

Pubblicato il 08/04/2019

N. 02280/2019REG.PROV.COLL.

N. 07683/2018 REG.RIC.



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7683 del 2018,
proposto da

Giulia 39 s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Ippoliti e Giancarlo Mancini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Paraguay, 5;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosalda Rocchi, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura capitolina in Roma, via del Tempio di Giove, 21;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II TER n. 02147/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Roma Capitale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Franco Carlini, in dichiarata delega dell'avvocato Mancini, nonché Ludovico Petrarca, in dichiarata delega dell'avvocato Rocchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A seguito di un sopralluogo della Polizia municipale in data 28 novembre 2016 presso i locali della società Giulia 39 s.r.l., svolgente attività di laboratorio di gastronomia calda e fredda e vendita al dettaglio in Roma, via Urbana n. 126-127, veniva redatto verbale di accertamento prot. n. 299751 del 4 dicembre 2016 nel quale si rilevava che la sala ubicata all'ingresso era arredata con *“n. 6 piani di appoggio laterali e n. 1 piano piano di appoggio centrale con accostati 22 sgabelli, occupando l'intera sala adiacente il laboratorio”*. Poiché tale arredo veniva considerato coincidente con le attrezzature tipiche della somministrazione ai fini del consumo dei pasti da parte degli avventori, l'attività ivi svolta veniva considerata come di “somministrazione” e, dunque, priva di titolo (in quanto l'esercizio risultava attivato per laboratorio di gastronomia e non per somministrazione).

Avviato il procedimento di cessazione dell'attività di somministrazione abusivamente intrapresa con nota prot. CA/37956/2017 – notificata il 13 marzo 2017 – nell'ambito del quale la ricorrente presentava osservazioni (del 22 marzo 2017, prot. CA/2017/0050652), all'esito di un ulteriore accertamento della polizia municipale veniva adottata la determinazione dirigenziale prot. CA/192007/2017 del 3 novembre 2017, con la quale si ordinava alla Giulia 39 s.r.l. la cessazione dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande abusivamente intrapresa,

attenendosi al titolo posseduto (laboratorio di gastronomia calda e fredda) entro 15 giorni dalla data di notifica.

Avverso tale provvedimento la società titolare del locale proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, deducendo i seguenti motivi di censura:

- 1) *Violazione falsa ed errata interpretazione ed applicazione dell'art. 7 comma 3 del d.lgs. n. 114/98 (ora art. 3 comma 1 lett. f-bis), dell'art. 4 comma 2 bis del d.l. n. 223/2006 conv. con modifiche nella l. n. 248/96.*
- 2) *Eccesso di potere per difetto di motivazione; contraddittorietà.*
- 3) *Eccesso di potere per mancanza di presupposti e illogicità manifesta.*

Costituitasi in giudizio, Roma Capitale chiedeva la reiezione del gravame, siccome infondato. Precisava, in particolare, che a seguito delle osservazioni presentate della ricorrente il Comando di Polizia municipale aveva svolto un'ulteriore verifica, documentata con supporto fotografico, all'esito del quale avrebbe trovato conferma quanto già accertato nel precedente verbale (nota prot. CA/2017/151074).

Con sentenza 27 febbraio 2018, n. 2147, il giudice adito respingeva il ricorso, sul presupposto che il concreto assetto dei luoghi consentisse di desumere la possibilità che ivi si effettuasse servizio ai tavoli (nella specie, *“la disposizione delle sedute e la condizione di apparecchiatura dei tavoli lascia evincere, secondo comune esperienza, che l'organizzazione del servizio nel locale è finalizzato alla somministrazione e non si pone in rapporto di strumentalità solo eventuale al mero consumo sul posto”*).

Avverso tale decisione la Giulia 39 s.r.l. interponeva appello, articolato nei seguenti profili di gravame:

- 1) *Fatto sopravvenuto: entrata in vigore del nuovo regolamento capitolino del commercio che consente l'uso di arredi del tipo di quelli di cui si avvale l'appellante ed in quelle modalità.*

- 2) *Omessa pronuncia ed erroneità: violazione e falsa applicazione dell'art. 3, primo comma lett. f-bis del d.l. 223/2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, illogicità, arbitrarietà, contraddittorietà.*
- 3) *Erroneità ed omessa pronuncia: violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del d.l. 1/12; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di motivazione, arbitrarietà ed illogicità.*
- 4) *Erroneità ed omessa pronuncia: violazione dell'art. 117, quarto comma della Costituzione; eccesso di potere per carenza di potere ed attribuzione, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, arbitrarietà, illogicità.*
- 5) *Omessa pronuncia: violazione del principio del legittimo affidamento; eccesso di potere per carenza di potere e di attribuzione, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, arbitrarietà, illogicità.*
- 6) *Erroneità della pronuncia: violazione degli artt. 19, terzo comma e 21 nonies della l. 241/90; eccesso di potere.*

Si costituiva in giudizio Roma Capitale, deducendo l'infondatezza dell'appello e chiedendo che fosse respinto.

Con ordinanza 25 ottobre 2018, n. 5203, la V Sezione del Consiglio di Stato accoglieva l'istanza cautelare proposta dall'appellante, ritenendo sussistere un rilevante profilo di *periculum in mora*.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza del 21 marzo 2019, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

Ad un complessivo esame delle risultanze di causa, il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame del primo motivo di appello, in quanto dichiaratamente proposto ai soli fini della tutela cautelare a suo tempo invocata, ma di per sé non determinante ai fini del giudizio di merito (riferendosi ad una normativa regolamentare sopravvenuta all'adozione del provvedimento impugnato con il

ricorso di primo grado, dunque non immediatamente rilevante ai fini della valutazione della legittimità di quest'ultimo).

Con il secondo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata per non aver considerato che le circolari ministeriali menzionate nel provvedimento originariamente impugnato non hanno, in quanto tali, efficacia cogente e vincolante, non trattandosi del resto di provvedimenti autonomamente impugnabili (o comunque opponibili); in ogni caso, le indicazioni ivi contenute sarebbero erranee, laddove impongono il divieto di collocare – presso gli esercizi di vicinato quale il laboratorio di gastronomia della società appellante – tavoli e sedute abbinabili, divieto non prescritto da alcuna norma o previsione regolamentare vigente.

Del resto, evidenzia l'appellante, la possibilità di consentire il consumo sul posto anche negli esercizi non supportati da licenza di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande è prevista e disciplinata dall'art. 3, comma 1, lettera f-*bis*) del d.l. 4 aprile 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, nella l. 4 agosto 2006, n. 248).

Il motivo è fondato.

L'art. 3 da ultimo richiamato, infatti, così dispone: “1. *Ai sensi delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dei servizi ed al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, lettere e) ed m), della Costituzione, le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande, sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni: [...]*

f-bis) il divieto o l'ottenimento di autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso l'esercizio di vicinato, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda con

l'esclusione del servizio assistito di somministrazione e con l'osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie”.

Solo per completezza va detto che l'art. 4, comma 2-*bis*, estende la possibilità di consumo sul posto anche ai panifici, con il rispetto dei medesimi requisiti; infine, il comma 8-*bis* dell'art. 4 del d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, consente di effettuare il servizio di somministrazione non assistita anche per gli avventori degli imprenditori agricoli, alle condizioni già espresse in precedenza.

Vale dunque il principio, di carattere generale, secondo cui negli esercizi di vicinato, allorché legittimati alla vendita dei prodotti appartenenti al settore merceologico alimentare, è ammesso il consumo sul posto di prodotti di gastronomia, purché in assenza del servizio “*assistito*” di somministrazione.

Tale espressa e specifica precisazione (ossia, la tipologia “assistita” del servizio) porta ad escludere che il legislatore si sia riferito *sic et simpliciter* alla fattispecie di cui all'art. 1 della l. 25 agosto 1991, n. 287, a mente del quale “*per somministrazione [genericamente intesa- ndr] si intende la vendita per il consumo sul posto, che comprende tutti i casi in cui gli acquirenti consumano i prodotti nei locali dell'esercizio o in una superficie aperta al pubblico, all'uopo attrezzati*”, dovendosi invece fare riferimento ad un elemento ulteriore, ossia la presenza di un vero e proprio servizio al tavolo – ulteriore e distinto rispetto alla vendita al banco dei prodotti alimentari – offerto dal gestore dell'attività.

Deve pertanto concludersi – alla luce della testuale previsione normativa – che in assenza di un vero e proprio servizio al tavolo da parte di personale impiegato nel locale, il mero consumo *in loco* del prodotto acquistato, sia pure servendosi materialmente di suppellettili ed arredi – anche dedicati – presenti nell'esercizio commerciale (ossia, *in primis*, tavoli e sedie, ma a rigore anche tovaglioli o stoviglie, la cui generale messa a disposizione per un uso autonomo e diretto di per sé non integra un servizio di assistenza al tavolo, ben potendo essere utilizzati anche dagli

acquirenti che decidano di non fermarsi nel locale), non comporta un superamento dei limiti di esercizio dell'attività di vicinato.

Del resto, l'art. 3, comma f-bis) del d.l. 4 aprile 2006, n. 223, sopra riportato, inequivocabilmente precisa che l'attività di vicinato può porsi in essere “*utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda*”, ossia innanzitutto – ed intuibilmente – tavoli e sedie, a prescindere dal fatto che queste siano collegate o meno ai primi. Non trova quindi fondamento normativo né logico la pretesa, tra l'altro, di precludere l'abbinamento tra arredi, sedie e tavoli, posto da alcune circolari e risoluzioni del Ministero dello sviluppo economico richiamate dall'appellante.

Sulla base di tali premesse, non può condividersi la conclusione cui giunge la sentenza appellata, secondo cui dagli atti di causa emergerebbe “*un contesto nel quale la disposizione delle sedute e la condizione di apparecchiatura dei tavoli lascia evincere, secondo comune esperienza, che l'organizzazione del servizio nel locale è finalizzato alla somministrazione e non si pone in rapporto di strumentalità solo eventuale al mero consumo sul posto*”. Ciò in ragione della “*disposizione degli arredi che costituisce un elemento fisico ed oggettivo caratteristico della somministrazione assistita (occupando l'intera superficie del locale in maniera ordinata); requisito qualificante (ben percepibile dal corredo fotografico) è che i piani di appoggio risultano tutti ordinatamente apparecchiati per il consumo dei pasti con stoviglie e sottopiatti, il che implica che l'avventore usufruisce di un sia pur minimo servizio preparato dal locale*”.

Dovrebbe quindi escludersi, secondo il primo giudice, che “*nel caso di specie, il locale eserciti solamente la vendita di gastronomia con possibilità di consumo sul posto, essendo presente una componente organizzativa ed aziendale tipicamente destinata alla somministrazione*”.

Invero – ferma restando, come già detto, l'irrilevanza degli “abbinamenti” tra tavoli e sedie – ritiene il Collegio che la mera presenza, sui primi, di stoviglie e sottopiatti (così come, in ipotesi, di tovaglie o altri accessori atti a preservare l'igiene e la pulizia degli arredi) non fornisca un univoco indice dell'attualità di un

servizio al tavolo ad opera del gestore del locale, presupposto ineludibile perché possa esorbitarsi dal contesto dell'esercizio di vicinato.

D'altro canto, la semplice disposizione degli arredi, di per sé neutra ai fini che qui rilevano, non può definirsi, in quanto tale e di per sé sola, una “*componente organizzativa ed aziendale tipicamente destinata alla somministrazione*”, riducendosi tale espressione, in mancanza di una precisa ed argomentata contestualizzazione, ad una mera petizione di principio.

Le considerazioni sopra esposte hanno poi trovato eco anche nella segnalazione S2605 del 27 ottobre 2016 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, resa nell'esercizio dei poteri ad essa conferiti dall'art. 21 della l. 10 ottobre 1990, n. 287, avente ad oggetto “*Distorsioni concorrenziali nel settore della vendita di alimenti e bevande con consumo sul posto*”: richiamate infatti alcune risoluzioni ministeriali presupposte dal provvedimento impugnato, la detta segnalazione evidenzia come “*esse incentrano l'elemento distintivo tra l'attività di somministrazione di alimenti e bevande (definita dall'art. 1, comma 1, della legge n. 287/91) e l'attività di vendita (di cui all'art. 3, comma 1, D.L. n. 223/2006) sulla modalità di consumo offerta, in termini di attrezzatura utilizzabile per consentire il consumo sul posto.*

Tale impostazione, che rievoca i termini impiegati dalla legge n. 287/1991 sulla somministrazione, appare idonea a limitare significativamente l'attività degli esercizi di vicinato non autorizzati alla somministrazione di alimenti e bevande, in assenza di giustificazioni obiettive. A ciò si aggiunga che, oltre a risultare non aderente alle nuove abitudini di consumo e suscettibile di limitare le possibilità di scelta dei consumatori, tale interpretazione crea un'indebita discriminazione fra i vari operatori del settore. Ne deriva un approccio che risulta in palese contrasto nel suo complesso con i principi posti dal legislatore”.

Invero, rileva l'Autorità garante, “*Le richiamate Risoluzioni non tengono [...] conto del fatto che già il D.L. n. 223/2006 aveva inteso superare o quantomeno coordinare con i principi di concorrenza tutte le attività di consumo sul posto di alimenti e bevande, individuando*

il discrimen tra l'attività di somministrazione e quella di vendita da parte degli esercizi di vicinato unicamente nella presenza o meno del servizio assistito. Esse, inoltre, non basano l'interpretazione offerta su quanto strettamente necessario a tutelare le esigenze di interesse generale tipizzate dal citato D.L. n. 201/2011, quali la «tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali» [...]”.

L'accoglimento del motivo di gravame concernente il merito della controversia, avendo carattere assorbente delle ulteriori censure dedotte dall'appellante, esonera il Collegio dal doversi altresì pronunciare su ciascuna di esse.

Conclusivamente, alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va accolto. La novità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto accogliendo, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso originariamente proposto dalla società Giulia 39 s.r.l.

Compensa integralmente tra le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Valerio Perotti

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO