



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1108 del 2000, proposto da:

CONTESSA ANGELA, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Porqueddu e Rossella Barbaro, con domicilio eletto presso i medesimi legali in Brescia, via Solferino 53;

***contro***

COMUNE DI MARCHENO, rappresentato e difeso dall'avv. Tarcisio Gitti, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, piazza Loggia 5;

REGIONE LOMBARDIA, non costituitasi in giudizio;

***nei confronti di***

GIACOMELLI GIUSEPPE & C. SNC, rappresentata e difesa dall'avv. Fiorenzo Bertuzzi, con domicilio eletto presso il medesimo legale in Brescia, via Diaz 9;

EDIL MARCHENO DI BERTUSSI DARIO & C. SNC, ATTILIO BERTUSSI, CORRADO BERTUSSI, non costituitisi in giudizio;

***per l'annullamento***

(a) nel ricorso introduttivo:

- della deliberazione consiliare n. 44 del 28 luglio 2000, con la quale è stata adottata una variante semplificata per l'allargamento di una strada pubblica;
- della deliberazione giunta n. 107 del 26 giugno 2000, con la quale è stato conferito un incarico professionale per la redazione della variante semplificata;

(b) nei motivi aggiunti:

- della deliberazione giunta n. 146 del 18 settembre 2000, con la quale è stata approvata la convenzione con la ditta Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc, e con Attilio Bertussi e Corrado Bertussi, per la cessione di aree e l'allargamento della strada pubblica;
- della deliberazione consiliare n. 65 del 30 novembre 2000, con la quale è stata approvata in via definitiva la variante semplificata adottata con la deliberazione consiliare n. 44/2000;
- della concessione edilizia n. 21/2000 rilasciata alla ditta Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc in data 14 settembre 2000 per la realizzazione di edifici residenziali e opere di urbanizzazione in via Marcheno Sopra;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Marcheno e di Giacomelli Giuseppe & C. snc;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2012 il dott. Mauro Pedron;

Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Considerato quanto segue:

#### FATTO e DIRITTO

1. Quale antecedente del presente ricorso occorre evidenziare che la ricorrente Angela Contessa era proprietaria di un'area identificata con il mappale n. 32 in località Brocchella nel Comune di Marcheno. Tale area era classificata in zona E (agricola), tranne la porzione che costituisce pertinenza dell'abitazione della ricorrente.

2. Il dante causa della ricorrente aveva scorporato dal mappale n. 32 alcune porzioni (mappali n. 207-208) cedendole poi a terzi nel 1969. Per garantire un accesso anche ai nuovi mappali, oltre che all'abitazione e al terreno della ricorrente, è stata realizzata una strada privata.

3. Con la variante generale al PRG adottata nel 1996 e approvata nel 1999 circa metà della superficie del residuo mappale n. 32 è stata classificata come zona B2 (edilizia residenziale semintensiva esistente e di completamento).

4. In seguito a questa modifica la ricorrente ha frazionato il suddetto mappale, che dunque è scomparso catastalmente per lasciare posto a nuovi mappali. Alcuni di questi sono stati alienati, precisamente in data 28 aprile 2000 alla ditta Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc (mappali n. 367-369-372) e in data 7 giugno 2000 ai signori Attilio Bertussi e Corrado Bertussi (mappale n. 371). La ricorrente ha invece trattenuto la proprietà dei mappali n. 368-370-373, costituendo sul mappale n. 368 una servitù di passaggio a favore dei mappali n. 367-369-372 oggetto della cessione. La ditta acquirente si è accollata l'onere dei lavori di realizzazione e manutenzione della strada privata localizzata sul mappale n. 368.

5. In realtà nella variante generale al PRG del 1996-1999 il Comune aveva già localizzato sul mappale n. 368 una strada pubblica al servizio della neocostituita zona B2. Di questa previsione la ricorrente aveva tenuto conto nel frazionamento del mappale n. 32: il profilo del mappale n. 368 corrisponde infatti a quello del sedime stradale. Proprio a causa della previsione di questa strada pubblica sul mappale n. 32 la ricorrente aveva presentato in data 13 novembre 1996 un'osservazione chiedendo che fosse resa edificabile quale compensazione un'ulteriore area di 1.000 mq. Il Comune ha parzialmente accolto l'osservazione riconoscendo una superficie edificabile aggiuntiva pari a circa 500 mq.

6. Il Comune ha poi adottato e approvato una variante semplificata ex art. 2 comma 2-a della LR 23 giugno 1997 n. 23 (rispettivamente con deliberazione consiliare n. 44 del 28 luglio 2000 e con deliberazione consiliare n. 65 del 30 novembre 2000) prevedendo l'allargamento della nuova strada pubblica per renderla maggiormente idonea allo sviluppo edilizio della zona. L'ampliamento interessa i mappali n. 209-210-211-367-370-373, e dunque intercetta ancora, in parte, aree di proprietà della ricorrente. Nella relazione tecnica allegata alla deliberazione consiliare n. 65/2000 il responsabile dell'Ufficio Tecnico ha controdedotto all'osservazione presentata dalla ricorrente in data 21 novembre 2000, evidenziando in particolare i seguenti aspetti della vicenda: (a) il tracciato stradale risulta vincolato dalla morfologia del terreno ed è comunque il più idoneo a raggiungere i nuovi lotti edificabili; (b) la superficie necessaria per l'allargamento è pari a 370 mq, il che porta a circa 1.000 mq la superficie complessiva della strada; (c) la ricorrente non ha mai proposto alcun accesso alternativo ai propri fondi, e anzi con la variante generale del 1996-1999 ha ottenuto un ristoro in termini di maggiore superficie edificabile.

7. In data 14 settembre 2000 il Comune ha rilasciato alla ditta Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc la

concessione edilizia n. 21/2000 per la realizzazione di edifici residenziali e opere di urbanizzazione sui mappali di proprietà. Poco dopo, con deliberazione giuntale n. 146 del 18 settembre 2000, il Comune ha approvato una convenzione con la medesima ditta e con i signori Attilio Bertussi e Corrado Bertussi. Mediante tale convenzione i privati si sono impegnati a cedere gratuitamente al Comune le aree necessarie per l'allargamento della strada pubblica e a eseguire a proprie spese sia i lavori riguardanti la strada (assicurando una larghezza di almeno 6 metri) sia le altre opere di urbanizzazione. Il costo dei lavori (lire 176.128.010 ovvero € 90.962,53) è stato scomputato dagli oneri di urbanizzazione. Quanto agli aspetti operativi, era prevista da un lato l'esecuzione immediata della strada sui mappali di proprietà dei firmatari e anche sul mappale n. 368 della ricorrente (in luogo della servitù di passaggio) e dall'altro la progressiva estensione dei lavori ai mappali degli altri proprietari una volta ottenuta la cessione bonaria delle aree o dopo l'occupazione e l'espropriazione da parte del Comune.

8. Contro la variante semplificata e contro gli altri provvedimenti sopra indicati la ricorrente ha presentato impugnazione con atto notificato il 16 ottobre 2000 e depositato il 24 ottobre 2000, poi integrato da motivi aggiunti notificati il 6 febbraio 2001 e depositati il 13 febbraio 2001. Le censure si possono così sintetizzare: (i) difetto di motivazione; (ii) violazione dell'art. 2 comma 2-a della LR 23/1997 e sviamento, in quanto una strada pubblica non sarebbe necessaria, essendovi già l'impegno della società Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc a realizzare la strada privata su cui si esercita la servitù di passaggio; (iii) mancanza di trasparenza nell'operato dell'amministrazione, sia nell'affidamento dell'incarico al progettista sia al momento dell'adozione della variante semplificata, (iv) travisamento della situazione di fatto e sproporzione degli disagi addossati alla proprietà della ricorrente; (v) mancata valutazione di soluzioni alternative, quali un senso unico sul tracciato esistente con creazione di un percorso ad anello; (vi) inutilità degli oneri finanziari assunti dal Comune (minori introiti a titolo di oneri di urbanizzazione, spese per l'occupazione e l'espropriazione dei terreni); (vii) violazione delle norme in materia di affidamento degli appalti di lavori.

9. Il Comune si è costituito in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. Parimenti si è costituita la società Giacomelli Giuseppe & C. snc, in qualità di avente causa dalla società Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc, dalla quale ha acquistato in data 16 ottobre 2000 i mappali n. 367-369-378(ex 372/a)-379(ex 372/b). Anche la suddetta società ha chiesto la reiezione del ricorso.

10. In corso di causa è intervenuta l'approvazione del PGT (v. deliberazione consiliare n. 23 del 18 aprile 2009), che ha confermato la previsione della strada pubblica sul mappale n. 368 e sui mappali vicini con le stesse caratteristiche stabilite dalla variante semplificata.

11. I lavori di ampliamento sono stati finora eseguiti solo sui fondi nella disponibilità della ditta Giacomelli Giuseppe & C. snc come previsto nella convenzione stipulata dalla ditta Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc. Non è stata invece intrapresa dal Comune l'espropriazione del mappale n. 368 e delle altre aree interessate dall'allargamento della strada.

12. Sulle questioni proposte nel ricorso si possono svolgere le seguenti osservazioni:

(a) in primo luogo occorre precisare che la mancata impugnazione del PGT sopravvenuto in corso di causa non determina l'improcedibilità del ricorso;

(b) in generale si osserva che la natura impugnatoria della giurisdizione amministrativa cede, in un'interpretazione evolutiva (v. CS Ap 23 marzo 2011 n. 3, punto 3.1), alla necessità di porre in primo piano il rapporto contenzioso sottostante, offrendo una tutela piena all'interesse legittimo, inteso come posizione giuridica avente natura sostanziale. Dunque ciò che rileva non è la successione dei provvedimenti lesivi, o il rapporto tra tali provvedimenti, ma la lesione sostanziale contro cui la parte ricorrente si attiva proponendo l'impugnazione. Nello specifico la posizione del Comune non è cambiata dal 2000 (approvazione della variante semplificata) al 2009

(approvazione del PGT) e neppure in seguito, e parimenti non è venuta meno l'opposizione della ricorrente all'allargamento della strada pubblica prevista sul mappale n. 368 di sua proprietà;

(c) non è quindi necessaria l'impugnazione dell'ultimo provvedimento della serie, ovvero del PGT, in quanto sono già stati censurati nel presente giudizio gli atti che definiscono nel loro insieme la posizione dell'amministrazione, a cui si contrappone la linea argomentativa della parte ricorrente. Se più atti ripetono e ribadiscono il medesimo contenuto non può essere imposto, essendo inutile ai fini della comprensione della controversia, l'onere di impugnazione puntuale di tutti i provvedimenti. L'accertamento sugli argomenti (e quindi sulla pretesa sostanziale) della parte ricorrente provocherà poi, in caso di esito positivo del ricorso, la caducazione anche degli atti amministrativi connessi e consequenziali non impugnati, a condizione che siano stati convenuti in giudizio anche gli eventuali controinteressati facilmente individuabili (problema che normalmente non si pone nel caso di piani urbanistici generali);

(d) nel merito la scelta operata dal Comune con riguardo all'allargamento della strada pubblica appare ragionevole e sostenuta da idonea motivazione;

(e) occorre premettere che la decisione di utilizzare il mappale n. 368 come sedime della nuova strada pubblica è una scelta urbanistica ormai ferma e definitiva, in quanto non deriva dalla variante semplificata del 2000 oggetto del presente ricorso ma dalla variante generale del 1996-1999. La ricorrente all'epoca non aveva fatto opposizione contro tale localizzazione ma aveva chiesto (e in parte ottenuto) una compensazione sotto forma di nuova cubatura, che si è aggiunta a quella già prevista dalla medesima variante generale (v. sopra al punto 5). Si è quindi definito un equilibrio che dal lato del Comune costituisce applicazione dei poteri di perequazione urbanistica e dal lato della ricorrente implica l'accettazione della localizzazione della strada pubblica, di cui beneficiano anche le nuove aree rese edificabili;

(f) rispetto a questo equilibrio di natura pubblicistica la ricorrente non può esigere che l'amministrazione prenda ora in esame soluzioni viabilistiche alternative. Se così fosse, infatti, la compensazione sotto forma di ulteriore cubatura si trasformerebbe in un arricchimento senza causa. Peraltro il Comune non si è sottratto alla riflessione sulla migliore localizzazione della strada. Nelle controdeduzioni dell'Ufficio Tecnico relative alla variante semplificata (v. sopra al punto 6) si afferma chiaramente che la collocazione del tracciato in corrispondenza del mappale n. 368 è una scelta vincolata a causa della morfologia dei luoghi;

(g) appare recessivo anche lo sforzo della ricorrente di regolare direttamente la viabilità dei fondi interclusi mediante la costituzione di servitù di passaggio privatistiche (v. sopra al punto 4). Certamente non si può escludere che gli accordi tra privati possano soddisfare anche l'interesse pubblico, specie quando si risolvono in un risparmio di spesa per l'amministrazione sopperendo alla mancanza di infrastrutture e servizi. Tuttavia questi accordi non possono vincolare in alcun modo l'amministrazione, e tantomeno costringerla a rinunciare a opere pubbliche già programmate, se queste sono ritenute in grado di soddisfare più adeguatamente le esigenze della collettività. Il fatto che tali opere abbiano un costo (in termini di spese per i lavori o di minori introiti a titolo di oneri di urbanizzazione) non può essere letto come un indice di irragionevolezza dell'azione amministrativa;

(h) in realtà la variante semplificata persegue un obiettivo tanto ragionevole quanto necessario, ossia l'adeguamento delle dimensioni della strada pubblica alle norme tecniche in materia di viabilità (v. ora il DM 5 novembre 2001). Nella convenzione con la ditta Edil Marcheno di Bertussi Dario & C. snc e con i signori Attilio Bertussi e Corrado Bertussi (v. sopra al punto 7) la strada carrabile è prevista con una larghezza minima di 6 metri, senza considerare i marciapiedi. Questo risultato non viene garantito dalla servitù di passaggio costituita dalla ricorrente con l'atto notarile del 28 aprile 2000 (v. sopra al punto 4), perché il transito è consentito solo sul mappale n. 368 (di per sé inadeguato) e comunque entro i limiti della strada esistente all'epoca, che nel tratto finale (e solo

in quello) doveva essere allargata almeno fino a 4 metri;

(i) è vero che le dimensioni della strada pubblica avrebbero potuto essere definite con più precisione al momento dell'elaborazione della variante generale del 1996-1999. L'originario errore di dimensionamento non crea però un vincolo insuperabile, in quanto la sicurezza della viabilità corrisponde a un interesse pubblico che non si affievolisce nel tempo, e dunque legittimamente l'amministrazione poteva cercare di rimediare con la variante semplificata. Nel complesso il comportamento del Comune è stato trasparente: da un lato i consiglieri comunali sono stati adeguatamente informati (il verbale della seduta trascritto nella deliberazione n. 65/2000 riferisce che in alcuni interventi è stata anche espressa riprovazione per l'errore contenuto nella variante generale), dall'altro la ricorrente ha avuto la possibilità di presentare tempestivamente un'osservazione critica, alla quale gli uffici comunali hanno puntualmente controdedotto;

(j) l'utilità dell'allargamento della strada pubblica prevale sui disagi che i proprietari devono subire a causa dell'avvicinamento della carreggiata alle rispettive abitazioni. Si tratta di normali conseguenze della localizzazione di opere pubbliche, e da sole non bastano a fermare l'iniziativa dell'amministrazione. I proprietari dispongono invece di aspettative protette di rango inferiore, da esercitare nella fase di realizzazione dei lavori: l'oggetto di tali aspettative consiste normalmente nell'obbligo per l'amministrazione di adottare soluzioni tecniche in grado di mitigare l'impatto dell'opera pubblica e di creare un adeguato raccordo con le costruzioni esistenti;

(k) la scelta del Comune di affidare i lavori di allargamento della strada pubblica sulla base di un'apposita convenzione con alcuni dei proprietari destinatari di titoli edificatori (v. sopra al punto 7) pone un problema pratico, in quanto questi soggetti non hanno la proprietà di tutti i mappali interessati, e soprattutto del mappale n. 368. Finché il Comune non effettuerà l'espropriazione delle aree necessarie la strada pubblica non potrà quindi essere realizzata secondo la previsione del PRG e delle norme tecniche in materia di infrastrutture stradali. Anche con questi limiti tuttavia la convenzione mantiene la sua utilità, sia pure come soluzione-ponte, e può essere considerata legittima, in quanto consente comunque di sistemare alcuni tratti del percorso e di collocare i sottoservizi richiesti dalle nuove costruzioni;

(l) quando i lavori relativi alle opere di urbanizzazione siano affidati direttamente ai destinatari dei titoli edificatori sorge anche il problema, evidenziato dalla ricorrente, della compatibilità con le norme sui contratti pubblici;

(m) l'importo dei lavori nel caso in esame è ampiamente al di sotto della soglia comunitaria, ma anche sotto soglia rimangono applicabili i principi generali di non discriminazione e trasparenza (proprio a causa di questo vincolo attualmente l'art. 122 comma 8 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede quantomeno una procedura negoziata con invito rivolto a cinque aspiranti idonei). Tuttavia si può ritenere che l'affidamento diretto di opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri sia comunque ammissibile quando ricorrono due condizioni necessariamente cumulative, ovvero (1) se il valore delle opere sia particolarmente modesto (mancando una precisa clausola *de minimis* può essere utilizzato come riferimento l'importo di € 100.000, che costituisce la soglia per la programmazione dei lavori pubblici e per l'individuazione delle transazioni minori, rispettivamente ex art. 126 e 239 del Dlgs. 163/2006), (2) se le esigenze di urbanizzazione siano limitate a rendere possibile il semplice insediamento di uno o più edifici singolarmente considerati (argomento desumibile da C.Giust. Sez. VI 12 luglio 2001 C-399/98, punto 67, che ravvisa la presenza di lavori pubblici quando l'opera soddisfi esigenze ulteriori rispetto a quelle strettamente collegate all'inserimento dell'edificio del privato). Nel caso in esame le due condizioni sussistono.

13. In conclusione il ricorso deve essere respinto. La complessità di alcune questioni consente l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso. Spese compensate.

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

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

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere, Estensore

Stefano Tenca, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/08/2012

IL SEGRETARIO

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