decisivo infatti è quello per cui il riscontro di un vizio di natura sostanziale non può che incidere sulla parte dispositiva, in quanto, come visto, *“la convalida, in questi casi, non potrebbe mai assicurare il permanere, senza alterazioni, della parte dispositiva del provvedimento su cui intende operare. Se infatti l’illegittimità attiene al contenuto dell’atto, la stessa può essere eliminata solo attraverso la sua riforma”* (nei medesimi termini è anche il precedente Cons. Stato, n. 194/2022).

Di tal che, posta anche la retta interpretazione della giurisprudenza richiamata, non è la natura del vizio in sé ad essere decisiva, bensì la correlazione di esso con la sua incidenza sulla parte dispositiva del provvedimento che, per i vizi di natura

sostanziale quale quello riscontrato nel caso di specie, non potrebbe mai essere insensibile e permanere nella medesima misura e portata rispetto a seguito della convalida.

Il motivo di ricorso deve perciò essere accolto.

13. L'accoglimento di tale motivo, che determina l'esclusione in radice della possibilità di procedere con la convalida del provvedimento autorizzatorio viziato, determina l'assorbimento del secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti, avente natura meramente procedimentale in quanto afferente all'omessa comunicazione di avvio del procedimento alla ricorrente rispetto all'adottanda convalida, poiché la comunicazione era riferita solo alla convocazione di una conferenza di servizi per procedere all'annullamento in autotutela del primo provvedimento.

Rileva peraltro il Collegio come tale motivo appare anch'esso fondato, sulla scorta anche di quanto evidenziato dal Consiglio di Stato in sede cautelare, *“in considerazione del fatto che è stata comunicata la convocazione della “conferenza di servizi in modalità sincrona per l'annullamento, ai sensi degli artt. 21 octies e 21 nonies della L. 241/90, della Determinazione conclusiva del procedimento unico Suape n. 367 del 05.05.2022”, e, dunque, con riferimento ad una finalità diversa da quella poi attuata”*.

In merito, vale infatti rilevare che la circostanza per cui il potere di convalida sia disciplinato dal medesimo art. 21 *nonies* L. n. 241/1990 che disciplina il potere di autoannullamento, non determina l'irrilevanza dell'indicazione della specifica finalità per cui la conferenza di servizi era stata convocata, la cui comunicazione di convocazione espressamente appunto richiamava l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, che non è fungibile rispetto alla convalida.

14. Ritiene il Collegio di dover esaminare anche il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti, corrispondente alla riproposizione del primo motivo del ricorso principale, non potendosi ritenere lo stesso assorbito dall'accoglimento dell'autonomo vizio del provvedimento di convalida, da solo comunque sufficiente

a determinare l'accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti impugnati.

Il motivo, con il quale è denunciata l'illegittimità del modulo procedimentale semplificato adottato dal Comune, è fondato e deve essere accolto.

L'art. 4 L.R. n. 5/2006 disciplina l'apertura degli esercizi commerciali, distinguendoli in esercizi di vicinato, medie strutture di vendita e grandi strutture di vendita.

Per quanto qui rileva, per le medie strutture di vendita nei comuni con popolazione residente superiore a 50.000 abitanti, quale il Comune di Olbia, la superficie di vendita massima è pari a 2.500 mq e l'apertura è soggetta ad autorizzazione comunale.

In caso di superamento della misura massima di superficie di vendita, la struttura deve essere qualificata come grande struttura di vendita, per la quale i successivi commi 5, 6, e 7 dispongono un procedimento articolato che coinvolge anche la Regione e la Provincia per ottenere l'autorizzazione all'apertura:

“Le grandi strutture di vendita hanno superficie superiore ai limiti di cui al comma 3. L'apertura, la variazione del settore merceologico, il trasferimento di sede e l'ampliamento della superficie sono soggetti ad autorizzazione comunale sulla base del rispetto dei criteri urbanistico-commerciali di cui agli articoli 8 e 10, previo parere favorevole di una conferenza di servizi composta da tre membri, rappresentanti rispettivamente la Regione, la provincia e il comune. Le deliberazioni della conferenza sono adottate a maggioranza dei componenti; il rilascio dell'autorizzazione è subordinato al parere favorevole del rappresentante della Regione. La conferenza si svolge in seduta pubblica, presso la sede della Regione, e ad essa partecipano a titolo consultivo i rappresentanti dei comuni contermini, delle organizzazioni dei consumatori, delle imprese del commercio più rappresentative e delle associazioni sindacali dei lavoratori. Ove il bacino d'utenza riguardi anche parte del territorio di altra provincia, la conferenza ne richiede il parere non vincolante ai fini del rilascio dell'autorizzazione.

