

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura dell'avv. Pasquale Guida

LA GIURISPRUDENZA: le sentenze per esteso

Contratti ad evidenza pubblica Parti- Raggruppamento temporaneo di imprese

Consiglio di Stato, n. 00002 del 25.01.2022, Sez. Ad. Plen.

Contratti ad evidenza pubblica- Parti- Raggruppamento temporaneo di imprese

MASSIMA

È principio di diritto quello secondo cui, in tema di evidenza pubblica, relativamente alla modifica dei soggetti componenti il raggruppamento temporaneo di imprese, in caso di perdita dei requisiti di partecipazione di cui all'art. 80 d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 da parte del mandatario o di una delle mandanti, sia consentita non solo in sede di esecuzione, ma anche in fase di gara, in tal senso interpretando l'art. 48, commi 17, 18 e 19-ter del medesimo Codice degli appalti.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10411 del 2015, proposto da Comune di Ceglie Messapica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Larocca, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Palma in Roma, via Augusto Bevignani, n. 12;

contro

Gi. Ch., rappresentato e difeso dall'avvocato Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, n. 26;

sul ricorso numero di registro generale 10417 del 2015, proposto da Comune di Ceglie Messapica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Larocca, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Palma in Roma, via Augusto Bevignani, n. 12;

contro

An. Lu. Ch., rappresentata e difesa dall'avvocato Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio Ernesto Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, n. 26;

per la riforma

quanto al ricorso n. 10417 del 2015:
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, n. 1673/2015;

quanto al ricorso n. 10411 del 2015:
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione staccata di Lecce, n. 1672/2015.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Gi. Ch. e di An. Lu. Ch.;

Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2021 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Palma Stefano, per delega di Larocca Francesco, e De Luca Ugo per dichiarata delega di Sticchi Damiani Ernesto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO-DIRITTO

1 - Gi. Ch. ha conseguito il permesso di | realizzazione di un fabbricato per civile
costruire n. 3754-3754/A del 1986 per la | abitazione sui lotti n. 56 e n. 57 del p.p. della

zona di espansione A. 5 del Comune di Ceglie Messapica aventi, nel complesso, una forma di trapezio irregolare ed un andamento declinante da sud (ove è allocata la Via Pagano avente pendenza di circa l'8% da est ad ovest) a nord (ove è allocata la circonvallazione avente pendenza di circa il 2% da est ad ovest) e da ovest verso est.

1.1 - Con l'ordinanza n. 67 del 30 luglio 2014, il Comune appellante ha ingiunto la demolizione delle opere di cui al predetto fabbricato.

2 - An. Lu. Ch. ha conseguito il permesso di costruire n. 5329 del 24.3.1997 per la realizzazione di un fabbricato per civile abitazione sui lotti n. 59 e n. 60 del p.p. della zona di espansione A. 5 del Comune di Ceglie Messapica.

2.1 - Con ordinanza n. 68 del 30.07.2014, il Comune appellante ha ingiunto la demolizione anche di tali opere.

3 - In riferimento a tali immobili, il Comune ha ravvisato la violazione delle norme di Piano relativamente all'art. 6 della Tavola 8 "Relazione e Normativa" del Piano Particolareggiato della Zona di espansione A. 5 ("..l'involucro volumetrico esterno del fabbricato deve essere contenuto fra la clinometrica del terreno ed una ideale parallela posta a distanza non superiore a ml. 5,00; la clinometrica del sito è l'asse del suolo in senso perpendicolare alla strada ed unisce il piano di marciapiede con il confine posteriore...").

3.1 - Più precisamente, l'impugnata ordinanza di demolizione n. 67 del 30 luglio 2014 si basa sulla seguente motivazione: "Visti gli accertamenti condotti dal C.T.U. ing. An. Fo. nel giudizio civile promosso da Fr. An. c/o Ch. Gi. + 1 in ordine alla verifica urbanistica dei fabbricati realizzati e in corso di realizzazione sui Lotti (omissis) del vigente P.d.F.; Viste le risultanze dell'incarico affidato dal Comune all'ing. Ma. Do. Fa. per l'accertamento delle porzioni di fabbricato eccedenti altimetricamente la clinometrica prevista dal Piano Particolareggiato relativamente ai Lotti di

