

Pubblicato il 27/02/2017

Sent. n. 457/2017

REPUBBLICA ITALIANA

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 1410 del 2016, proposto da:

- Coima SGR S.p.a., già Hines Italia Sgr S.p.a., in proprio e quale gestore del Fondo Comune d'Investimento Immobiliare "Porta Nuova Varesine", Le Varesine S.à r.l., già Varesine S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dagli Avv.ti Maria Sala, Guido Alberto Inzaghi, Marta Spaini e Pier Giuseppe Torrani ed elettivamente domiciliate presso lo studio degli ultimi due in Milano, Corso Magenta n. 63;

contro

- il Comune di Milano, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Antonello Mandarano, Paola Cozzi, Maria Lodovica Bognetti, Alessandra Montagnani ed Elena Maria Ferradini ed elettivamente domiciliato in Milano, Via della Guastalla n. 6, presso la sede dell'Avvocatura comunale;

per l'accertamento

- dell'insussistenza del credito di € 9.786.588,50 vantato nei confronti delle ricorrenti dal Comune di Milano a titolo di conguaglio degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria di cui all'invito di pagamento P.G. 271670/2016 del 19 maggio 2016 della Direzione Centrale Sviluppo del Territorio, Settore Sportello Unico per l'edilizia, Servizio interventi in attuazione strumenti urbanistici, Unità organizzativa n. 1;

- del diritto delle ricorrenti allo svincolo delle fidejussioni rilasciate "a garanzia delle quote afferenti all'importo di conguaglio del costo totale degli oneri calcolati sulla base delle nuove tariffe" e alla ripetizione degli importi stessi;

- in parte qua, della deliberazione del Consiglio comunale di Milano n. 73 del 21 dicembre 2007;

- delle DD.I.I.AA. tutte di cui ai ricorsi 2619/2008, 1748/2009, 2124/2009, 2565/2009 e connessa nota comunale Sportello S.U.E. 18 settembre 2008.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto il decreto n. 795/2016 con cui è stata accolta la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare;

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

Vista l'ordinanza n. 941/2016 con cui è stata respinta la domanda cautelare formulata dalle parti ricorrenti;

Vista l'ordinanza n. 3962/2016 della Quarta Sezione del Consiglio di Stato che ha ordinato la sollecita fissazione dell'udienza di merito a questo Tribunale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 16 dicembre 2016, i difensori delle parti, come specificato nel verbale; Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 27 giugno 2016 e depositato il 28 giugno successivo, le società ricorrenti hanno chiesto l'accertamento dell'insussistenza del credito di € 9.786.588,50 vantato nei loro confronti dal Comune di Milano, a titolo di conguaglio degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, e del loro diritto allo svincolo delle fidejussioni rilasciate "a garanzia delle quote afferenti all'importo di conguaglio del costo totale degli oneri calcolati sulla base delle nuove tariffe" e alla ripetizione degli importi stessi, come stabilito con l'invito di pagamento P.G. 271670/2016 del 19 maggio 2016 della Direzione Centrale Sviluppo del Territorio, Settore Sportello Unico per l'Edilizia, Servizio Interventi in Attuazione Strumenti Urbanistici, Unità Organizzativa n. 1, con riguardo ai contenuti della Convenzione urbanistica stipulata in data 21 dicembre 2006 tra la società Varesine s.r.l. e il Comune di Milano.

L'area situata in Milano tra le Vie Galilei, Melchiorre Gioia e Viale della Liberazione (c.d. ex Varesine), originariamente adibita a scalo ferroviario, è stata oggetto di un progetto di intervento edilizio che ha dato vita a diversi contenziosi, conclusisi con la sentenza del Consiglio di Stato n. 2800/2004. Previa delibera di Giunta comunale n. 509124/2006 del 26 maggio 2006, che ne ha approvato gli elementi essenziali sia a livello edificatorio che ambientale, in data 21 dicembre 2006 è stata stipulata una Convenzione urbanistica tra la società Varesine s.r.l. e il Comune di Milano, in esecuzione della decisione del Consiglio di Stato n. 2800/2004 e in base all'art. 11 della legge n. 241 del 1990. Con particolare riferimento agli oneri di urbanizzazione, la Convenzione ha previsto che gli stessi avrebbero dovuto essere assolti tramite la realizzazione di determinate opere, quali ad esempio opere stradali con relativi sottoservizi e illuminazione pubblica, opere di allacciamento dell'area al resto del quartiere, sistemazione a verde degli spazi di proprietà comunale, spostamento di un collettore fognario e sistemazioni viabilistiche, puntualmente stimate con specifico riferimento ai costi di esecuzione. La predeterminazione del debito urbanizzativo ingenerato dal progetto Varesine ha fatto salva soltanto l'eventualità di un conguaglio nel caso in cui il costo delle opere a scomputo risultasse inferiore all'importo degli oneri di urbanizzazione, da determinarsi a opere completate. Tuttavia con deliberazione n. 73/2007, il Consiglio Comunale di Milano ha rideterminato la misura degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria ed ha aggiornato le previgenti tabelle, sostanzialmente raddoppiando l'ammontare degli oneri di urbanizzazione rispetto a quelli originariamente dovuti in applicazione delle tabelle in vigore alla data di sottoscrizione della Convenzione. La società Varesine ha avviato una interlocuzione con gli Uffici comunali al fine di ottenere la conferma dell'inapplicabilità dell'aggiornamento tariffario agli interventi attuativi della Convenzione, ma i predetti Uffici hanno disatteso la richiesta ed evidenziato che per ottenere i titoli edilizi fosse necessario calcolare gli oneri secondo gli importi stabiliti con la delibera consiliare n. 73/2007. In data 20 ottobre 2008 sono stati presentati i primi titoli edilizi – ossia delle dd.ii.aa. – relative agli Edifici 1, 2 e 3 del progetto, e al solo fine di poter proseguire l'iter edilizio, l'Operatore ha calcolato gli oneri concessori secondo i valori di cui alla deliberazione n. 73/2007, tuttavia evidenziando di non voler prestare acquiescenza alcuna alle pretese comunali – riservandosi di agire in giudizio contro di esse – e non provvedendo alla diretta corresponsione dell'importo monetario asseritamente dovuto, ma consegnando al Comune, che le ha accettate, delle polizze assicurative di valore corrispondente. La società ha poi chiesto al Comune di rivedere la sua posizione, ma in assenza di riscontro ha ritenuto di proporre ricorso per evitare di incorrere in decadenze (rubricato al R.G. n. 2619/2008). Lo stesso procedimento è stato seguito anche con riguardo ai titoli edilizi presentati nell'anno 2009 (da cui sono scaturiti i ricorsi rubricati al R.G. nn. 1748/2009, 2124/2009 e 2565/2009). All'atto della proposizione del ricorso oggetto del presente giudizio non tutte le opere a scomputo risultavano terminate e/o collaudate, come pure i lavori privati, in tal modo risultando impossibile procedere anche al conguaglio previsto dalla Convenzione.

Assumendo l'infondatezza delle pretese creditorie comunali, le ricorrenti hanno proposto ricorso, eccependo in via principale la violazione dei principi di cui al D.P.R. n. 380 del 2001 (e della previgente legge n. 10 del 1977), dei principi e degli artt. 38, 46 e 48 della legge regionale n. 12 del 2005 e della Deliberazione del Consiglio comunale di Milano n. 73/2007, la violazione ed erronea applicazione della Convenzione stipulata tra le parti il 21 dicembre 2006, la violazione dei principi di certezza dei rapporti con la Pubblica Amministrazione, della buona fede e del principio del legittimo affidamento e la violazione degli artt. 1321 c.c. e 1375 c.c.

In via subordinata, è stata dedotta l'illegittimità della richiesta di pagamento per violazione del dovere di buona fede oggettiva e del principio del legittimo affidamento, unitamente all'attuale inesigibilità delle somme richieste.

In via di ulteriore subordine, è stata dedotta l'infondatezza della pretesa creditoria per erronea determinazione delle somme e carenza di prova, per illegittimità della richiesta di pagamento per carenza di motivazione ed istruttoria, per contraddittorietà e irragionevolezza e per violazione degli artt. 7 e 10 della legge n. 241 del 1990.

Con decreto n. 795/2016 è stata accolta la domanda di sospensione dei provvedimenti impugnati e fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza cautelare.

Si è costituito in giudizio il Comune di Milano, che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con l'ordinanza n. 941/2016 questa Sezione ha respinto la domanda cautelare formulata dalle parti ricorrenti; con l'ordinanza n. 3962/2016 la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha ordinato la sollecita fissazione dell'udienza di merito a questo Tribunale.

In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 16 dicembre 2016, su conforme richiesta dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è meritevole di accoglimento.

2. Con la prima censura, proposta in via principale, le società ricorrenti assumono l'illegittimità della pretesa creditoria comunale, ammontante ad € 9.786.588,50, a titolo di conguaglio degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria previsti nella Convenzione stipulata in data 21 dicembre 2006, e chiedono lo svincolo delle fideiussioni rilasciate a garanzia, in quanto detta richiesta comunale, fondata sull'applicazione dei parametri aggiornati con la delibera consiliare n. 73/2007, sarebbe in contrasto con il carattere vincolante e intangibile della Convenzione, appartenente al novero degli accordi procedurali ex art. 11 della legge n. 241 del 1990, anche con riguardo alle partite economiche nella stessa contenute, al fine di preservare l'equilibrio contrattuale, non unilateralmente modificabile da una sola delle parti; difatti dagli obblighi assunti in sede convenzionale si ricaverebbero i termini e i criteri per determinare gli oneri di urbanizzazione, che escluderebbero il ricorso ai criteri aggiornati contenuti nella delibera n. 73/2007, come stabilito pure con la legge regionale n. 4 del 2008 e altresì auspicato dal Consiglio comunale di Milano con l'approvazione dell'ordine del giorno n. 136/2008.

2.1. La doglianza è fondata.

Va premesso che l'intervento che ha dato origine alla controversia oggetto del presente giudizio è stato ricondotto, dagli stessi contraenti, ad una "fattispecie di ristrutturazione urbanistica di area degradata, ai sensi dell'art. 31, lett. e) della L. 457/1978 e dell'art. 27, lett. f) della L.R. n. 12/2005" (cfr. pag. 2, punto 4, della Convenzione: all. 3 al ricorso).

Analizzando le singole clausole convenzionali emerge che l'operatore privato si è impegnato a progettare e a realizzare – a proprie spese e a scomuto degli oneri contributivi di urbanizzazione – le opere espressamente indicate nella medesima Convenzione (cfr. art. 4.1): si tratta di opere stradali direttamente pertinenti l'intervento (art. 4.2), di opere di allacciamento dell'area al sistema degli spazi pubblici del quartiere Garibaldi Repubblica (art. 4.3), di una parte delle attrezzature pubbliche, di

interesse pubblico e generali (art. 4.4, lett. c, d, e, f). Tali opere sono state puntualmente stimate negli allegati da 10 a 17 alla Convenzione (all. 17-25 al ricorso) e il loro costo non avrebbe potuto mai superare l'importo dovuto a titolo di oneri di urbanizzazione (art. 4.8); laddove invece il costo delle opere fosse risultato inferiore, l'operatore privato sarebbe tenuto ad effettuare il conguaglio (art. 4.9). Sulla base di quanto evidenziato in precedenza non appare giustificata la pretesa del Comune di Milano di applicare ai titoli edilizi, attuativi della Convenzione stipulata il 21 dicembre 2006, seppure formati successivamente all'entrata in vigore della delibera consiliare n. 73/2007, gli importi degli oneri di urbanizzazione aggiornati, ciò rappresentando una non consentita modificazione unilaterale degli accordi convenzionali. In senso contrario, non appare condivisibile la tesi comunale – pure avallata in sede cautelare da questa Sezione – che individua una esplicita volontà delle parti di procedere a quantificare l'ammontare degli oneri di urbanizzazione soltanto in sede di rilascio dei singoli titoli edilizi (art. 4.8), perché frutto di una lettura parziale della disposizione: la circostanza che l'importo definitivo degli oneri dovrà essere computato nell'ambito delle singole procedure non esprime implicitamente, ma univocamente, la volontà delle parti di assoggettare i vari interventi da realizzare alle tariffe in vigore al momento della loro attuazione, visto che, almeno il contraente privato, nemmeno poteva prevederne il futuro aggiornamento, ma è finalizzata a chiarire che soltanto all'esito del completamento della procedura si potrà stabilire l'entità dell'intervento, compreso il suo preciso valore monetario; oltre a ciò, il costo delle opere a scomputo risulta correlato all'entità degli oneri, già orientativamente quantificabili sulla base dei computi metrici estimativi allegati alla Convenzione (artt. 4.8 e 4.9). La quantificazione a livello orientativo degli oneri non può essere equiparata ad una totale assenza di riferimenti a livello di importi monetari, ma evidenzia, seppure in modo non puntuale, l'ordine di grandezza da prendere in considerazione dalla parte onerata, in modo da consentirle di poter valutare in maniera adeguata la portata dei propri obblighi in relazione alle complessive pattuizioni contrattuali.

A fronte del predetto quadro convenzionale, e stante la realizzazione delle opere a carico della parte privata, è da ritenere che non fosse consentito al Comune mettere in discussione quanto puntualmente e compiutamente pattuito in occasione della stipulazione della Convenzione urbanistica.

D'altra parte, se è vero che la quota di contributo per il rilascio del permesso di costruire commisurata agli oneri di urbanizzazione ha carattere generale, in quanto è dovuta a prescindere dall'esistenza o dalla necessità delle opere di urbanizzazione, e viene determinata senza tener conto né della concreta utilità che riceve il beneficiario del provvedimento, né delle spese effettivamente necessarie per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione (ex multis, Consiglio di Stato, VI, 15 luglio 2013, n. 3788), è parimenti innegabile che l'incremento nel tempo delle tariffe previste per gli oneri di urbanizzazione risponde alla finalità precipua di assicurare l'adeguatezza delle dotazioni economiche disponibili all'amministrazione al fine della realizzazione delle dotazioni infrastrutturali.

Ne discende che laddove il Comune abbia concordato con il privato di rinunciare a percepire tale quota in denaro in vista della diretta realizzazione da parte di questi delle opere necessarie e convenzionalmente individuate, l'onere a carico del privato è da ritenere integralmente assolto mediante l'assunzione dell'obbligazione alla realizzazione delle opere, sempreché questa sia poi effettivamente seguita dall'esatto adempimento di quanto pattuito.

In una siffatta ipotesi, l'effettuazione di un conguaglio, non previsto nell'accordo, appare priva di giustificazione causale e dà luogo, pertanto, a un pagamento indebito (in tal senso, T.A.R. Lombardia, Milano, II, 23 luglio 2014, n. 1997).

Oltre a ciò va pure evidenziato come il complessivo comportamento comunale sia in contrasto con i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, certamente applicabili alle convenzioni urbanistiche (T.A.R. Lombardia, Milano, II, 3 aprile 2014, n. 879), quali accordi tra privati e Amministrazione, ai sensi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 (ex multis, Cass., SS.UU., 9 marzo 2012, n. 3689; Cass., I, 28 gennaio 2015, n. 1615; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 26 luglio 2016, n. 1507), sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma 1, lettera a, n. 2, e lett. f, cod. proc. amm.; Corte costituzionale, sentenza 15 luglio 2016, n. 179; Cass., SS.UU., 5 ottobre 2016, n. 19914; Consiglio di Stato, IV, 7 maggio 2015, n. 2313).

La natura di tali accordi, e il ruolo che in essi gioca l'autonomia negoziale, sono stati chiariti dalla giurisprudenza, secondo la quale all'interno delle Convenzioni di urbanizzazione risulta prevalente il profilo della libera negoziazione. Quindi, sebbene sia innegabile che la Convenzione urbanistica, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale, rappresenti un istituto di complessa ricostruzione, non può negarsi che in questo si assista all'incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile (da ultimo, Consiglio di Stato, IV, 7 maggio 2015, n. 2313; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 26 luglio 2016, n. 1507).

In tal senso la giurisprudenza ha sostenuto che “gli impegni assunti in sede convenzionale non vanno riguardati isolatamente, ma vanno rapportati alla complessiva remuneratività dell'operazione, che costituisce il reale parametro per valutare l'equilibrio del sinallagma contrattuale e, quindi, la sostanziale liceità degli impegni stessi. In altri termini, la causa della convenzione urbanistica e cioè l'interesse che l'operazione contrattuale è diretta a soddisfare, va valutata non con riferimento ai singoli impegni assunti, ma con riguardo alla oggettiva funzione economico-sociale del negozio, in cui devono trovare equilibrata soddisfazione sia gli interessi del privato che della pubblica amministrazione” (Consiglio di Stato, V, 26 novembre 2013, n. 5603).

La necessità di salvaguardare l'equilibrio dei rapporti contrattuali anche in fase di esecuzione, in ossequio ai canoni di affidamento e buona fede e nel rispetto del rapporto di sinallagmaticità, impone di assumere come lesivo della posizione giuridica delle società ricorrenti e dei loro interessi, la determinazione comunale che ha preteso il pagamento degli oneri di urbanizzazione, secondo i parametri aggiornati successivamente alla stipula della Convenzione, trattandosi di una variazione unilaterale delle obbligazioni assunte contrattualmente, che ha privilegiato, indebitamente, l'interesse perseguito dall'Ente locale rispetto a quello dell'operatore privato, gravato di tutto il peso delle modifiche intervenute in seguito al decorso del tempo (cfr. Consiglio di Stato, IV, 17 dicembre 2014, n. 6164).

Del resto è stato affermato che, laddove il riequilibrio delle previsioni della convenzione si renda necessario al fine di assicurare il rispetto delle disposizioni normative sopravvenute, non può avvenire sulla base di un intervento unilaterale e autoritativo dell'Amministrazione, bensì soltanto in esito alla rinegoziazione tra le parti, secondo buona fede, delle prestazioni oggetto delle obbligazioni che non possano più essere adempiute nel modo originariamente convenuto (T.A.R. Lombardia, Milano, II, 10 febbraio 2017, n. 346; 26 luglio 2016, n. 1507).

Diversamente si sarebbe dovuto procedere, consensualmente, ad una revisione anche dell'impegno finanziario posto a carico della parte privata, attraverso un'attualizzazione e un aggiornamento del valore e dei costi delle opere che la stessa ha realizzato o si è impegnata a realizzare.

2.2. Ciò determina l'accoglimento della predetta doglianza.

2.3. La fondatezza della sopra esposta censura determina l'accoglimento del ricorso e, previo assorbimento delle restanti doglianze, peraltro proposte in via subordinata, va disposto l'annullamento della nota comunale impugnata – invito di pagamento P.G. 271670/2016 del 19 maggio 2016 – e quindi va dichiarata l'insussistenza del credito di € 9.786.588,50 vantato dal Comune di Milano nei confronti delle ricorrenti a titolo di conguaglio degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, in relazione agli interventi edilizi scaturenti dall'attuazione della Convenzione stipulata in data 21 dicembre 2006. Quanto alla richiesta di svincolo delle fidejussioni, va preso atto che il Comune vi ha proceduto in data 10 novembre 2016 (all. 56 del Comune).

4. Le spese di giudizio, avuto riguardo alle peculiarità della controversia, possono essere compensate tra le parti, fatto salvo il rimborso del contributo unificato in favore delle ricorrenti da porre a carico del Comune di Milano.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, accerta l'insussistenza del

credito di € 9.786.588,50 vantato dal Comune di Milano a titolo di conguaglio degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria di cui all'invito di pagamento P.G. 271670/2016 del 19 maggio 2016.

Spese compensate, fatto salvo il rimborso del contributo unificato in favore delle ricorrenti e a carico del Comune di Milano.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 16 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Mario Mosconi, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Angelo Fanizza, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Antonio De Vita

IL PRESIDENTE

Mario Mosconi

IL SEGRETARIO