L'istanza per l'apertura di una grande struttura di vendita deve essere inviata contemporaneamente a Regione, provincia e comune. Quest'ultimo svolge l'istruttoria nel termine di trenta giorni, salvo richieste d'integrazioni per non più di una volta e per un ulteriore termine di trenta giorni, e nei successivi sessanta giorni convoca la conferenza di servizi. La data di svolgimento deve essere concordata tra Regione e comune e non può svolgersi prima di trenta e non oltre sessanta giorni dalla conclusione dell'istruttoria. I lavori della conferenza devono svolgersi in un termine massimo di sessanta giorni.

Non si procede a convocazione qualora la Regione respinga l'istanza nei trenta giorni successivi alla sua presentazione. Il provvedimento di rigetto deve essere comunicato al soggetto istante, al comune e alla provincia”.

La *ratio* di tale disciplina, richiamata anche dal Consiglio di Stato in sede cautelare, è evidentemente quella di garantire un compiuto controllo dei molteplici interessi pubblici coinvolti per l'ipotesi di apertura di una grande struttura di vendita.

È pertinente il richiamo giurisprudenziale operato da parte ricorrente che, in relazione a discipline consimili, ha rilevato che *“dalla normativa statale di recepimento risulta che il libero dispiegarsi dell'iniziativa commerciale incontra tuttora limiti ove vengano in rilievo vincoli “connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali”;* pertanto, *è da ritenere perdurante l'applicabilità in Sicilia del modulo procedimentale prefigurato dall'art. 9 della legge reg. n. 28 del 1999, il quale demanda ad una conferenza di servizi la valutazione dell'impatto che l'apertura di una grande struttura di vendita ha oggettivamente sul territorio con particolare riguardo a fattori quali la mobilità, il traffico e l'inquinamento nonché il rispetto dei vincoli relativi alla tutela del patrimonio artistico ed ambientale”* (CGARS, Sez. giur., 15 maggio 2014, n. 292).

Ciò posto, nel caso di specie rileva in particolare la fattispecie di cui all'art. 4, comma 4, che, ai fini del computo della superficie massima di vendita sulla cui base determinare la natura di media o grande struttura, dispone che la superficie di

vendita “che ha ad oggetto esclusivamente la vendita di merci ingombranti, non immediatamente amovibili ed a consegna differita (mobilifici, concessionarie auto, nautica, legnami, materiali per l’edilizia e similari), è computata nella misura di: (...) un terzo della superficie lorda coperta parcabile, e comunque non superiore a 6.000 mq”.

Infatti, l’istanza di autorizzazione ha ad oggetto una struttura commerciale che “effettua esclusivamente commercio al dettaglio”, avente una “superficie di vendita ragguagliata mq. 2.000 (materiali ingombranti)” ed una “superficie lorda destinata alla vendita di materiali ingombranti o a consegna differita” pari a 6.000 mq.

15. Orbene, ad avviso del Collegio, è rimasta provata la contestazione da parte della ricorrente in ordine alla sussistenza dei requisiti per l’applicazione della siffatta deroga, in quanto risulta documentalmente che la struttura di vendita non ha ad oggetto esclusivamente “merci ingombranti, non immediatamente amovibili ed a consegna differita” e non può perciò applicarsi la procedura semplificata di autorizzazione.

La superficie infatti supera evidentemente il limite massimo stabilito per le medie strutture di vendita e perciò è soggetto al regime di cui all’art. 4, commi da 5 a 7 per le grandi strutture di vendita.

