

Publicato il 16/08/2024

N. 07151/2024REG.PROV.COLL.
N. 07844/2023 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7844 del 2023, proposto dal Comune di Milano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Lepore, Antonello Mandarano, Donatella Silvia, Anna Tavano, Enrico Barbagiovanni, Sara Francesca Simone e Gloria Centineo Cavarretta Mazzoleni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Lepore in Roma, via Polibio, n. 15;

contro

Cravattificio Zadi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Serena Patrisso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 1450/2023;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Cravattificio Zadi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2024 il Cons. Daniela Di Carlo e uditi per le parti l'avvocato Maria Romana Ciliutti per delega scritta dell'avvocato Giuseppe Lepore, e l'avvocato Serena Patrisso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Milano ha appellato la sentenza con cui il Tar della Lombardia, sede di Milano, Sezione Prima ha accolto il ricorso proposto dall'odierno appellato Cravattificio Zadi per l'annullamento della nota datata 21 ottobre 2020, prot. n. 411993/20, nella parte in cui veniva denegato il riconoscimento alla corresponsione della indennità di avviamento a seguito del mancato rinnovo, in capo al Cravattificio, della concessione d'uso dei locali di proprietà comunale siti in via Pellico n. 8, presso la Galleria Vittorio Emanuele II.

2. Più in particolare, il ricorso di primo grado deduceva l'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione comunale di Milano per violazione della sua precedente deliberazione di Giunta n. 1246 del 26 luglio 2019, posto che non risponderebbe al vero che la deliberazione in questione escluderebbe il riconoscimento alla corresponsione della indennità di avviamento ai concessionari uscenti. Più nel dettaglio, si sosteneva che la predetta deliberazione disciplinerebbe soltanto i futuri rapporti concessori con l'Amministrazione, non trovando quindi applicazione in relazione ai rapporti passati già instaurati.

Con il secondo motivo, proposto in via subordinata nel caso in cui si ritenga che la citata deliberazione escluda il riconoscimento della indennità anche per le concessioni scadute, si denunciava la asserita illegittima disapplicazione, in via unilaterale, della previsione contenuta nell'art. 3, comma 5, della convenzione stipulata in data 26 maggio 2008 per violazione del legittimo

affidamento riposto dalla ricorrente sul rispetto della predetta clausola. Si sosteneva, in particolare, che la deliberazione n. 1246/2019 non rappresentava un atto di annullamento d'ufficio della deliberazione giuntale n. 2715/2007, sulla cui base è stata poi stipulata la convenzione del 2008, posto che la stessa è stata adottata decorso un considerevole lasso di tempo.

Con il terzo motivo si denunciava, infine, la contraddittorietà degli atti impugnati rispetto alle convenzioni sottoscritte negli ultimi anni dal Comune con gli esercizi storici che hanno ottenuto il rinnovo, senza gara, dei locali siti nella Galleria Vittorio Emanuele II.

3. Il Tar adito ha accolto i primi due motivi di ricorso, assorbendo l'esame del terzo, e ha annullato gli atti impugnati, facendo salvo il ri-esercizio del potere amministrativo emendato dai vizi di illegittimità accertati, tuttavia compensando le spese di lite.

4. Nell'appellare la sentenza, il Comune di Milano ha anzitutto dedotto la erronea valutazione e interpretazione ad opera del primo giudice del contenuto delle proprie comunicazioni adottate in data 4 agosto 2020 e in data 21 ottobre 2020, anche alla luce dei principi comunitari in materia di concorrenza e parità di trattamento tra gli operatori economici.

In particolare, la sentenza si paleserebbe illegittima nella parte in cui ha affermato che *«i provvedimenti gravati non danno evidenza delle ragioni del diniego dell'istanza e il richiamo che la nota del 21.10.2020 fa alla precedente nota del 4 agosto è di stile e in quanto tale non apporta alcuna utilità al fine di comprendere le ragioni del diniego. La nota del 4.8.2020 si esprime infatti soltanto sull'istanza di rinnovo del 21.3.2019 (respingendola), senza pronunciarsi sull'indennità, né poteva essere diversamente poiché l'istanza sull'indennità della ricorrente è stata successivamente prodotta (16.10.2020)»* (primo motivo di appello).

