

N. 00080/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01458/2009 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1458 del 2009, proposto da:
Comune di Gaggiano, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Ticozzi,
con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar Lombardia in Milano,
via Corridoni, 39;

contro

La Nuova Edilizia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Calvi, con
domicilio eletto presso il medesimo in Milano, viale Gran Sasso, 28;
Zurich Insurance Company S.A., rappresentata e difesa dall'avv. Paola
Giordano, con domicilio eletto presso la stessa in Milano, via Principe
Amedeo, 3;

per l'accertamento,

dell'inadempimento da parte della società La Nuova Edilizia Spa degli
obblighi discendenti dalla convenzione stipulata con il Comune di
Gaggiano nell'ambito del piano di recupero ad iniziativa privata in
località San Vito, nonché dell'inadempienza della Zurich Insurance

fideiussore obbligato in solido – per l'accertamento dell'inadempimento degli obblighi assunti dalla prima con la convenzione del 22.3.2000 per l'attuazione del piano di recupero in località San Vito Via Lodi, chiedendo la condanna delle società resistenti, in solido fra loro, al risarcimento del danno da inadempimento.

In particolare, secondo l'esponente, la Nuova Edilizia Spa non avrebbe correttamente realizzato un'opera di urbanizzazione primaria, cioè un tratto di rete fognaria.

Entrambe le società si costituivano in giudizio, concludendo per il rigetto del gravame.

Il difensore di Zurich Insurance SA (d'ora innanzi, per brevità, anche soltanto "Assicurazione"), tuttavia, si costituiva attraverso procura generale alle liti.

All'udienza pubblica del 3.11.2010, il Presidente evidenziava ai difensori presenti che, nel processo amministrativo, la procura generale alle liti non è ammessa, essendo consentita soltanto la procura speciale.

Il difensore dell'Assicurazione, a questo punto, chiedeva termine per la regolarizzazione e la causa, dopo la discussione, passava in decisione.

Con ordinanza collegiale n. 216/2010, il TAR, visto l'art. 182 del codice di procedura civile, assegnava all'Assicurazione termine per la costituzione in giudizio mediante procura speciale.

L'Assicurazione provvedeva in tal senso, costituendosi ritualmente in giudizio il 17.11.2010.

All'udienza pubblica del 16.12.2010, il Presidente evidenziava dapprima ai difensori delle parti intime talune questioni di inammissibilità delle domande riconvenzionali dalle stesse proposte.

Le parti discutevano la causa, che passava quindi in decisione.

DIRITTO

1. Con convenzione per l'attuazione di un piano di recupero di iniziativa privata in San Vito di Gaggiano via Marta Lodi zona B2R, sottoscritta il 22.3.2000, la società Nuova Edilizia Spa si obbligava, nei confronti del Comune di Gaggiano, ad eseguire una serie di opere di urbanizzazione primaria (cfr. art. 5 della convenzione, doc. 2 del ricorrente), fra cui l'estensione della fognatura, come meglio precisato nel progetto esecutivo.

Per la realizzazione di tali opere, era rilasciata dal Comune concessione edilizia gratuita, cui era allegato il progetto suindicato (cfr. doc. 5 del ricorrente).

Nel corso del collaudo, però, l'ing. Giovanni Ricci, collaudatore designato dal Comune, rilevava gravi vizi nell'impianto di smaltimento fognario, tali da impedire il regolare flusso delle acque, vizi che erano segnalati all'Amministrazione, che provvedeva a sua volta a contestarli tempestivamente e più volte alla Nuova Edilizia, affinché quest'ultima provvedesse alla loro rimozione (cfr. doc. 8 del ricorrente, vale a dire il rapporto del collaudatore del 5.10.2006 e le diffide del Comune del 9.10.2006, del 4.12.2006 e del 4.1.2007 ed anche il doc. 14 del ricorrente, cioè la diffida comunale del 14.2.2008).

Di fronte alla negligenza della società, la Giunta Comunale, con deliberazione n. 223 del 30.7.2007, approvava una serie di indirizzi agli uffici tecnici, affinché questi ultimi adottassero i provvedimenti finalizzati alla risoluzione delle problematiche emerse, realizzando le opere di ripristino, anche avvalendosi di professionisti esterni (cfr. doc. 10 del ricorrente).

A questo punto, l'Amministrazione incaricava l'ing. Carlo Paglietti di verificare la conformità delle opere di urbanizzazione al progetto originario e successivamente di redigere un progetto esecutivo per il

ripristino del tratto di roggia in frazione San Vito (cfr. docc. 10 e 11 del ricorrente).

La relazione tecnica dell'ing. Paglietti (cfr. doc. 12 del ricorrente), mette chiaramente in evidenza il grave inadempimento dell'impresa costruttrice, che nell'attuazione del progetto non ha realizzato il tronco di roggia ed il sifone indicato nelle tavole progettuali, con la conseguenza che per la mancanza del tratto di condotta, la canalizzazione della roggia è sottodimensionata, con conseguenti frequenti esondazioni (cfr. il citato doc. 12, pagg. 4 e 5).

La conclusione del tecnico incarico è pertanto quella che <<*L'opera non è stata realizzata conformemente al progetto*>>, il che comporta <<... *l'abbassamento della portata d'acqua ... e quindi una riduzione della sicurezza*>>, per cui l'opera è <<*non collaudabile*>> (cfr. ancora il citato doc. 12, pag. 5, punto 3).

Di fronte a tali conclusioni, l'Amministrazione, con deliberazione di Giunta n. 26/2008, approvava il progetto esecutivo per le opere di ripristino del tratto di roggia di cui è causa (cfr. doc. 13 del ricorrente), con successiva aggiudicazione dell'appalto per i lavori di ripristino a procedura negoziata mediante cottimo fiduciario (cfr. doc. 15 del ricorrente).

Tali lavori di ripristino erano regolarmente conclusi e successivamente collaudati con esito positivo (cfr. doc. 20 del ricorrente, vale a dire la relazione definitiva di collaudo del 4.12.2008 e la delibera di Giunta di approvazione della medesima, n. 41 del 23.2.2009).

Lo stato finale dei lavori di ripristino ed il relativo certificato di regolare esecuzione erano approvati con successiva delibera di Giunta n. 49 del 2.3.2009 (doc. 21 del ricorrente).

Ciò premesso, a fronte di tale chiaro quadro probatorio, risultante dai

documenti versati in atti dal ricorrente, la difesa della Nuova Edilizia non offre concrete prove di segno contrario, volte ad escludere quanto provato dal Comune, limitandosi in primo luogo ad affermare la responsabilità del progettista-direttore dei lavori della rete fognaria, vale a dire l'ing. Salvatore La Mattina, contro il quale è proposta domanda di chiamata in garanzia (sulla quale si veda il successivo punto 3 della presente narrativa in diritto).

Sul punto, preme al TAR ricordare la pacifica giurisprudenza secondo la quale, nella realizzazione di opere pubbliche, l'impresa esecutrice gode comunque di ampi margini di autonomia, per cui la propria responsabilità non viene certo meno per l'eventuale concorso del direttore dei lavori o del progettista (che semmai risponderanno in solido con il soggetto esecutore dell'opera, si veda Cassazione Civile, sez. I, 2.7.2010, n. 15784).

Di conseguenza, l'asserita responsabilità dell'ing. La Mattina non esclude quella della società resistente.

Nelle ulteriori difese (cfr. punto ii della memoria del 22.6.2010), la Nuova Edilizia ammette addirittura di non avere interamente realizzato le opere previste (sifone), ritenendole inutili.

Tale affermazione è peraltro contraddetta dallo stesso computo metrico estimativo depositato in giudizio dalla società intimata (cfr. doc. 2 della medesima), il quale dal n. 42 al n. 50 riporta costi e quantità di materiali relativi ai "TRATTI SIFONATI", in via M. Lodi, cioè la stessa via indicata nel Piano di Recupero.

A conferma ulteriore del carattere fallace dell'asserzione circa l'inutilità del sifone, si veda la relazione tecnica allegata alla concessione edilizia gratuita del 30.3.2000 (doc. 5 del ricorrente), nella quale è prevista la realizzazione di tre sifoni sulla roggia, addirittura qualificati come

“indispensabili” (cfr. le ultime tre pagine della citata relazione tecnica).

Anche le planimetrie allegate alla menzionata concessione edilizia (cfr. ancora doc. 5 del ricorrente), indicano chiaramente la presenza di sifoni.

A questo punto, la pretesa di Nuova Edilizia di ritenere inutile la presenza del sifone appare manifestamente infondata, non potendo certo ammettersi che l'esecutore di un'opera pubblica possa impunemente violare il progetto approvato dalla P.A. adducendo una non meglio precisata “inutilità” di parti del medesimo.

Ancora priva di pregio e facilmente smentita dagli atti di causa, è l'affermazione della società esecutrice secondo cui le opere da essa realizzate sarebbero state collaudate; risulta infatti dai documenti del giudizio (cfr. doc. 8 del ricorrente), che il collaudatore ing. Ricci rifiutò espressamente il collaudo delle opere viziate.

L'ultimo argomento difensivo di Nuova Edilizia (punto iii della sua memoria), riguarda le opere supplementari che furono eseguite dopo la perizia dell'ing. Paglietti per porre rimedio ai vizi derivanti dai lavori della società intimata.

Tale profilo sarà però trattato successivamente dallo scrivente Tribunale, essendo relativo alla quantificazione del danno e non alla prova dell'inadempimento della società.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, appare pertanto adeguatamente provato l'inadempimento contrattuale della società Nuova Edilizia, con conseguente condanna della medesima al risarcimento del danno a favore del Comune di Gaggiano, nella misura che sarà determinata da questo giudice.

Sono, di conseguenza, irrilevanti le ulteriori istanze istruttorie svolte dalle parti nei propri scritti difensivi, essendo la presente causa già matura per la decisione alla luce dei documenti depositati.

La condanna della società La Nuova Edilizia implica anche l'ulteriore condanna, in solido con essa, dell'Assicurazione evocata nel presente giudizio (oggi denominata Zurich Insurance PLC-Rappresentanza Generale per l'Italia), che ha rilasciato polizza fideiussoria (cfr. docc. 6 e 7 del ricorrente), a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni previste dalla convenzione di attuazione del piano di recupero di cui è causa.

2. In ordine alla quantificazione del credito del Comune, non ritiene questo TAR di condividere la misura di euro 56.383,18 indicata dal ricorrente nei propri scritti difensivi, reputandola eccessiva.

Infatti, l'esponente, nell'elencare compiutamente le voci di danno di cui è chiesto il risarcimento, ha indicato anche la somma di euro 13.653,95, risultante dalla perizia di variante di cui alla deliberazione di Giunta Comunale n. 255 del 27.10.2008 (cfr. doc. 17 del ricorrente).

Tuttavia, l'esame della deliberazione succitata porta alla conclusione che le opere supplementari, per le quali l'Amministrazione comunale ha avviato il procedimento di variante, non sono direttamente imputabili all'inadempimento della Nuova Edilizia, bensì sono il risultato di problematiche emerse nel corso dell'esecuzione – seppure a regola d'arte – dei lavori di ripristino, problematiche alle quali è però estranea la condotta – anche se negligente – della società Nuova Edilizia.

Del resto, la perizia di variante allegata alla delibera di Giunta (cfr. ancora doc. 17 del ricorrente), parla di interferenze che <<*non erano previste in progetto*>> (punto 1 della perizia), oltre ad evidenziare la presenza di condotte del gas di media portata, la cui esatta collocazione non era stata prevista (punto 4 della perizia di variante); si tratta quindi, a ben vedere, di difficoltà tecniche sopravvenute nel corso dell'esecuzione dei lavori di ripristino, ma non certo imputabili a Nuova

Edilizia.

Di conseguenza, se appaiono adeguatamente provate e quantificate le altre voci di danno, corrispondenti alle spese effettivamente sopportate dal Comune per eliminare i vizi dell'opera derivanti dall'inadempimento della società esecutrice (euro 4.590 per l'incarico professionale all'ing. Paglietti docc. 10, 11 e 16 del ricorrente; euro 37.357,88 per il ripristino della roggia doc. 15 del ricorrente; euro 781,35 per fornitura straordinaria di energia elettrica doc. 18 del ricorrente), non rappresentano invece una conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento, i costi derivanti dalla variante in corso d'opera, che non possono pertanto essere addebitati alle società resistenti.

Ciò premesso, l'importo totale dei danni provati deve essere commisurato ad euro 42.729,23, pari ad euro (56.383,18 – 13.653,95).

Su tale somma andranno aggiunti gli interessi in misura legale dalla notificazione del ricorso introduttivo al saldo.

3. Le società evocate in giudizio hanno entrambe proposto domande riconvenzionali; in particolare la Nuova Edilizia ha chiesto la chiamata in garanzia dell'ing. La Mattina, progettista delle opere di urbanizzazione e la sua condanna a manlevare e a tenere indenne la società da qualsiasi importo quest'ultima fosse tenuta a liquidare in favore dell'Amministrazione di Gaggiano.

L'Assicurazione, infine, ha chiesto che Nuova Edilizia sia condannata a rimborsare quanto eventualmente versato dal fideiussore all'ente garantito (Comune di Gaggiano).

Nel corso dell'udienza pubblica del 16.12.2010, lo scrivente giudice, in applicazione dell'art. 73 comma 3 del D.Lgs. 104/2010 (codice del processo amministrativo), evidenziava ai difensori delle parti resistenti che per entrambe le domande riconvenzionali si poneva una questione

di ammissibilità, sotto differenti profili.

Le parti, a questo punto, procedevano alla discussione, insistendo in ogni caso per l'accoglimento delle suddette riconvenzionali.

In ordine al citato art. 73 del codice del processo amministrativo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 3 del 2.12.2010, ha chiarito la portata della norma, la quale impone al Collegio di sottoporre le questioni pregiudiziali al contraddittorio delle parti, dandone atto nel verbale, come in effetti è avvenuto nel caso di specie.

Sul punto, preme ancora al TAR rilevare come la norma dell'art. 73 non rappresenti una novità nel sistema della giustizia amministrativa, in quanto la giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore del codice del 2010, aveva sostenuto la necessità che il giudice, allorché rilevava eccezioni pregiudiziali, le sottoponesse al contraddittorio delle parti (cfr. Consiglio di Stato, decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 24.1.2000 e TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 27.3.2007, n. 1158).

Passando ora all'esame delle riconvenzionali, le stesse devono reputarsi inammissibili sotto due profili.

In primo luogo, deve rilevarsi il difetto di giurisdizione sulle medesime del giudice amministrativo, a favore del giudice ordinario, davanti al quale le suddette domande dovranno essere riproposte nei termini ed ai sensi dell'art. 11 del codice del processo amministrativo.

Si tratta, infatti, di domande giudiziali proposte da due soggetti privati contro altrettanti soggetti privati, quindi di domande riguardanti rapporti esclusivamente privatistici, ai quali è estranea la Pubblica Amministrazione (o soggetti ad essa equiparati), con conseguente insussistenza della giurisdizione di questo Tribunale e degli altri giudici amministrativi, i quali possono conoscere – anche in sede di giurisdizione esclusiva – soltanto di controversie nelle quali almeno una

delle parti sia un'Amministrazione Pubblica o un soggetto equiparato (si vedano, sul punto, Cassazione Civile Sezioni Unite, 13.6.2006, n. 13659 e TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 11.12.2006, n. 2873; nella prima pronuncia i Supremi Giudici hanno altresì escluso la possibilità di una deroga alla giurisdizione per ragioni di connessione delle controversie).

Al di là di tali ed assorbenti considerazioni, le domande riconvenzionali sono altresì inammissibili per omessa notificazione delle medesime, in contrasto con quanto espressamente previsto dall'art. 42, comma 5, del D.Lgs. 104/2010, il quale ammette la proposizione di domande di tal genere nel processo amministrativo, purché <<...nei termini e con le modalità di cui al presente articolo>>, vale a dire con le modalità di proposizione del ricorso incidentale.

Quest'ultimo deve essere necessariamente notificato alle altre parti in giudizio (cfr. art. 42, comma 2, del D.Lgs. 104/2010), per cui non può reputarsi ammissibile una domanda riconvenzionale o altra analoga istanza con la quale si estende il *thema decidendum*, se non vi è stata una preventiva notificazione alle altre parti in causa.

Sul punto, preme peraltro ricordare che anche la giurisprudenza amministrativa anteriore al vigente codice escludeva che potessero proporsi domande nuove senza la previa notificazione delle medesime (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 19.6.2006, n. 1445, con la giurisprudenza ivi richiamata), per cui la declaratoria di inammissibilità dovrebbe pronunciarsi anche prescindendo dalle disposizioni normative codicistiche sopra richiamate.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo

accoglie e per l'effetto condanna La Nuova Edilizia Spa e Zurich Insurance S.A., oggi Zurich Insurance PLC-Rappresentanza Generale per l'Italia, in solido fra loro, al risarcimento a favore del Comune di Gaggiano dei danni, che liquida in euro 42.729,23, oltre interessi legali dalla notificazione del ricorso introduttivo al saldo.

Dichiara inammissibili le domande riconvenzionali proposte dalle parti resistenti, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna La Nuova Edilizia Spa e Zurich Insurance S.A., oggi Zurich Insurance PLC-Rappresentanza Generale per l'Italia, in solido fra loro, al pagamento a favore del Comune di Gaggiano delle spese di causa, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge (IVA e CPA), pagamento delle eventuali imposte sulla presente sentenza e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Mario Arosio, Presidente

Carmine Maria Spadavecchia, Consigliere

Giovanni Zucchini, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/01/2011

IL SEGRETARIO

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