Sul punto, è decisiva ed assorbente la documentazione progettuale che la controinteressata ha presentato per l’ottenimento del parere dei Vigili del Fuoco Tavola n. 3pi – Pianta piano seminterrato (docs. 41-42 ricorrenti), da cui risulta provata l’allegazione in ordine alla circostanza fattuale per cui presso la struttura di vendita non saranno commercializzati solo “merci ingombranti, non immediatamente amovibili ed a consegna differita”, bensì numerosi altri beni non rientranti in tale categoria, che, come detto, deve essere esclusiva per rientrare nella deroga al regime autorizzatorio ordinario.

In tal senso, risulta comprovata la presenza di numerosi scaffali nella superficie del punto vendita e la specifica tipologia di merci che saranno vendute in ogni reparto

e in ogni scaffale, tra cui, come dedotto dalla ricorrente, ‘Trapani e avvitatori’; ‘Trapani e smerigliatrici’; ‘Punte trapano’; ‘Inseriti avvitatore’; ‘Carte abrasive’; ‘Saldatura e accessori’; ‘Autoaccessori lubrificanti’; ‘Autoaccessori oli’; ‘Autoaccessori caricabatterie’; ‘Cutter e chiodatrici’; ‘Attrezzi manuali lime e seghe’; ‘Attrezzi manuali pinze e tenaglie’; ‘Attrezzi manuali cacciaviti e set’; ‘Attrezzi manuali chiavi fisse’; ‘Carta e stracci’; ‘Valigette e accessori’; ‘Scarpe antinfortunistiche’; ‘Guanti da lavoro’; ‘Abbigliamento da lavoro’; ‘Pattumiere e sacchi’; ‘Contenitori alimentare’; ‘Attrezzi pulizia’; ‘Prodotti pulizia’; ‘Insetticida’; ‘Catenacci e lucchetti’; ‘Serrature’; ‘Pitture murali’; ‘Smalti antiruggine’; ‘Smalti spray’; ‘Smalti solventi’; ‘Nastri e teli’; ‘Accessori per verniciare’; ‘Pennelli’; ‘Siliconi e pistole’; ‘Colle e sigillanti’; ‘Reggimensole e staffe’; ‘Mensole’; ‘Spot e faretti’; ‘Fari incasso’; ‘Faretti incasso’; ‘Lampadine a led’; ‘Appliche classiche’; ‘Plafoniere’; ‘Spine prese e multiprese’; ‘Antenne cavi e accessori’.

16. Le controinteressate non hanno contestato il contenuto del documento, ma la sua rilevanza, affermando, da un lato, la tardività della censura proposta nei motivi aggiunti in ordine al dedotto vizio istruttorio *‘per non avere l’amministrazione svolto verifiche sull’effettiva tipologia merceologica per come asseritamente emergente da una planimetria presentata ai fini dell’ottenimento del parere favorevole dei V.V.F.’*” (p. 9 memoria Bricoman); dall’altro, evidenziandone l’irrilevanza, poiché tale documento è rilevante *“ai soli fini realizzativi e antincendio, non certo per determinare ex ante la tipologia merceologica della futura attività, tanto che può essere redatto con la sola indicazione della categoria di carico antiincendio o alternativamente con un prodotto rappresentativo di detta categoria, senza che ciò costituisca il layout definitivo, ma al solo fine di fornire tutti gli elementi utili ai fini della valutazione sul progetto”* (p. 11 memoria Bricoman), nonché ritenuto che, comunque, gli ulteriori beni venduti sono da qualificare come accessori delle merci ingombranti, trovando applicazione il parere regionale n. 13045 del 2009 per cui *‘Il legislatore regionale, inserendo l’ultimo periodo, ha voluto disporre e chiarire che l’aumento delle superfici non si riferisce*

soltanto agli spazi in cui vi sono esposto le merci ingombranti, ma anche gli spazi in cui vi sono oggetti accessori cha, da soli, non beneficerebbero di tale deroga. E da evidenziare che la legge non distingue quante superficie debba essere destinata agli accessori e non vi è alcun limite percentuale purchè, ovviamente, sussistano nell'esercizio sia le merci ingombranti che gli accessori e per entrambi l'attività di vendita sia reale e continua".

Nessuna delle eccezioni difensive, ad avviso del Collegio, coglie nel segno.

16.1. La censura formulata non può considerarsi nuova, poiché sin dal ricorso principale la ricorrente aveva dedotto la *“Violazione e falsa applicazione degli artt. 6-bis, 21-octies e 21- nonies della l. n. 241/1990 e dell'art. 7 del d.p.r. n. 62/2013. violazione dell'art. 23 della l.r. n. 24/2016. violazione dell'art. 5, comma 4, lett. e) del codice disciplinare area dirigenza del comune di olbia. violazione dei principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 cost. eccesso di potere per sviamento”* e la produzione documentale contestata non costituisce una nuova ragione di censura, bensì unicamente un documento atto a fornire supporto probatorio alla censura già tempestivamente proposta col ricorso principale e replicata con i motivi aggiunti, riferibile peraltro come prova anche della dedotta violazione di legge.

16.2. Quanto invece alla asserita irrilevanza del documento poiché relativo ad un procedimento di rilascio di parere dei Vigili del Fuoco nell'ambito della normativa antincendio, la tesi è evidentemente infondata, alla luce della circostanza che, per quanto la documentazione antincendio potrebbe essere anche più genericamente redatta, nel caso di specie la planimetria è chiara nell'evidenziare la tipologie di merci oggetto della vendita nonché l'organizzazione della struttura e dimostra che non sia rispettosa del requisito di cui all'art. 4, comma 4 per derogare al procedimento ordinario per le grandi strutture di vendita.

Non si vede, in altre parole, come possa non essere rilevante ai fini della determinazione delle tipologie di merci oggetto della futura attività di vendita, una

planimetria, quale quella che occupa, che indichi specificamente quali merci saranno vendute e dove essere saranno localizzate nella struttura per cui è chiesta l'autorizzazione.

16.3. In ultimo, neppure può fondatamente eccepirsi che gli articoli che saranno venduti e sopra riassuntivamente richiamati costituiscano solo accessori delle merci ingombranti. Come emerge dall'elencazione sopra riportata, essi semplicemente rappresentano beni aventi una autonoma rilevanza di vendita e non una esclusiva e costante connessione con le merci ingombranti vendute nella struttura, avendo riguardo alla loro natura e soprattutto varietà e differenziazione, che escludono in radice che si tratti di meri accessori di altri beni ingombranti.

Sul punto, il Collegio condivide il passaggio argomentativo di parte ricorrente per cui *“Non si capisce, ad esempio, di quale prodotto (ingombrante, non immediatamente amovibile ed a consegna differita) rappresentino l'accessorio articoli come: i cacciaviti, le lampadine, le multiprese, le prolunghe, i lucchetti, le plafoniere da giardino, l'abbigliamento tecnico (ad es. scarpe antifortunistica), le pitture spray ecc.”* (p. 6 memoria 3.12.2022) e le controinteressate non hanno offerto una prova contraria in termini fattuali rispetto alla contestazione ora contenuta, dimostrando effettivamente di quale merce ingombrante sarebbero accessori i prodotti sopra citati.

In conclusione, è fondato anche il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti.

17. L'accoglimento del motivo ora esposto determina invece l'assorbimento dei motivi ulteriormente proposti, in quanto, in ogni caso, dovrà eventualmente essere riesercitato il potere amministrativo secondo un diverso procedimento e coinvolgendo enti ulteriori rispetto a quelli che hanno condotto all'adozione dell'atto qui impugnato, con conseguente esercizio di un nuovo potere amministrativo, anche sotto il profilo soggettivo, rispetto al quale il giudice amministrativo non può quindi pronunciarsi anticipatamente.

18. In conclusione, il ricorso principale deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, mentre deve essere accolto il ricorso per motivi

aggiunti e, per l'effetto, deve essere annullata la determinazione del Comune di Olbia n. 796 del 16 novembre 2022.

Le spese del giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti, stante la particolarità fattuale e giuridica delle questioni controverse.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando:

- dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso principale;
- accoglie il ricorso per motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla la determinazione del Comune di Olbia n. 796 del 16 novembre 2022.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lensi, Presidente

Antonio Plaisant, Consigliere

Gabriele Serra, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriele Serra

IL PRESIDENTE
Marco Lensi

IL SEGRETARIO