cui sopra; Vista l'ingiunzione alla demolizione n° 20 del 16 Aprile 2013 di porzioni di fabbricato realizzato sui Lotti (omissis) dal Sig. Ch. Gi. in violazione alle norme del Piano Particolareggiato a seguito dei sopra citati accertamenti; Vista l'istanza del Sig. Ch. Gi., acquisita al protocollo generale di questo Comune in data 12 Giugno 2013 ..., per la richiesta di quantificazione della sanzione pecuniaria di cui all'art. 34 del D.P.R. n° 380/2001, alternativa alla demolizione; Vista la nota dell'Area Pianificazione del Territorio del 18 Aprile 2014 n° 11769 di protocollo, con la quale viene comunicato che l'istanza presentata ai sensi dell'art. 34 del D.P.R. n° 380/2001 non può essere accolta per una serie di motivazioni riportate nella citata nota; Viste le controdeduzioni trasmesse con nota acquisita al protocollo generale di questo Comune in data 13 Maggio 2014 con allegata planimetria dalla quale si rileva tuttavia la mancata coincidenza del piano stradale di progetto con quello di fatto di Via Don Rocco Gallone (ex S.S. 581), atteso che il piano stradale di detta via non è stato mai modificato altimetricamente, e pertanto da tale piano viario vanno determinate le varie clinometriche. È evidente che laddove il disegno allegato avesse riportato il piano stradale di fatto e di progetto coincidenti, sarebbe risultato un maggior volume di fabbricato superiormente alla clinometrica rispetto a quello riportato nell'allegato grafico. Tale maggior volume ricavato dagli elaborati dell'ing. Fa. ammonterebbe a circa 400 mc., torrini e sporti ornamentali esclusi..... Rilevata la consistente volumetria realizzata al di sopra della clinometrica pari a circa mc. 400, superiore ai limiti fissati dalla L.R. n° 26/1985 per la determinazione delle variazioni essenziali e rilevato altresì che il fabbricato è ubicato in zona sottoposta al Codice dei Beni Culturali per effetto del D.M. 1° Agosto 1985... e quindi gli abusi sono comunque riconducibili, sul piano amministrativo, alle variazioni essenziali quindi assoggettati allo stesso regime sanzionatorio previsto per la difformità totale o per l'assenza del permesso di costruire".

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura dell'avv. Pasquale Guida

L'ordinanza n. 68 del 30 luglio 2014, parimenti impugnata, contiene una motivazione analoga.

3 - Il TAR per la Puglia, con le sentenze indicate in epigrafe, ha accolto i ricorsi separatamente proposti avverso le due ordinanze di demolizione, escludendo la sussistenza dell'abuso.

4 - Avverso tali pronunce ha proposto appello il Comune resistente in primo grado, deducendo che:

- contrariamente a quanto affermato dalla sentenza di primo grado, il Comune ha dato prova del fatto che l'abuso edilizio contestato agli appellati sarebbe direttamente correlabile alla intervenuta realizzazione dei rispettivi fabbricati in difformità dai relativi progetti edilizi;

- dal semplice esame della istanza di fiscalizzazione presentata dagli appellati emerge con chiarezza che gli stessi hanno esplicitamente ammesso tale circostanza;

- il Giudice di prime cure non ha considerato e valutato che, poiché gli abusi in questione, considerata la volumetria realizzata al di sopra della clinometrica, sarebbero da qualificare e ricondurre alle c.d. "variazioni essenziali", sia perché superiore ai limiti fissati dalla L.R. n. 26/1985 per la determinazione di dette variazioni e sia perché, comunque, riconducibili alle variazioni essenziali in considerazione del fatto che i fabbricati sono ubicati in zona sottoposta al Codice dei Beni Culturali per effetto del D.M. 01.08.85.

5 - Previa riunione dei due ricorsi in appello (n. 10411/2015 e n. 10417/2015) - scelta che deve essere confermata anche in questa sede, stante la parziale connessione soggettiva che caratterizza i due giudizi e tenuto conto della sostanziale analogia delle questioni agli stessi sottese - con l'ordinanza n. 5242/2018, la Sezione ha disposto una verifica avente ad oggetto i seguenti quesiti:

1) previo inquadramento urbanistico e vincolistico del sito, accertare, sulla base dell'art. 6 del Piano Particolareggiato zona A5 del P.F. di Ceglie Messapica, se gli immobili di proprietà dei signori Ch. Gi. e Ch. An. Lu. rispettino la prescrizione di altezza dalla "clinometrica" prevista dalla richiamata norma, indicandone in caso negativo lo scostamento, pure rapportato in percentuale alla volumetria complessiva di ciascun edificio;

2) verificare se i progetti originariamente presentati, e sulla base dei quali furono rilasciati i titoli edilizi, contenessero o meno una corretta individuazione della "clinometrica", con conseguente rispetto, da parte degli edificandi fabbricati, del limite di 5 metri;

3) verificare se un eventuale scostamento dal limite di 5 metri derivi da opere eseguite dai privati in difformità dai titoli edificatori, o se vi siano state altre cause che abbiano potuto determinarlo;

4) acquisire documentazione fotografica e tecnico-amministrativa ritenuta necessaria, corredando la relazione finale di grafici esplicativi delle conclusioni raggiunte.

5.1 - In relazione a tali quesiti, il Verificatore ha accertato che "L'immobile di proprietà del Sig. Ch. Gi., in base a quanto rappresentato nella nota UTC prot. n. 11769 del 18/04/2014 sulla scorta degli elaborati tecnici prodotti dall'Ing. Fa., non risulta pienamente conforme a quanto stabilito dall'articolo 6 delle NTA del PP della zona A. 5".

Lo stesso Verificatore ha tuttavia precisato che "dalla documentazione acquisita, infatti, non è possibile evincere la volumetria complessiva edificata con riferimento alla quale calcolare il richiesto scostamento percentuale della parte realizzata al di sopra della retta parallela alla clinometrica. Si aggiunga, per l'effetto, che non è stato possibile neanche accertare se la volumetria complessiva esistente sia effettivamente pari alle quantità attestata dal progettista in sede di presentazione del

progetto approvato con C.E. n. 3754/A del 10/06/1986 ("cubatura realizzata totale" di progetto pari a 1.541,03 m3 e "cubatura fuori terra" di progetto pari a 1.200 m3). Dette informazioni sono essenziali al fine di pervenire alla esatta determinazione della richiesta percentuale di volumetria in aumento rappresentata dai 431,302 m3 calcolati dall'UTC rispetto alla volumetria complessiva realizzata".

Vale un analogo discorso anche per l'immobile di Ch. An. Lu. ("Anche nel caso dell'immobile di proprietà della Sig.ra Ch. An. Lu., dalla documentazione trasmessa dal Comune non è stato possibile evincere la volumetria complessiva realizzata e, di conseguenza, non è stato possibile accertare se questa sia effettivamente pari alla quantità attestata dal progettista ("cubatura da realizzare" di progetto pari a 1.252,00 m3) in sede di presentazione del progetto approvato con C.E. n. 5239 del 24/03/1997. Dette informazioni sono essenziali al fine di pervenire alla esatta determinazione della percentuale rappresentata dai 120,805 m3 calcolati dall'UTC rispetto alla volumetria complessiva realizzata").

Deve evidenziarsi che la difficoltà riscontrata dal Verificatore e la conseguente conclusione non espressa in termini di certezza appare attribuibile in parte alla stessa amministrazione comunale che, come attestato dal Verificatore, "non ha provveduto a fornire copia del supporto magnetico contenente il rilievo topografico realizzato dall'Ing. Fa. (contrariamente a quanto concordato in sede di sopralluogo di cui al verbale del 25/06/2020 e richiesto nuovamente al punto n. 10) della nota prot. n. 6213 del 04/08/2020 a firma del Verificatore)". Ciò ha determinato l'impossibilità di calcolare con precisione lo scostamento volumetrico.

5.2 - Alla "criticità" innanzi evidenziata deve aggiungersi che, per quanto accertato dal Verificatore, i progetti originariamente presentati, e sulla base dei quali furono rilasciati i titoli edilizi, non contenevano una corretta individuazione della "clinometrica" ("la "clinometrica" (retta rossa

congiungente i punti E ed F) nonché la retta ad essa parallela e distante 5,00 m dalla stessa (linea blu), non possono essere considerate attendibili poiché non conformi alla definizione contenuta nelle NTA del PP").

5.3 - Nonostante tali criticità, il Verificatore ha potuto concludere nel senso che gli edifici de quo devono ragionevolmente ritenersi non realizzati in piena conformità al titolo edilizio legittimante ("Nella sezione A-A di progetto (fig. 24) la quota del pavimento degli ambienti seminterrati è rappresentata ad una altezza più bassa rispetto a quella della circumpollazione che, si ribadisce, è preesistente al piano di lottizzazione e, di conseguenza, alla realizzazione dell'edificio del Sig. Ch. Gi.. Nell'edificio esistente, come è stato possibile appurare in sede di sopralluogo del 25/06/2020, la quota del livello seminterrato è più alta rispetto alla quota della Strada SP 581 con la quale è raccordata mediante una scala esterna").

Anche in riferimento all'immobile di Ch. An., si legge che "Tenuto conto della vicinanza all'immobile del Sig. Ch. Gi., ovvero l'analogia delle condizioni plano altimetriche a contorno, in considerazione dei volumi realizzati, è ragionevole dedurre che l'edificio de quo non sia stato realizzato in piena conformità al titolo edilizio legittimante".

Ne deriva che, seppur sotto tale profilo la prospettazione del Comune risulti fondata, sussistendo in termini di ragionevole certezza una difformità tra quanto realizzato e quanto autorizzato, l'appello non può trovare integrale accoglimento, non sussistendo alcuna prova certa che tale difformità sia suscettibile di integrare una variazione essenziale dal titolo, tale da dare luogo necessariamente alla misura demolitoria.

Invero, nonostante l'approfondimento istruttorio disposto dalla Sezione, non è stato possibile accertare in termini di certezza se lo scostamento volumetrico, pure riscontato, sia superiore al limite di legge e tale da

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura dell'avv. Pasquale Guida

integrare una variazione essenziale dal titolo (a tale esito il Verificatore giunge attraverso un mero ragionamento deduttivo).

Tale carenza risente delle criticità, evidenziate dal Verificatore, in parte dovute alla scarsa collaborazione mostrata dall'amministrazione durante le operazioni di verifica; in parte sconta il ravvisato errore dei progetti originari ed approvati dall'amministrazione, che non sono mai stati contestati dal Comune, tanto è vero che i predetti titoli edilizi devono ritenersi tutt'ora efficaci.

Il Consulente di parte appellata ha inoltre plausibilmente osservato che la regola della clinometrica si adatta a terreni con una sola pendenza e, quindi, con uno specifico piano di riferimento, non ai terreni con doppia pendenza - quali quelli per cui è causa - in cui non è possibile individuare un piano di riferimento (i lotti in questione sono compresi tra la Circonvallazione Nord - che ha una pendenza del 2% - e via Pagano, con pendenza dell'8%).

Deve precisarsi che era onere dell'amministrazione superare le predette criticità ed addivenire, in sede procedimentale, ad un accertamento preciso dello scostamento volumetrico, non sussistendo allo stato la prova che quest'ultimo integri necessariamente una variazione essenziale, dovendosi per l'effetto escludere l'automaticità della misura demolitoria prevista dall'art. 31, comma 2, del DPR 380/2001.

5.4 - Per altro verso, non risulta neppure accertato che i fabbricati in questione siano ubicati in zona sottoposta al Codice dei Beni Culturali per effetto del D.M. 1.08.85.

Anche a questo proposito la prospettazione del Comune sconta un difetto di prova, imputabile alla stessa amministrazione. Invero, al riguardo, il Verificatore ha rilevato che, seppure con il D.M. del 01/08/1985 l'area nella quale ricadono anche gli immobili residenziali di proprietà dei Sig.ri Ch. è stata decretata di notevole interesse pubblico, "In esito a

ricerche svolte si è appreso che, a valle del ricorso R.G. n. 751/1986 proposto dal Comune, in data 14/05/1986 il TAR Lecce emetteva ordinanza di sospensione dell'efficacia limitatamente a parte del D.M. Inoltre in relazione all'esito del contenzioso avverso il citato DM, non è stato possibile accertare la data di conclusione del predetto contenzioso e, di conseguenza, non si può stabilire con certezza se per il rilascio della C.E. n. 3754/A del 10/06/1986 (Ch. Gi.) e della C.E. n. 5239 del 24/03/1997 (Ch. An. Lu.) fosse necessaria la preventiva acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica alla trasformazione urbanistico-edilizia delle due aree di proprietà dei ricorrenti. Ad ogni buon conto detti eventuali provvedimenti amministrativi non rientrano tra i documenti inviati dal Comune e relativi alle due citate C.E.".

6 - Non risulta idoneo ad influire su tale esito il secondo motivo di appello con il quale il Comune contesta ulteriormente la statuizione del TAR, prospettandone l'incompatibilità con la sentenza resa dalla Corte di Appello di Lecce che ha rigettato l'appello proposto da Ch. Gi. e Ch. An. Lu. avverso la sentenza n. 218/12 del Tribunale di Brindisi ed ha accolto gli appelli incidentali proposti da Fr. An. ed in particolare la domanda di risarcimento del danno, in relazione alla domanda di accertamento della violazione delle prescrizioni previste dal regolamento comunale dalle concessioni edilizie in ordine alla altezza dei fabbricati di Ch. Gi. e Ch. An. Lu. ed alla clinometrica.

A prescindere dal fatto che, per come proposta la censura, non è possibile valutarne l'incidenza nel presente giudizio neppure per quanto riguarda l'aspetto fattuale della vicenda, sotto il profilo giuridico deve rilevarsi che, per quel che consta, nel giudizio civile non era parte il Comune, sicché non è possibile prospettare alcun effetto vincolante della relativa sentenza.

In ogni caso, gli appellati hanno spiegato - e il Comune nulla ha replicato - che la citata

sentenza n. 683/15 della Corte di Appello si è pronunciata sulla questione della giurisdizione in ordine alla domanda giudiziale avente ad oggetto la tutela risarcitoria invocata dal soggetto proprietario dell'area confinante, per l'asserita violazione delle norme edilizie sulle altezze dei fabbricati. In seguito alla ridetta pronuncia, che ha sancito la giurisdizione dell'A.G.O. sulla domanda risarcitoria, il giudizio civile è stato riassunto ed è tuttora pendente in primo grado innanzi al Tribunale di Brindisi (n. 291/2016 R.G.).

7 - Quanto alla contestata dichiarazione da parte del TAR di inefficacia dell'ordinanza di demolizione n. 20 del 16 Aprile 2013, a seguito della successiva presentazione da parte di Ch. Gi. in data 12 Giugno 2013 dell'istanza di "fiscalizzazione", tale statuizione contenuta nella sentenza impugnata, a prescindere dal sua condivisibilità, trova il suo antecedente nella sentenza del TAR Puglia n. 1670/2015 resa tra le medesime parti ed avente ad oggetto l'ordinanza di demolizione n. 20/2013 ritualmente impugnata dal Ch., con la quale il TAR aveva dichiarato l'inammissibilità del gravame per sopravvenuta carenza di interesse atteso che "l'impugnata ordinanza di demolizione n. 20 del 16 Aprile 2013 è divenuta inefficace a seguito della presentazione (in sede amministrativa) da parte dell'odierno ricorrente, in data 12 Giugno 2013 (antecedentemente, quindi, alla notifica del ricorso introduttivo del presente giudizio avvenuta il 13 Giugno 2013), dell'istanza di "fiscalizzazione" ai sensi dell'art. 34 secondo comma del D.P.R. 6 Giugno 2001 n. 380".

È quindi pacifico che il Ch. aveva a suo tempo impugnato, tempestivamente, l'ordinanza n. 20/2013 e che ne ha riproposto l'impugnazione anche nel presente giudizio, sicché non può ipotizzarsi alcuna decadenza dall'impugnazione del predetto atto; ne deriva la sostanziale irrilevanza della

questione sottesa al motivo di appello del Comune.

8 - In definitiva, alla luce delle considerazioni che precedono, pur dovendosi ritenere sussistente l'abuso, in quanto lo stato di fatto non risulta conforme al titolo edilizio, non sussiste la prova dell'esatta consistenza dello stesso, non potendosi pertanto affermare con certezza che lo stesso integri una variazione essenziale tale da escludere la possibilità di fiscalizzare l'abuso ai sensi dell'art. 34, comma 2, del DPR 380/2001.

A tal fine, l'amministrazione dovrà pertanto rideterminarsi e verificare, previa la corretta individuazione della volumetria non autorizzata, se la demolizione possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, dovendosi per l'effetto assorbire le censure riproposte dai ricorrenti originari, non essendo possibile svolgere il predetto accertamento nel presente giudizio, prima che si sia pronunciata l'amministrazione al riguardo.

Pertanto, l'appello deve trovare accoglimento nei suddetti limiti ed in tal senso deve essere riformata la sentenza di primo grado, con il solo parziale accoglimento del ricorso originario.

9 - L'accoglimento parziale dell'appello nei limiti innanzi esposti e la complessità della situazione che ha reso necessario ricorrere ad un approfondimento istruttorio giustificano la compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

9.1 - Le spese della verifica, così come liquidate nella notula depositata in data 24 marzo 2021 (detratto quanto eventualmente già corrisposto a titolo di acconto), possono essere poste a carico delle parti in eguale misura, trattandosi di un accertamento circa la situazione dei luoghi che in primo grado non era stato effettuato e necessario per pervenire alla decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta):

La giurisprudenza: le sentenze per esteso a cura dell'avv. Pasquale Guida

- accoglie in parte l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie nei soli limiti di cui in motivazione il ricorso di primo grado;

- compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio e pone a carico delle parti, nella misura di un mezzo per ciascuna, le spese di verifica come liquidate in motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Francesco De Luca, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 03 GEN. 2022.