Inoltre, il primo giudice avrebbe travisato i fatti, giungendo così ad una non corretta interpretazione e applicazione dei principi comunitari in materia di disapplicazione delle norme e degli atti, anche amministrativi, contrari al diritto europeo. In particolare, la sentenza sarebbe illegittima nella parte in cui

ha affermato che *«Le due note del 2020 sono quindi illegittime poiché incidono, senza spiegazione, sulla disciplina economica del pregresso rapporto concessorio che, sebbene sia cessato con riferimento all'uso dell'immobile, continua ad avere in relazione al profilo (economico) qui in contestazione efficacia ultrattiva regolando la volontà negoziale delle parti espressa in un 11 \EB atto di natura pattizia (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 7.1.2022, n. 63, richiamato dal ricorrente, che ha riformato la sentenza n. 2594/2020 proprio in relazione all'assunto secondo cui la clausola sulla "corresponsione dell'equo indennizzo" era stata ritenuta incompatibile con la "logica paritaria" dell'evidenza pubblica)»* (secondo motivo di appello).

Infine, il primo giudice non avrebbe tenuto in considerazione il fatto che, in ogni caso, non sussiste il diritto del concessionario alla corresponsione della indennità per la semplice ragione che il rapporto concessorio è giunto alla sua scadenza in data 25 maggio 2020. Anche nella prospettiva privatistica, quindi, seppure impropriamente accolta dal Tar adito, il ricorso di primo grado avrebbe dovuto essere respinto (terzo motivo di appello).

5. Il Cravattificio Zadi ha contestato partitamente le avverse censure, anche eccedendone in via preliminare la inammissibilità per genericità, e ha poi espressamente riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. il terzo motivo di ricorso, assorbito in primo grado, con cui si era dedotta la contraddittorietà dei provvedimenti impugnati rispetto alle convenzioni stipulate negli ultimi anni dal Comune con gli esercizi storici che hanno ottenuto il rinnovo senza gara; la violazione dei principi di ragionevolezza e logicità; la violazione dell'art. 3, legge n. 241/1990; oltre all'eccesso di potere per vizio di motivazione e per disparità di trattamento rispetto agli esercenti storici che hanno ottenuto il rinnovo senza gara negli ultimi anni.

Più nel dettaglio, la difesa dell'originario ricorrente ha molto insistito sul fatto che, a suo avviso, il caso già deciso dalla Sezione V di questo Consiglio di Stato con la sentenza n. 63/2022 sarebbe identico a quello oggetto del presente contenzioso, con conseguente doverosa applicazione del principio di diritto ivi applicato, che in quel caso ha portato all'accoglimento dell'appello

proposto dal concessionario e quindi, in riforma della sentenza appellata, all'accoglimento in parte qua del ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento comunale impugnato nella parte in cui aveva denegato il riconoscimento alla indennità.

6. Le parti hanno ulteriormente insistito sulle rispettive tesi difensive mediante il deposito di documenti, memorie integrative e memorie di replica.

7. Alla udienza pubblica del 16 luglio 2024, la causa è passata in decisione previa discussione delle parti.

8. **L'appello è fondato.**

9. Innanzitutto, vanno respinte le eccezioni di inammissibilità dell'appello per genericità delle censure proposte, avendo il Comune appellante adeguatamente sottoposto a critica tutti i passaggi logici in cui si è articolato il ragionamento seguito dal primo giudice.

10. Nel merito, il primo motivo di appello va accolto alla luce delle seguenti considerazioni.

Trattandosi di concessione di bene pubblico giunta alla sua naturale scadenza, non può condividersi la parte della motivazione in cui il Tar adito ha affermato che *“Occorre considerare come l'assunto, posto a fondamento della sentenza appellata, della inapplicabilità di due clausole della convenzione, ed in particolare di quella contemplante la corresponsione dell'equo indennizzo, in quanto ritenuta incompatibile con la “logica paritaria” dell'evidenza pubblica (permeata anche dal rispetto del principio di concorrenzialità), e di quella prevedente il pagamento del canone concessorio sino alla restituzione dell'immobile, in quanto postulante l'ultrattività della concessione anche dopo la sua formale scadenza, appare, oltre che poco rispettoso della volontà delle parti espressa in un atto di natura pattizia, e difficilmente sostenibile sul piano ermeneutico, intrinsecamente contraddittorio, in quanto nel primo caso trova il proprio fondamento di razionalità nell'applicazione di una regola pubblicistica e nel secondo caso di una regola principalmente privatistica, posto che nel diritto pubblico il rapporto concessorio può (e talora deve) mantenersi fino al subentro del nuovo concessionario.”*.

Sulla base degli atti processuali e dei documenti allegati deve infatti ritenersi che la nota del Comune di Milano datata 4 agosto 2020 non si sia espressa solamente sull'istanza di rinnovo, posto che nell'ultima parte si è affermato espressamente che *“come previsto dalla deliberazione n. 1246/19, non sarà riconosciuta alcuna indennità di avviamento”*, richiamando così, in maniera esplicita, le linee di indirizzo approvate dalla deliberazione di G.C. n. 1246/2019 per le concessioni d'uso in scadenza delle unità immobiliari site nel complesso della Galleria Vittorio Emanuele II e in altri complessi di pregio.

In particolare, in detta deliberazione si è dato conto delle ragioni di interesse pubblico che hanno condotto l'Amministrazione comunale di Milano ad applicare il principio generale secondo cui *le assegnazioni in concessione di beni immobili comunali di pregio per l'esercizio di attività commerciali devono avvenire a mezzo di procedure ad evidenza pubblica, configurando il rinnovo delle concessioni medesime come eccezionale e, comunque sia, possibile solo in presenza di superiori interessi pubblici, tra cui la salvaguardia della storicità del locale e del suo valore identitario nell'ambito del contesto storico di riferimento.*

Più nel dettaglio, nella parte finale della deliberazione si è precisato che *«Nelle attuali concessioni – facendo seguito alla Deliberazione di G.C. 2715 del 16/11/2007 – è prevista nei casi di cessazione del rapporto concessorio che non sia dovuta a risoluzione per inadempimento o disdetta o recesso del concessionario che verrà riconosciuta al concessionario per le attività commerciali e artigianali o di interesse turistico, una indennità pari a 12 mensilità dell'ultimo canone corrisposto (per le attività alberghiere un'indennità pari a 15 mensilità). Verificato, che tale fattispecie non è prevedibile per le concessioni d'uso, si ritiene non vi siano più le premesse per poter prevedere la corresponsione dell'indennità di avviamento e pertanto si ritiene di modificare gli indirizzi previsti in tal senso dalla Deliberazione di G.C. sopraccitata eliminando la previsione del pagamento dell'avviamento commerciale sia nel caso di rinnovo che nel caso di nuovi contratti concessori».*

Occorre quindi concludere che, contrariamente a quanto statuito dal Tar adito, *la nota dell'Area Patrimonio Immobiliare del 4 agosto 2020, proprio*

attraverso il rinvio alle motivazioni della deliberazione di G.C. n. 1246/2019, abbia legittimamente reso note all'odierno appellato le ragioni di interesse pubblico che precludevano il riconoscimento della richiesta indennità di avviamento, non incorrendo in alcun difetto istruttorio o di motivazione e anzi ponendosi del tutto in linea con i principi comunitari e le pronunce giurisprudenziali finora susseguitesesi in materia di concessioni di beni pubblici.

11. Anche il secondo motivo di appello è fondato.

L'immobile in relazione al quale era stata rilasciata la concessione d'uso, oggi scaduta, fa parte del complesso immobiliare denominato Galleria Vittorio Emanuele II, che rappresenta un bene monumentale di "interesse storico artistico ed architettonico".

La qualificazione dell'atto in termini di concessione amministrativa di bene pubblico comporta l'applicabilità delle norme e dei principi privatistici in materia di contratto di locazione per uso commerciale di cui alla legge n. 392/1978 nei limiti della compatibilità, alla luce dei principi ritraibili dal diritto europeo dell'evidenza pubblica e della concorrenza.

Nel caso all'esame, non sussistono ragioni per discostarsi dal precedente specifico deciso da questa Sezione con la sentenza n. 10314/2023.

Diversamente dalla odierna controversia, in quel caso era accaduto che il Tar adito avesse respinto il ricorso di primo grado e che questa Sezione ne avesse confermato la decisione, respingendo l'appello del privato concessionario.

Il principio di diritto sulla cui base è stata decisa la controversia è tuttavia il medesimo, essendo le fattispecie sovrapponibili in fatto.

In particolare, detto principio si incentra sulla considerazione che l'accoglimento della domanda di riconoscimento dell'equo indennizzo presuppone l'applicazione del principio eurounitario secondo cui la scelta del concessionario deve sempre avvenire mediante l'espletamento di procedure di evidenza pubblica, nonché su quella secondo cui detto principio verrebbe surrettiziamente eluso ove si consentisse alle parti di stipulare clausole convenzionali accessive al titolo concessorio che prevedano il diritto del

concessionario alla corresponsione di un equo indennizzo, in via alternativa o sostitutiva rispetto al mancato rinnovo o alla rinuncia ad esso, anche nei casi, come quello che qui ricorre, in cui il rinnovo non spetterebbe.

Inoltre, il medesimo principio è stato fatto oggetto di applicazione da parte di questo Consiglio di Stato anche in sentenze precedenti, le quali pure, anch'esse, vanno richiamate quali precedenti specifici e conformi ai sensi degli artt. 74, comma 1 e 88, comma 2, lett. d), c.p.a. (si tratta, in particolare, delle sentenze nn. 7339 e 7340 del 2021).

In detti pronunciamenti il Consiglio di Stato ha chiaramente affermato il principio di diritto secondo cui “*Le clausole convenzionali contrastanti con i principi euro-unitari non possono dunque giustificare l'esistenza del diritto al rinnovo della concessione a condizioni economiche prestabilite né tantomeno del diritto alternativo alla corresponsione di un'indennità sostitutiva in caso di rinuncia al rinnovo, il quale logicamente presuppone la sussistenza del diritto al rinnovo*”, nel solco del consolidato indirizzo esegetico secondo cui i principi euro-unitari si impongono al rispetto degli Stati membri pure nel caso, che qui ricorre, in cui la clausola di riconoscimento dell'equo indennizzo in caso di rinuncia al rinnovo sia stata stipulata in epoca antecedente all'adozione della deliberazione con la quale il Comune ha deciso di adeguare le concessioni demaniali in essere ai detti principi.

Anche in questo caso, quindi, deve ritenersi che non sussista alcuna situazione di legittimo affidamento tutelabile in capo al concessionario in ordine alla corresponsione del detto indennizzo in mancanza del necessario presupposto della legittimità del rinnovo.

Altrimenti opinando, ove cioè si riconoscesse il diritto del concessionario alla detta spettanza, l'applicazione della clausola si risolverebbe in una surrettizia elusione delle regole di evidenza pubblica che presiedono alla scelta del concessionario, finendo con l'attribuirgli una provvidenza economica che certamente non gli sarebbe spettata sulla base della disciplina pubblicistica del rinnovo dei contratti.

12. Pure fondato è il terzo motivo di appello, sul rilievo che l'indennità prevista dall'art. 3 della convenzione stipulata dalla parti va tenuta distinta dalla indennità di avviamento commerciale, eminentemente privatistica, disciplinata dall'art. 34 della legge n. 392/1978, la quale non può essere intesa nel senso, auspicato dal concessionario scaduto, di ottenere il diritto al rinnovo delle concessioni affidate senza gara, ovvero il diritto, ad esso alternativo, alla corresponsione di un'indennità in caso di mancato rinnovo.

13. È invece infondato il terzo motivo di ricorso originario riproposto dall'odierno appellato, sia alla luce delle considerazioni già svolte circa il primato dei principi europei di concorrenza e di evidenza pubblica e di insussistenza di una situazione di legittimo affidamento in capo al concessionario scaduto, alle quali quindi per economia dei mezzi processuali espressamente ci si riporta, sia in considerazione del contenuto della sentenza n. 63/2022 della Sezione V di questo Consiglio di Stato n. 63/2022, sulla quale in ultimo le parti hanno particolarmente dibattuto, sia negli atti processuali, sia in sede di discussione orale.

Va infatti escluso che detta sentenza rappresenti un precedente specifico e conforme ai sensi dei succitati artt. 74, comma 1 e 88, comma 2, lett. d) c.p.a., suscettibile di trovare applicazione nel caso all'esame, non riguardando affatto un ricorso avente ad oggetto il riconoscimento della indennità pari a dodici mensilità di canone in caso di cessazione del rapporto concessorio, ai sensi dell'art. 3, comma 5, della convenzione.

La sentenza n. 63/2022 ha riguardato piuttosto la controversia avente ad oggetto la pretesa, avanzata in quel caso dal Comune di Milano, di ottenere dal concessionario scaduto il pagamento di una indennità di occupazione di importo maggiore al canone pattuito. La motivazione di accoglimento, in quel caso favorevole al privato, si è difatti incentrata sul ragionamento che *“Peraltro, a stemperare i dubbi di compatibilità sistemica che riguardano, in definitiva, l'ontologica differenza tra la concessione e la locazione commerciale, va evidenziato che l'appellante in questa sede non ha chiesto l'indennità di avviamento (o equo indennizzo, secondo la*

locuzione fatta propria dalla convenzione), ma piuttosto evidenziato una relazione biunivoca tra detta indennità di avviamento e il rilascio dell'immobile, con la conseguenza che sino al pagamento dell'indennità di avviamento non può essere richiesta un'indennità di occupazione di importo maggiore al canone pattuito.”.

14. In definitiva, alla luce delle considerazioni illustrate, l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado, ivi compreso il terzo motivo assorbito e qui riproposto.

15. Sussistono giustificati motivi per compensare le spese del doppio grado, attesa la complessità delle questioni esaminate e la molteplicità e diversità contenutistica delle sentenze rese in materia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge tutti i motivi di ricorso di primo grado, ivi compreso il terzo, assorbito, qui riproposto.

Compensa le spese del doppio grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Daniela Di Carlo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

L'ESTENSORE
Daniela Di Carlo

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO