

N. 00157/2009 REG.SEN.

N. 01415/2007 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1415 del 2007, proposto da:
Laricchia Vincenzo e Stea Maria, rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Silvio Dodaro, con domicilio eletto in Bari, via Imbriani, 26;

contro

il Comune di Capurso, rappresentato e difeso dall'avv. Franco Gagliardi La Gala, con domicilio eletto in Bari, via Abate Gimma, 94;
la Regione Puglia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento del Capo Settore Assetto del Territorio del Comune di Capurso, comunicato con nota del 21 giugno 2007, protocollo 13541, con il quale si sostiene che la proposta progettuale formulata dai ricorrenti in data 3 novembre 2005, a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 163 del 2006, sarebbe "attuabile esclusivamente con la procedura ad evidenza pubblica del promotore (project financing)";

di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti comunque lesivi ed in particolare, ove modificate, delle Norme Tecniche del PRG e del PPIP;

nonché per l'accertamento del diritto

dei ricorrenti ad essere risarciti per avere la Civica Amministrazione illegittimamente ritardato la realizzazione dell'intervento edilizio per cui è causa con conseguente condanna del Comune di Capurso a risarcire gli istanti, per le casuali di cui innanzi, della complessiva somma di euro 100.000,00 ovvero del maggiore o minore importo che sarà accertato in corso di causa;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Capurso;

Vista la propria ordinanza n. 1102 del 5 dicembre 2007;

Vista l'ordinanza Cons. Stato, sezione IV, n. 1286 dell'11 marzo 2008;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere Doris Durante;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2008, i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I ricorrenti, proprietari di un suolo edificatorio sito in Capurso alla via Montesanto angolo via Lenza, compreso in un piano particolareggiato che prevede insediamenti destinati a servizi pubblici o collettivi, con istanza del 3 novembre 2005, chiedevano al Comune di “poter esaminare preventivamente prima di inoltrare pratica per permesso di costruire...” il progetto relativo alla costruzione di un fabbricato adibito ad attività per servizi collettivi, costituito da piano seminterrato per depositi e parcheggio ambulanze, piano terra adibito a bar e sala ristorante e primo piano adibito a uffici consortili e sala congressi.

Il Capo Settore Assetto del Territorio, con nota del 21 giugno 2007, escludeva la possibilità di un intervento diretto, sostenendo che “in seguito all'entrata in vigore del d. lgs. 163/06 (Codice dei Contratti Pubblici), la realizzazione da parte dei privati di opere di urbanizzazione secondaria (...) è attuabile esclusivamente con la procedura ad evidenza pubblica del promotore (project financing)”, invitando, “per dar corso al precitato intervento edilizio”, a ripresentare l'istanza con le modalità e nei termini di cui al precitato d. lgs. 163 del 2006 in qualità di promotore del precitato project financing.

I ricorrenti deducono la illegittimità del provvedimento, di cui chiedono l'annullamento per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della l. 7 agosto 1990, n. 241 per omessa comunicazione di avvio del procedimento;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. 241 del 1990 per difetto di motivazione, non essendo state evidenziate le ragioni per cui dovrebbe essere utilizzata la speciale procedura del project financing;

3) violazione del limite che l'amministrazione si è autoimposto, nonché illegittima disapplicazione di atti amministrativi mai revocati o annullati; contraddittorietà, trattandosi di intervento del tutto conforme alle norme tecniche di attuazione;

4) violazione del principio del tempus regit actum; eccesso di potere per travisamento ed erronea rappresentazione; motivazione perplessa, insufficiente e contraddittoria; difetto di presupposto in relazione all'applicazione di una disciplina sopravvenuta;

5) violazione e falsa applicazione di legge, precisamente dell'art. 32 del d. lgv. 163 del 2006, in quanto la norma suddetta, diversamente da quanto sostiene il Comune, non è applicabile alla fattispecie de qua.

Chiedono, altresì, il risarcimento dei danni derivanti dall'illegittimo, grave e colpevole ritardo nella realizzazione dell'intervento edilizio.

Il Comune di Capurso, costituitosi in giudizio, ha chiesto il rigetto del ricorso, sostenendo la legittimità della sua decisione.

Il Tribunale ha respinto l'istanza cautelare con ordinanza n. 1102 del 5 dicembre 2007, confermata in appello con ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1286 dell'11 marzo 2008.

