

N. 01252/2012 REG.PROV.COLL.

N. 01203/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 1203 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

First Atlantic Real Estate s.g.r. s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.

Guido Greco, Manuela Muscardini, Gabriele Tricamo e Gian Maria

Menzani, elettivamente domiciliata, in Milano, P.Le Lavater, 5, presso

lo studio degli avv. Greco e Muscardini;

contro

Provincia di Milano, rappresentata e difesa dagli avv. Angela

Bartolomeo, Marialuisa Ferrari, Alessandra Zimmitti e Nadia Marina Gabigliani, domiciliata in Milano, via Vivaio, 1, presso gli uffici dell'avvocatura provinciale;

Comune di Peschiera Borromeo, rappresentato e difeso dall'avv.

Mario Viviani, presso il cui studio, in Milano, Galleria San Babila, 4/A, è elettivamente domiciliato;

Ministero dell'Interno - Direzione Regionale dei Vigili del Fuoco di Milano - rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, presso la cui sede, in Milano, via Freguglia, 1, è elettivamente domiciliato;

nei confronti di

Mapei s.p.a. Italia, rappresentata e difesa dagli avv. , Mario Bassani, Laura Squinzi, Mara Boffa e Cristina Bassani, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, piazza Borromeo, 12;

Immobiliare Santilo s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Giuseppe Saronni, Angela Canta e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Milano, via Dante, 16;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Sviluppo Edilizio s.r.l., San Giuseppe Società Cooperativa Edilizia, Cooperativa Edilizia Dante, rappresentate e difese dagli avv. Guido Bardelli e Simona Dede', con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Visconti di Modrone, n. 12;

per l'annullamento,

quanto al ricorso principale:

- del provvedimento prot. n. 42324 del 09.03.2011, con il quale il Dirigente della Struttura Provinciale Area Programmazione Territoriale della Provincia di Milano ha respinto l'istanza della società ricorrente prot. 10009 del 21.01.2011 di nomina di un commissario ad acta per l'esercizio del potere sostitutivo in ordine al rilascio del permesso edilizio delle opere di urbanizzazione primaria del Programma Integrato di Intervento (P.I.I.) Bellaria;
- nonché dell'atto del 8 febbraio 2011, prot. 3697, del responsabile del settore Pianificazione e Gestione del Territorio del Comune di Peschiera Borromeo, che ha comunicato l'avvio del procedimento di annullamento del P.I.I. Bellaria, nonché di tutti i titoli edilizi già da tempi assenti;
- e per l'ordine, ex art. 34 c. 1 lett. "b" e "c" del D.Lgs. 104/2010, alla

Provincia, ovvero al Comune di Peschiera Borromeo, di procedere al rilascio del permesso di costruire relativo alle opere di urbanizzazione primaria del P.I.I. Bellaria, previa nomina, ove occorra, del commissario ad acta;

per la condanna dei suddetti enti al risarcimento del danno da ritardo; quanto ai primi motivi aggiunti:

per l'annullamento

- del parere di compatibilità territoriale espresso dal comitato tecnico regionale della Lombardia l'11.5.2011,

quanto ai secondo motivi aggiunti:

per l'accertamento

- della mancanza dei presupposti per l'annullamento d'ufficio del p.i.i. e della fondatezza della pretesa sostanziale all'archiviazione del medesimo procedimento di annullamento d'ufficio e la condanna dell'amministrazione, ai sensi degli artt. 30, c. 1 e 34, c. 1, lett. c), cod. proc.amm., ad adottare un provvedimento di archiviazione del procedimento avviato l'8.2.2011;

- in subordine, della violazione, da parte del Comune, dell'obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento amministrativo avviato

l'8.2.2011 e la condanna dell'amministrazione comunale a provvedere entro un dato termine alla conclusione del procedimento avviato

l'8.2.2011, ai sensi dell'art. 34, c. 1, lett. b), cod.proc.amm.;

per l'annullamento:

- della nota del 3.8.2011 del Comune di Peschiera Borromeo nella parte in cui dichiara l'illegittimità del p.i.i., sotto il profilo della localizzazione delle aree necessarie per l'urbanizzazione;

e per il risarcimento dei danni subiti;

quanto ai terzi motivi aggiunti:

per l'annullamento

- del diniego n. 27235 del 10.10.2011 del permesso di costruire l'edificio scolastico a destinazione Scuola Materna previsto dal P.I.I. in frazione Bellaria;

per la condanna agli ingiusti danni da ritardo e da diniego.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Milano, del Comune di Peschiera Borromeo, del Ministero dell'Interno, della Mapei s.p.a. Italia e della Immobiliare Santilo S.r.l.;

Visto l'atto di intervento ad adiuvandum delle società Sviluppo

Edilizio s.r.l., San Giuseppe Società Cooperativa Edilizia e

Cooperativa Edilizia Dante;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2012 la dott.ssa Silvia Cattaneo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il provvedimento prot. n. 42324 del 9.3.2011, la Provincia di Milano ha respinto l'istanza, presentata dalla First Atlantic Real Estate s.g.r. s.p.a. il 21.1.2011, di nomina di un commissario ad acta che si sostituisse all'amministrazione comunale - ai sensi dell'art. 39, l. Regione Lombardia n. 12/2005 - nel rilascio del permesso di costruire per le opere di urbanizzazione primaria del programma integrato di intervento "Bellaria".

2. Con l'atto dell'8.2.2011, prot. n. 3697, il Comune di Peschiera Borromeo ha comunicato alla First Atlantic Real Estate s.g.r. s.p.a.

l'avvio del procedimento di annullamento del p.i.i. e dei titoli edilizi assentiti.

3. Con il ricorso principale, la First Atlantic Real Estate s.g.r. s.p.a. - società successivamente fusa per incorporazione nella Idea Fimit s.g.r. s.p.a. – insorge avverso tali determinazioni, articolando le seguenti doglianze:

I. violazione degli artt. 20 e 21, d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 39, l. Regione Lombardia n. 12/2005; violazione dell'art. 2, l. n. 241/1990; illogicità ed irragionevolezza; violazione dell'art. 12, d.P.R. n. 380/2001; travisamento dei fatti;

II. atipicità dell'atto di diniego implicito; violazione degli artt. 12, 20 e 27, d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 44, c. 2, l. Regione Lombardia n. 12/2005; eccesso di potere per sviamento e per illogicità e contraddittorietà; violazione della l. n. 447/1995; eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità.

4. La ricorrente chiede, inoltre, che venga ordinato alla Provincia di Milano, ai sensi dell'art. 34, c. 1, lett. b) e c) del d.lgs. n. 104/2010, di procedere al rilascio del permesso di costruire per le opere di urbanizzazione primaria del p.i.i. Bellaria, previa nomina, ove

occorra, del commissario ad acta ed il risarcimento dei danni cagionati dall'inerzia del Comune di Peschiera Borromeo.

5. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente chiede l'annullamento del parere di compatibilità territoriale reso l'11.5.2011 dal comitato tecnico regionale della Lombardia, ai sensi del d.m. del 9.5.2001, per i seguenti motivi:

I. violazione dell'art. 19, c. 2, d.lgs. n. 334/1999, illegittimità della composizione del c.t.r.;

II. violazione dell'art. 19, c. 1, d.lgs. n. 334/1999, dell'art. 5, c. 1, lett.

a), d.m. 9 maggio 2001, degli art. 3 e 5, l. Regione Lombardia n.

19/2001; incompetenza del c.t.r.; violazione degli artt. 7 e ss., l. n.

241/1990;

III. eccesso di potere per travisamento dei fatti, illogicità e

contraddittorietà con la deliberazione consiliare di approvazione del p.

i.i.; carenza e insufficienza di istruttoria;

IV. eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà; violazione

dell'art. 21, d.lgs. n. 334/1999; violazione del capitolo IV dell'allegato

B del r.d. n. 635/1940.

6. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente chiede:

- l'accertamento della mancanza dei presupposti per l'annullamento d'ufficio del p.i.i. e della fondatezza della pretesa sostanziale all'archiviazione del medesimo procedimento di annullamento d'ufficio e la condanna dell'amministrazione, ai sensi degli artt. 30, c. 1 e 34, c. 1, lett. c), cod.proc.amm., ad adottare un provvedimento di archiviazione del procedimento avviato l'8.2.2011;
- in subordine, l'accertamento della violazione, da parte del Comune, dell'obbligo di provvedere alla conclusione del procedimento amministrativo avviato l'8.2.2011 e la condanna dell'amministrazione comunale a provvedere entro un dato termine alla conclusione del procedimento avviato l'8.2.2011, ai sensi dell'art. 34, c. 1, lett. b), cod. proc.amm.;
- l'annullamento della nota del 3.8.2011 del Comune di Peschiera Borromeo nella parte in cui dichiara l'illegittimità del p.i.i., sotto il profilo della localizzazione delle aree necessarie per l'urbanizzazione;
- il risarcimento dei danni subiti.

7. Questi i motivi di ricorso:

I. mancanza dei presupposti per l'annullamento d'ufficio per il lungo tempo trascorso; violazione dell'art. 1, c. 1 e 2, dell'art. 2, c. 1-4,

dell'art. 8, c. 2 e dell'art. 29, c. 2 bis, l. n. 241/1990; violazione del principio di buon andamento, del principio di ragionevole durata del procedimento amministrativo e del principio di non aggravamento del procedimento;

II. impossibilità di configurare vizi di legittimità con riferimento agli aspetti del clima acustico; sviamento di potere e della procedura;

III. impossibilità di configurare vizi di legittimità con riferimento alla questione dei rischi di incidente rilevante; inconferenza delle conclusioni assunte in base all'aggiornamento dell'analisi dei rischi presentata dalla Mapei nell'aprile 2011 e contrasto delle stesse con l'art. 5, c. 1, lett. b, d.m. 9.5.2011 e del relativo allegato con l'art. 890 c. c. e con il capitolo IV dell'allegato B del r.d. n. 635/1940; sviamento di potere e sviamento della procedura;

IV. assenza di vizi di legittimità del p.i.i. con riferimento al d.lgs. n. 334/1999 e al d.m. 9.5.2001.

8. Con un terzo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento prot. n. 27235 del 10.10.2011 con cui il Comune di Peschiera Borromeo ha rigettato l'istanza, da lei presentata, volta ad ottenere il rilascio di un permesso di costruire per

la realizzazione della scuola materna prevista dal p.i.i., ed il risarcimento dei danni subiti.

9. Questi i motivi di ricorso:

I. violazione dell'art. 12, d.P.R. n. 380/2001; violazione della disciplina del p.i.i., degli obblighi e degli affidamenti che da essa derivano;

II. eccesso di potere per contraddittorietà con le risultanze istruttorie e per contraddittorietà con altro provvedimento dello stesso Comune; violazione dell'art. 17, l. n. 241/1990; carenza di motivazione; violazione dell'art. 890 c.c e del capitolo IV dell'allegato B al regolamento per l'esecuzione delle leggi di pubblica sicurezza, r. d. n. 635/1940; eccesso di potere per grave illogicità;

III. violazione dell'art. 10 bis, l. n. 241/1990 e del principio del contraddittorio procedimentale; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà rispetto alle risultanze istruttorie; difetto di motivazione; violazione dell'art. 2, c. 3, l. Regione Lombardia n. 13/2001 in relazione alla deliberazione di Giunta Regionale n. 7/9776; eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità;

IV. violazione dell'art. 20, c. 5, d.P.R. n. 380/2001 e dell'art. 38, c. 5, l. Regione Lombardia n. 12/2005; eccesso di potere per sviamento della funzione istruttoria, per aggravamento del procedimento, per ingiustizia manifesta e per illogicità.

10. Si sono costituiti in giudizio:

- il Comune di Peschiera Borromeo, il quale, oltre a chiedere il rigetto nel merito del ricorso, ha eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento d'ufficio del p.i.i., proposta con il ricorso principale;
- la Provincia di Milano ed il Ministero dell'interno che hanno dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso;
- la controinteressata Mapei s.p.a. Italia, la quale ha eccepito l'inammissibilità del primo ricorso per motivi aggiunti, affermando la natura endoprocedimentale del parere espresso dal comitato tecnico regionale della Lombardia;
- la cointeressata Immobiliare Santilo s.r.l.

11. Hanno proposto atto di intervento ad adiuvandum la Sviluppo Edilizio s.r.l., la San Giuseppe Cooperativa edilizia e la Cooperativa edilizia Dante, chiedendo l'accoglimento del ricorso principale e la

condanna del Comune di Peschiera Borromeo al risarcimento dei danni da loro subiti.

12. All'udienza del 23 febbraio 2012, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

13. La domanda di annullamento del provvedimento prot. n. 42324 del 9.3.2011 - con cui la Provincia di Milano ha respinto l'istanza, presentata dalla First Atlantic r.e. s.g.r. s.p.a. il 21.1.2011, di nomina di un commissario ad acta che si sostituisse all'amministrazione comunale, ai sensi dell'art. 39, l. Regione Lombardia n. 12/2005, nel rilascio del permesso di costruire per le opere di urbanizzazione primaria del programma integrato di intervento "Bellaria" - è improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

A seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare, con ordinanza n. 793 del 6.5.2011, in data 27 maggio 2011, il Comune di Peschiera Borromeo ha, difatti, rilasciato il permesso di costruire in questione.

14. È, invece, inammissibile per carenza di interesse la domanda di annullamento del provvedimento datato 8.2.2011, prot. n. 3697, con cui il Comune di Peschiera Borromeo ha comunicato l'avvio del procedimento di annullamento del p.i.i. e di tutti i titoli edilizi

assentiti.

14. È, invece inammissibile per carenza di interesse la domanda di annullamento del provvedimento dell'8.2.2011, prot. n. 3697 con cui il Comune di Peschiera Borromeo ha comunicato l'avvio del procedimento di annullamento del p.i.i. e di tutti i titoli edilizi assentiti.

Per giurisprudenza unanime, invero, l'atto di comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell'art. 7 della l. n. 241/1990, è un mero atto endoprocedimentale non suscettibile di immediata ed autonoma contestazione in sede giudiziale, in quanto inidoneo a definire il procedimento e dunque non dotato di autonoma lesività. (fra le tante, cfr. T.A.R. - Napoli - Sez. II, 28 maggio 2009, n. 3011, sez. I, 6 febbraio 2008, n. 565; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 25.9.2008, n. 2053; T. A.R. Lombardia - Milano, sez. II, 7 ottobre 2005, n. 3770).

15. Con il primo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente impugna il parere di compatibilità territoriale reso, su richiesta del Comune di Peschiera Borromeo, dal comitato tecnico regionale della Lombardia in data 11 maggio 2011.

Con tale atto, il comitato tecnico regionale ha espresso il proprio

avviso al Comune, ai sensi dell'art. 5, c. 5 del d.m. 9.5.2001, affermando la parziale incompatibilità della destinazione a parco pubblico prevista dal p.i.i. con lo stabilimento Mapei.

L'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione per carenza di interesse, formulata dalla Mapei s.p.a. Italia, è fondata.

L'atto è privo di contenuto provvedimentale e di rilevanza esterna.

Come espressamente previsto dal decreto ministeriale citato si tratta, invero, di un mero parere consultivo.

Tale atto – come riconosciuto nello stesso ricorso – è inidoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse della ricorrente e non è perciò autonomamente impugnabile.

Per giurisprudenza unanime, il ricorso può essere proposto solo da chi è portatore di un interesse effettivo alla decisione giurisdizionale, in dipendenza della concreta ed attuale lesività del provvedimento impugnato.

Tale immediata attitudine lesiva non caratterizza normalmente gli atti endoprocedimentali, che rilevano ai fini dello sviluppo dell'iter procedimentale, ma non esprimono la determinazione finale dell'amministrazione, fino alla cui adozione restano sconosciuti tanto

l'esito del procedimento, quanto la possibilità che esso conduca ad un provvedimento lesivo.

Di conseguenza, l'atto endoprocedimentale non è suscettibile di autonoma impugnazione e può essere contestato solo unitamente al provvedimento finale conseguentemente adottato.

16. Come prospettato alle parti nel corso dell'udienza, ai sensi dell'art. 73, c. 3, cod.proc.amm., la domanda proposta con il secondo ricorso per motivi aggiunti – di accertamento della mancanza dei presupposti per l'annullamento d'ufficio del p.i.i. e della fondatezza della pretesa sostanziale all'archiviazione del medesimo procedimento di annullamento d'ufficio - è inammissibile ai sensi dell'art. 34, c. 2, cod. proc.amm.

In forza di questa disposizione “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”.

Eccettuata l'azione avverso il silenzio, con la quale l'interessato può chiedere - ma solo se si tratti di attività vincolata, o quando non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti

dall'amministrazione - oltre all'accertamento della sussistenza dell'obbligo di provvedere, anche l'accertamento della fondatezza della pretesa (art. 31, cod.proc.amm.), ed eccettuate, altresì, le ipotesi di giurisdizione c.d. di merito, il giudice amministrativo non può, invero, sostituirsi alla pubblica amministrazione in accertamenti e scelte ad essa riservati.

17. Si procede, dunque, all'esame della domanda proposta in via subordinata di accertamento, ai sensi dell'art. 31 cod.proc.amm., della violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo avviato in data 8.2.2011.

La domanda è fondata.

Il Comune di Peschiera Borromeo non ha difatti concluso, con un provvedimento espresso, il procedimento avviato con la comunicazione di avvio del procedimento datata 8.2.2011, prot. n. 3697, in violazione dell'art. 2 della l. n. 241/1990 oltre che delle tempistiche procedurali che esso stesso si è prefissato.

Deve essere, quindi, affermato l'obbligo, per l'amministrazione, di concludere con un provvedimento espresso e motivato il procedimento di annullamento in autotutela del p.i.i. e dei titoli edilizi

assentiti, avviato con la comunicazione datata 8.2.2011.

18. La domanda di annullamento della nota del 3.8.2011 del Comune di Peschiera Borromeo, nella parte in cui dichiara l'illegittimità del p.i. i. sotto il profilo della localizzazione delle aree necessarie per l'urbanizzazione, è invece inammissibile.

Con tale atto, invero, l'amministrazione si è limitata ad esprimere alcune considerazioni circa la legittimità del p.i.i., senza tuttavia porle a fondamento di una determinazione conclusiva in merito alla legittimità del p.i.i. e dei titoli abilitativi rilasciati.

Il Comune ha, invero, espressamente riconosciuto di non essere, al momento, in grado di concludere il procedimento avviato con la nota dell'8.2.2011 e di dovere prorogare il termine di conclusione dello stesso, ritenendo necessario il compimento di un'ulteriore attività istruttoria.

Tale atto ha natura endoprocedimentale e, come tale, non è autonomamente impugnabile.

19. Con il terzo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente chiede l'annullamento del provvedimento prot. n. 27235 del 10.10.2011 con cui il Comune di Peschiera Borromeo ha rigettato l'istanza volta ad

ottenere il rilascio di un permesso di costruire per la realizzazione della scuola materna prevista dal p.i.i.

Con la prima censura la ricorrente lamenta l'illegittimità, in radice, del provvedimento impugnato, a prescindere dalle ragioni addotte a suo fondamento, per violazione dell'art. 12, d.P.R. n. 380/2001, della disciplina del p.i.i., degli obblighi e degli affidamenti che da essa derivano.

A suo avviso, sussisterebbe un obbligo per il Comune di rilasciare il permesso di costruire ove la richiesta sia conforme alla disciplina dettata dal programma integrato di intervento. Inoltre, il diniego sarebbe fondato su ragioni, afferenti la violazione delle disposizioni in materia di inquinamento acustico, che sarebbero estranee alla disciplina urbanistica ed edilizia.

La censura è infondata.

Il rispetto delle prescrizioni in materia di inquinamento acustico è stata legittimamente posta a fondamento del diniego di permesso di costruire.

L'art. 8, l. n. 447/1995 prevede, invero, al comma 3, l'obbligo di produrre una valutazione previsionale del clima acustico delle aree

interessate alla realizzazione di alcune tipologie di insediamenti, tra cui le scuole e gli asili nido.

Per tali fattispecie, il rispetto delle esigenze di tutela dall'inquinamento acustico non può che essere condizione per il rilascio dei titoli edilizi.

Si richiama, al riguardo, anche la pronuncia di questo Tar, sez. II, 15 dicembre 2011, n. 3170, in cui si afferma che il parere dell'a.r.p.a. previsto all'art. 5, l. reg. Lombardia n. 13/2001 deve essere richiesto in occasione del rilascio dei titoli abilitativi indicati all'art. 8, l. 447/1995 e non, invece, nella fase, antecedente, di approvazione del programma integrato di intervento.

20. Viceversa, è fondato il terzo motivo di ricorso, con cui la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990, in quanto l'amministrazione non ha evidenziato nel preavviso di rigetto i profili, poi posti a base del provvedimento di diniego, afferenti l'incompatibilità acustica dell'area in cui è stata localizzata la scuola materna.

Con il preavviso di rigetto n. 18273 del 28.6.2011, il Comune di Peschiera Borromeo ha comunicato alla First Atlantic r.e. s.g.r. s.p.a.

che la domanda non sarebbe stata accolta poiché l'area oggetto dell'intervento ricade all'interno di una fascia di 200 metri dal deposito di perossidi situato all'interno dello stabilimento della Mapei s.p.a. e per carenze documentali.

Con il provvedimento definitivo di rigetto prot. n. 27235 del 10.10.2011, l'amministrazione, oltre ad addurre queste due ragioni, ha posto alla base del diniego un'ulteriore ragione, legata alle problematiche afferenti il clima acustico, problematiche che essa stessa afferma essere emerse nel corso della conferenza di servizi del 21.7.2011, successiva alla comunicazione del preavviso di rigetto. Ciò ha impedito alla ricorrente di presentare eventuali controdeduzioni sulla questione.

Tale illegittimità vizia il provvedimento impugnato non potendo trovare applicazione la previsione di cui all'art. 21 octies, l. n. 241/1990.

Questa disposizione esclude l'annullabilità dei provvedimenti adottati in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti "qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in

concreto adottato”.

La seconda parte della disposizione esclude, invece, che un particolare vizio procedimentale, la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, porti all'annullamento dell'atto “qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

In quest'ultima ipotesi non c'è il limite per l'attività vincolata e la norma opera, quindi, anche in caso di attività discrezionale.

Quest'ultima previsione non si applica nel caso di specie in quanto dettata con specifico riferimento alla mancata comunicazione di avvio del procedimento e non al differente vizio della mancata comunicazione del preavviso di rigetto (cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 3 febbraio 2010, n. 270; Consiglio Stato sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 256; Tar Campania, Salerno, sez. II, 10 dicembre 2008, n. 4083; Tar Liguria, sez. II, 26 novembre 2008, n. 2041; Tar Vento, sez. II, 14 novembre 2008, 3550).

Né trova applicazione la prima parte del secondo comma dell'art. 21 octies della l. n. 241/1990 in quanto, con il provvedimento di diniego

di permesso di costruire impugnato, l'amministrazione ha esercitato un potere che non ha natura vincolata ma che rientra, piuttosto, in un ambito di discrezionalità tecnica.

Sono, invero, valutazioni tecniche quelle espresse in ordine al rispetto dei valori limite assoluti e differenziali di immissione, come pure quelle poste alla base delle scelte inerenti la classificazione acustica di un'area.

Né può ritenersi che, nel caso di specie, l'inserimento in classe I dell'area in questione fosse obbligato.

Tale scelta, se è da ritenersi pienamente legittima in forza di quanto previsto dal d.p.c.m. n. 14.11.1997 e dalla delibera della Giunta Regionale n. VII/9776 del 12.7.2002, è, comunque, espressione di un potere discrezionale e non vincolato, ponendo la normativa citata un obbligo di inserimento in classe I per i soli complessi scolastici e non, invece, per i singoli edifici.

Il provvedimento è, dunque, illegittimo, stante l'incompletezza della comunicazione resa ai sensi dell'art. 10 bis della l. n. 241/1990.

21. Gli ulteriori motivi di ricorso possono essere assorbiti.

22. Si passa ora all'esame delle domande di risarcimento dei danni.

23. Con il ricorso principale, la ricorrente chiede il ristoro dei danni subiti per effetto del ritardo nel rilascio del permesso di costruire avente ad oggetto la realizzazione delle opere di urbanizzazione ed altresì il danno all'immagine della società, causato dall'avvio del procedimento di annullamento in autotutela del p.i.i.

Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente chiede il risarcimento dei danni causati dall'avvio di un procedimento di annullamento d'ufficio al di là di ogni ragionevole termine, dalla prospettazione di uno sbocco provvedimento illogico, oltre che dall'illegittimo protrarsi del procedimento.

Con il terzo ricorso per motivi aggiunti, la ricorrente ribadisce la domanda risarcitoria, per sviamento della clientela, anche alla luce del diniego di permesso di costruire avente ad oggetto la realizzazione della scuola materna.

24. Per quanto concerne, in particolare, il danno da ritardo nel rilascio del titolo edilizio avente ad oggetto le opere di urbanizzazione, la ricorrente lamenta che l'impossibilità di realizzare tali opere avrebbe comportato una riduzione dei contatti, degli appuntamenti con i possibili acquirenti, delle proposte e dei contratti

preliminari stipulati.

Nella relazione peritale depositata in giudizio dalla ricorrente, invece, al ritardo nel rilascio del permesso di costruire viene ricollegato un ritardo, stimabile in 4 mesi, nelle consegne di 40 appartamenti.

La domanda è infondata.

La condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno presuppone che il ricorrente, il quale assuma di avere subito un pregiudizio, dimostri, secondo gli ordinari criteri di distribuzione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c., la sussistenza di tutti i presupposti della responsabilità aquiliana, ai sensi dell'art. 2043 c.c., compreso il nesso di causalità tra la condotta dell'amministrazione e il danno lamentato.

Nel caso di specie, la ricorrente non ha provato la sussistenza di un nesso causale tra la riduzione di contatti, di appuntamenti e di contratti stipulati ed il ritardo nel rilascio del permesso di costruire avente ad oggetto la realizzazione delle opere di urbanizzazione, limitandosi a delle allegazioni del tutto generiche, prive di concreti elementi di riscontro.

Quanto al ritardo nella consegna degli appartamenti, difetta, oltre alla

prova, in concreto, del nesso causale, anche la prova del ritardo stesso.

25. Per quanto concerne i danni legati all'avvio ed alla pendenza del procedimento di annullamento d'ufficio del p.i.i., la ricorrente chiede il ristoro delle seguenti voci:

- costi relativi alla ristrutturazione del finanziamento;
- costi per assistenza legale e tecnica;
- ritardi nell'attività di commercializzazione e vendita delle unità immobiliari;
- ritardo nel pagamento dei fornitori;
- effetto depressivo delle quotazioni di mercato e minor prezzo di vendita delle unità immobiliari;
- andamento delle vendite inferiore alle previsioni;
- danno all'immagine della società;
- danno da perdita di chance per la ritardata realizzazione del business ed il mancato reinvestimento dei profitti in altre vantaggiose operazioni.

La domanda è infondata.

Ad avviso del Collegio è da ritenersi astrattamente configurabile un

danno da ritardo nella conclusione di un procedimento, anche ove quest'ultimo abbia ad oggetto un provvedimento sfavorevole per il privato.

Anche in tale fattispecie, può, invero, sussistere un interesse della parte coinvolta a che il procedimento si concluda nei termini previsti, di modo che sia posto fine ad una situazione di incertezza che potrebbe essere fonte di danno.

Potrebbero, così, ad esempio, essere risarcite le spese che il privato avrebbe evitato di sostenere se l'amministrazione non avesse illegittimamente protratto il procedimento.

Tuttavia, nel caso di specie, i danni di cui la ricorrente chiede il ristoro non sono danni causalmente riconducibili al ritardo nella conclusione del procedimento di annullamento d'ufficio del p.i.i, e dei titoli edilizi rilasciati.

Si tratta, piuttosto, di danni legati all'apertura, in sé, del procedimento se non di danni derivanti da un ipotetico, illegittimo provvedimento di annullamento in autotutela.

Tali danni non possono essere risarciti.

L'avvio del procedimento di annullamento in autotutela non può di

per sé essere fonte di un danno ingiusto da provvedimento illegittimo, come, invece, prospetta il ricorrente.

L'apertura di un procedimento di autotutela è, invero, una facoltà che legittimamente compete all'amministrazione e che si concreta in un mero atto endoprocedimentale, di per sé privo di ogni lesività.

Né si può ammettere un anticipato ristoro dei danni derivanti da un illegittimo provvedimento di annullamento in autotutela in un momento in cui un tale provvedimento non è ancora stato adottato.

26. Quanto alla domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla illegittimità del diniego del permesso di costruire avente ad oggetto la realizzazione della scuola materna, essa non potrà essere valutata se non all'esito del nuovo esercizio del potere, stante l'annullamento del provvedimento impugnato per un vizio che non esclude e anzi consente il riesercizio del potere.

Se l'atto negativo dovesse essere reiterato, il nuovo sopravvenuto atto negativo escluderebbe la sussistenza del danno risarcibile, derivante dal primo provvedimento, se non eventualmente, ove ritenuto ammissibile, come danno da ritardo di provvedimento comunque negativo (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 467).

27. Per le ragioni esposte il ricorso è in parte improcedibile, in parte inammissibile, in parte infondato ed in parte fondato.

28. La Sviluppo Edilizio s.r.l., la San Giuseppe Società Cooperativa Edilizia e la Cooperativa Edilizia Dante hanno proposto intervento ad adiuvandum.

Con tale atto e con la successiva memoria depositata nel corso del giudizio, le tre società hanno chiesto, oltre all'annullamento degli atti impugnati, il risarcimento dei danni dalle stesse subiti.

Per costante giurisprudenza è inammissibile l'intervento ad adiuvandum spiegato da un soggetto ex se legittimato a proporre il ricorso in via principale, in quanto in tale ipotesi l'interveniente non fa valere, come è tipico per l'istituto dell'intervento, un interesse di mero fatto, bensì un interesse personale all'impugnazione dell'atto gravato in via principale, immediatamente lesivo della sua posizione giuridica e, come tale, direttamente impugnabile nei prescritti termini di decadenza.

Tuttavia, poiché l'atto di intervento è stato notificato alle altre parti e depositato nei termini di legge, va convertito in ricorso autonomo (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 27 maggio 2002 , n. 2928).

29. La domanda risarcimento dei danni legati al ritardo nel rilascio del permesso di costruire avente ad oggetto la realizzazione delle opere di urbanizzazione e per l'avvio del procedimento di annullamento in autotutela, proposta con l'atto di intervento, è infondata per le medesime ragioni già affermate con riferimento al ricorso proposto dalla First Atlantic Real Estate s.g.r. s.p.a.

30. L'ulteriore domanda risarcitoria formulata con la memoria depositata in data 9.1.2012 – come prospettato alla parte nel corso dell'udienza ai sensi dell'art. 73, c. 3, cod.proc.amm. – è invece inammissibile, essendo stata formulata con memoria non notificata (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5445).

31. Le domande risarcitorie proposte dalle società Sviluppo Edilizio s.r.l., San Giuseppe Società Cooperativa Edilizia e Cooperativa Edilizia Dante sono, pertanto, in parte infondate ed in parte inammissibili.

32. In considerazione dell'esito della controversia le spese di causa possono essere compensate tra le parti.

33. Si dispone la trasmissione della sentenza alla segreteria ai fini della verifica dell'adempimento degli oneri fiscali con riferimento all'atto proposto dalle società Sviluppo Edilizio s.r.l., San Giuseppe Società

Cooperativa Edilizia e Cooperativa Edilizia Dante, convertito in ricorso autonomo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo dichiara in parte improcedibile ed in parte inammissibile, come chiarito in motivazione;
- accoglie la domanda di accertamento della violazione dell'obbligo di conclusione del procedimento amministrativo avviato in data 8.2.2011 e per l'effetto ordina al Comune di Peschiera Borromeo di concludere con un provvedimento espresso e motivato il procedimento di annullamento in autotutela avviato con la comunicazione datata 8.2.2011, entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza;
- accoglie la domanda di annullamento del provvedimento prot. n. 27235 del 10.10.2011 con cui il Comune di Peschiera Borromeo ha rigettato l'istanza di rilascio del permesso di costruire per la scuola materna e per l'effetto annulla l'atto impugnato.

- respinge le domande di risarcimento dei danni.

Converte in ricorso autonomo l'intervento ad adiuvandum proposto dalle società Sviluppo Edilizio s.r.l., San Giuseppe Società Cooperativa Edilizia e Cooperativa Edilizia Dante.

In parte respinge ed in parte dichiara inammissibili le domande risarcitorie con esso proposte.

Spese compensate.

Dispone la trasmissione della sentenza alla segreteria per la verifica dell'adempimento degli oneri fiscali.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Giovanni Zucchini, Primo Referendario

Silvia Cattaneo, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)