Le parti hanno depositato memorie con le quali hanno illustrato le rispettive tesi difensive ed alla pubblica udienza del 26 novembre 2008, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Le censure dedotte si riassumono in sostanza nella violazione e falsa applicazione dell'art. 32 del d. lgv. 163 del 2006 come modificato e integrato dal d. lgv. 113 del 2007.

Il Comune di Capurso sostiene, infatti, che un intervento edilizio per servizi collettivi debba essere assoggettato alla procedura di evidenza pubblica.

In particolare, la tesi del Comune, meglio illustrata dal suo difensore, è che il d. lgv. 113 del 2007 che ha integrato l'art. 32, comma 1, lett. g), nonché l'art. 122, comma 8 del d. lgv. 163 del 2006 avrebbero ricalibrato le regole per l'individuazione dei soggetti esecutori delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, imponendo: a) una procedura di gara secondo il quadro prefigurato dalla parte II del d. lgv. 163 del 2006, indetta ed effettuata dal privato titolare del permesso di costruire che viene ad essere assimilato ad una amministrazione aggiudicatrice; b) una procedura prevista dall'amministrazione che rilascia il titolo per costruire ove il soggetto privato richiedente assuma il ruolo di promotore e realizzi il progetto preliminare che pone a disposizione dell'amministrazione affinché possa effettuare la gara e aggiudicare i lavori.

L'esimente da tale procedura sarebbe consentita, ai sensi dell'art. 122, comma 8, per l'affidamento dei lavori a scomputo degli oneri di urbanizzazione primaria di valore inferiore alla soglia comunitaria, giammai per le opere di urbanizzazione secondaria.

Parte ricorrente contesta la fondatezza di tale interpretazione che – a suo dire - muove da una inesatta qualificazione giuridica della fattispecie.

Osserva il Collegio che l'art. 32, comma 1, lettera g) annovera tra i contratti soggetti alle regole dell'evidenza pubblica i "lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scom-

puto totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'art. 16, comma 2 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'art. 28, comma 5, l. 17 agosto 1942, n. 1150....”.

Va rammentato che secondo principi affermatasi in materia urbanistica nel settore delle lottizzazioni e successivamente trasfusi in norme di legge, il titolare del permesso di costruire è tenuto a corrispondere al Comune la quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione all'atto del rilascio del permesso di costruire; in alternativa, può realizzare direttamente le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale della quota dovuta (art. 2 del d.p.r. 380 del 2001 e art. 28, comma 5 della legge 1150 del 1942, come modificato e integrato dalla l. 765 del 1967).

La ratio delle disposizioni è quella di soddisfare l'esigenza primaria dell'amministrazione comunale di urbanizzare le aree di espansione contestualmente all'edificazione, sicché il privato agisce nell'interesse ed in luogo della pubblica amministrazione e le opere, seppure realizzate dal privato – con le modalità e le garanzie stabilite dal comune –, vengono acquisite al patrimonio indisponibile del comune.

Questo sistema della assunzione diretta delle urbanizzazioni da parte del privato a scomputo degli oneri è stato oggetto di rivisitazione del legislatore dopo la sentenza della Corte Europea del 12 luglio 2001, con la quale si è affermato il principio dell'affidamento mediante gara pubblica dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo quando il valore superi la soglia fissata dalla norma comunitaria.

Da ciò la previsione dell'art. 2, comma 5 della legge n. 109 del 1994 (c.d. legge Merloni), sostituita dall'art. 32, primo comma, lettera g) del d. lgv. 163 del 2006, di recente novellata dall'art. 2, comma 1, lett. f), d. lgv. n. 113 del 2007 che ha riportato nell'ambito dell'evidenza pubblica e delle sue regole la realizzazione delle opere pubbliche di urbanizzazione che, attraverso convenzioni accessive ai piani urbanistici attuativi di iniziativa privata, finivano con l'essere realizzate direttamente dal privato, con elusione delle regole dei contratti pubblici.

Nel caso in questione, tuttavia, non si discute di opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione ma di un intervento edilizio destinato a servizi collettivi da realizzarsi direttamente dal privato proprietario dell'area e che rimane nella proprietà del privato, che è tenuto solo a mantenerne la destinazione ad uso collettivo in conformità alle disposizioni del piano particolareggiato che disciplina l'area.

La fattispecie è, quindi, diversa da quella di cui al più volte citato art. 32, comma 1, lettera g) del d. lgv. 163 del 2006.

Obietta, invero, la difesa del Comune che l'art. 4 delle norme tecniche di attuazione del piano particolareggiato (insediamenti per servizi pubblici o collettivi) stabilisce che “l'approvazione del P.P. costituisce dichiarazione di pubblica utilità, urgenza e indifferibilità di tutte le opere in esso previste e, pertanto, le aree destinate a servizio degli insediamenti per attività produttive, e cioè quelle destinate a spazi pubblici o ad attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi, vengono espropriate o cedute volontariamente ed acquisite al patrimonio del Comune”.

Non considera, però, che la stessa disposizione prevede che la utilizzazione edilizia nell'ambito del suddetto piano, può essere anche di iniziativa privata, ove sia relativa – come nel caso - alla costruzione e gestione di uffici consortili, posto di pronto soccorso, uffici comunali, mensa e bar, officine e similari, previa stipula di una convenzione che disciplina impegni e oneri, onde assicurarne la destinazione a servizi collettivi.

Analoga previsione è contenuta nelle norme tecniche di attuazione in relazione alle aree di uso pubblico (art. 2.1); essa stabilisce in via generale che le aree per urbanizzazioni primarie e secondarie nelle zone di espansione sia residenziali che produttive devono essere cedute dai lottizzanti al Comune oppure acquisite dal Comune col piano particolareggiato.

Consente, però, che le opere di urbanizzazione secondaria possano essere di proprietà privata con il solo onere di regolamentare con convenzione e idonee garanzie l'uso, salva la facoltà del Comune, nel termine di 12 mesi dalla presentazione della istanza del privato, di realizzare direttamente l'opera acquisendone l'area.

Nel caso in questione, il Comune di Capurso non ha espropriato il suolo, né ha esercitato nei termini il diritto di realizzare direttamente l'opera di interesse collettivo, sicché rimane integra la facoltà del privato proprietario dell'area di realizzare direttamente l'infrastruttura sul proprio suolo, in conformità alle norme regolamentari del comune e, quindi con l'assunzione a mezzo convenzione dell'onere di garantirne la destinazione d'uso.

In conclusione, deve ritenersi che il caso in questione esuli dalla previsione dell'art. 32, comma 1, lett. g) del codice dei contratti pubblici, poiché non si tratta né della realizzazione di lavori pubblici, né della realizzazione di opere di urbanizzazione secondaria a scomputo degli oneri afferenti una licenza di costruzione, ma di esercizio dello ius aedificandi da parte del proprietario nel rispetto della destinazione ad uso collettivo dell'intervento edilizio.

Unico interesse da tutelare è quindi, quello della effettiva fruibilità dell'opera da parte della collettività che è garantita a mezzo le ordinarie forme della pubblicità dei vincoli di destinazione, nonché dalla convenzione accessiva al permesso di costruire che impegna le parti a rispettare e regolamentare l'uso in favore della collettività.

Quanto poi alla previsione della lettera d) dell'art. 32, comma 1 del codice dei contratti che assoggetta alle regole dell'evidenza pubblica i lavori affidati da soggetti privati relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, non può trovare applicazione, a tacer d'altro, in relazione al modesto importo dei lavori di cui si discute che non supera i 500.000,00 euro.

Va, quindi, accolta la domanda di annullamento dell'atto impugnato, in ragione di quanto esposto, assorbito ogni altro motivo.

Quanto alla domanda di risarcimento danni da ritardo nel rilascio dell'atto di assenso alla costruzione, deve osservarsi che gli interessati, con la istanza del 3 novembre 2005, non hanno richiesto il permesso di costruire, ma la valutazione del Comune sulle modalità di intervento edilizio nell'ambito del piano particolareggiato, sottoponendo la loro soluzione e riservandosi, ove fosse stata condivisa, di presentare il progetto esecutivo.

Vero che è decorso un notevole lasso di tempo tra la istanza e la risposta del Comune, ma gli interessati non hanno sollecitato l'amministrazione in alcun modo, né hanno adottato formale atto di costituzione in mora che evidenziasse il danno riveniente dal ritardo dell'amministrazione nella valutazione della loro istanza.

Non sussistono, quindi, i presupposti della domanda di risarcimento danni, che va respinta.

In conclusione, il ricorso va accolto quanto alla domanda di annullamento, per il resto va respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe indicato, accoglie la domanda impugnatoria e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato. Respinge la domanda di risarcimento danni.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Savio Picone, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/01/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO