



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 620 del 2010, proposto a' sensi dell'art. 3 del T.U. approvato con R.D. 14 aprile 1910 n. 639 da:

G.I.S. - Gestione Impianti Sportivi e Tempo Libero Srl, rappresentato e difeso dall'Avv. Bruno Barel e dall'Avv. Alberto Dal Bello, con domicilio eletto in Venezia presso la Segreteria della Sezione, dapprima a' sensi del combinato disposto dell'art. 19, primo comma, della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 e dell'art. 35 del T.U. approvato con R.D. 26 giugno 1924 n. 1054 e, quindi, a' sensi dell'art. 25, comma 1, cod. proc. amm.

***contro***

Comune di Malo (Vi), in persona del Sindaco *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Dario Meneguzzo, con domicilio eletto in Venezia-Mestre presso lo studio dell'Avv. Gabriele De Goetzen , viale Giuseppe Garibaldi N. 1/I;

*per l'annullamento o riforma dell'ingiunzione prot. n. 2901 dd.  
10 febbraio 2010 di pagamento della somma di € 200.000,00.- a  
titolo di penale per ritardo nell'ultimazione dei lavori di  
realizzazione della piscina comunale in località "pascoletto"  
emessa dal comune di malo, e per il conseguente accertamento  
dell'insussistenza del diritto di credito vantato al riguardo dal  
medesimo comune di malo.*

Visti il ricorso in epigrafe e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Malo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2010 il dott.  
Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori, Avv. Caucci, in  
sostituzione dell'Avv. B. Barel per la parte ricorrente e l'Avv. D.  
Meneguzzo per il Comune di Malo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1.1. La ricorrente, G.I.S. – Gestione Impianti Sportivi e Tempo Libero S.S.D. a r.l. è una società sportiva dilettantistica operante nel settore della pratica sportiva, con particolare riguardo alle discipline natatorie.

G.I.S. espone di aver presentato nel 2001 al Comune di Malo (Vicenza) una proposta di realizzazione gestione mediante *project*

*financing* di un impianto sportivo polifunzionale, con assunzione a carico della medesima proponente di una quota pari al 65% circa dell'importo dei lavori, all'epoca stimati in oltre 4 milioni di Euro, nel mentre il residuo 35% circa sarebbe stato corrisposto dall'Amministrazione Comunale; G.I.S., quale concessionaria dell'impianto, avrebbe remunerato il proprio investimento iniziale mediante gli introiti della gestione di durata trentennale.

G.I.S. espone pure di essersi resa aggiudicataria della concessione, in un quadro economico nel quale essa ha contribuito alla realizzazione dell'opera con € 3.093.133,16.- e il Comune con € 1.394.443,63.-

La medesima G.I.S. precisa di aver ottenuto a tale riguardo un mutuo dall'Istituto per il Credito Sportivo a parziale copertura della propria quota di finanziamento, per il resto coperta con i fondi dei propri soci.

Il contratto di concessione, sottoscritto in data 17 giugno 2002 (cfr. doc. 3 di parte ricorrente) contempla pure la costituzione a favore di G.I.S. di un diritto di superficie a termine, decorso il quale il Comune rimarrà esclusivo proprietario dell'area e degli impianti ivi realizzati.

Nello stesso contratto di concessione è stato fissato per l'ultimazione dei lavori il termine di 365 giorni dalla consegna del cantiere.

In dipendenza di alcuni ritardi in data 23 novembre 2004 è stata sottoscritta una prima convenzione integrativa (cfr. *ibidem*, doc. 4), per effetto della quale il termine per l'ultimazione dei lavori è stato fissato al 30 settembre 2005 con pattuizione di una penale di € 50.000,00.- per l'evenienza della ritardata ultimazione dei lavori medesimi.

IL Comune si è – altresì – impegnato a garantire con fideiussione l'accensione da parte di G.I.S. del predetto mutuo per € 2.639.090,00.- presso l'Istituto per il Credito Sportivo; e, correlativamente, G.I.S. ha assunto a proprio carico alcuni oneri extracontrattuali derivanti dalla necessità di ottemperare alle prescrizioni formulate dalla Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici per le provincie di Verona, Rovigo e Vicenza sul progetto esecutivo dell'opera, stimati dapprima in € 186.000,00.- circa e, quindi, aumentati sino all'importo di € 217.000,00.- (cfr. *ibidem*, doc. 10).

Le parti hanno quindi concluso in data 18 febbraio 2005 (cfr. *ibidem*, doc. 5) una seconda convenzione integrativa in sostituzione di quella sottoscritta il 23 novembre 2004, introducendo una controgaranzia di G.I.S. per la fideiussione anzidetta prestata dall'Amministrazione Comunale, confermando l'obbligo per G.I.S. di realizzare a proprio carico i predetti oneri extracontrattuali e stabilendo che, comunque, l'importo dell'opera rimaneva *“fisso e invariabile per l'Amministrazione Comunale”*.

Una terza convenzione integrativa è stata quindi sottoscritta tra le parti in data 14 novembre 2005 (cfr. *ibidem*, doc. 5), recante un nuovo differimento per la conclusione dei lavori alla data del 31 dicembre 2005 e la rideterminazione della penale per la ritardata conclusione dei lavori nell'importo di € 100.000,00.-

Da ultimo, con una quarta convenzione integrativa sottoscritta il 30 gennaio 2006 (cfr. *ibidem*, doc. 7) è stata stabilita la data del 30 aprile 2006 per l'ultimazione dei lavori e la data del 30 giugno 2006 per

L'apertura degli impianti, nel mentre l'Amministrazione Comunale ha incamerato la predetta penale di € 100.000,00.- stabilita con la precedente convenzione integrativa ed ha pattuito con G.I.S. un'ulteriore penale di € 200.000,00.- per il caso di ulteriore ritardo rispetto al crono programma dei lavori.

G.I.S. espone, a questo punto, che in data 26 aprile 2006 è stato emesso dal Direttore dei Lavori il certificato di regolare esecuzione dei lavori medesimi (cfr. *ibidem*, doc. 8), recante la dichiarazione "*che l'opera finita è collaudabile*".

Le operazioni di collaudo, peraltro, sono iniziate soltanto il 20 giugno 2006, e sono proseguite con plurime visite dedicate alle singole parti dell'impianto.

Nel certificato di collaudo dd. 23 ottobre 2006 (cfr. doc. 9 di parte ricorrente) si afferma, quindi, che la data di ultimazione dei lavori sarebbe quella del 30 giugno 2006 anziché quella del 26 aprile 2006, e che non risulterebbe allestita la c.d. "*area benessere*", ossia uno spazio di circa mq. 100 destinato al futuro insediamento di un centro estetico, con conseguente esclusione dello spazio stesso dal collaudo.

Pertanto, il collaudatore ha operato nel proprio certificato la detrazione di € 200.000,00.- a fronte dell'asserito ritardo nell'ultimazione dei lavori e di € 62.585,00.-, pari a € 500,00.- per metro quadro, per il mancato completamento dell'anzidetta "*area benessere*".

Tali determinazioni del collaudatore sono state fermamente contestate da C.I.S. (cfr. *ibidem*, doc. 11).

A sua volta, la Giunta Comunale di Malo ha disposto con deliberazione n. 147 dd. 24 ottobre 2006 (cfr. *ibidem*, n. 12) la detrazione dall'appalto dell' "area benessere", riservando ad altro provvedimento ogni decisione sull'applicazione della penale.

Tale riserva è stata sciolta soltanto nel gennaio 2013 con l'avvio del relativo procedimento (cfr. *ibidem*, doc. 13); G.I.S. ha ritualmente presentato le proprie osservazioni al riguardo, controdedotte a sua volta dall'Amministrazione Comunale.

A conclusione del procedimento stesso, con deliberazione n. 60 dd. 25 giugno 2009 la Giunta Comunale ha disposto l'applicazione della penale di € 200.000,00.- "per il mancato rispetto dei termini di consegna dell'impianto natatorio da parte di G.I.S. – Gestione Impianti Sportivi e Tempo Libero S.r.l. di Castelfranco Veneto", e in esecuzione di tale provvedimento è stata conseguentemente emessa da parte della stessa Amministrazione Comunale, a' sensi del T.U. approvato con R.D. 14 aprile 1910 n. 639, l'ingiunzione di pagamento di tale somma.

1.2. Con il ricorso in epigrafe G.I.S. propone pertanto innanzi a questo giudice opposizione a' sensi e per gli effetti dell'art. 3 del medesimo T.U. 639 del 2020, illustrando in proposito la carenza assoluta dei presupposti per l'applicazione della penale contrattuale e concludendo in via principale per l'annullamento dell'ingiunzione, nonché in via subordinata avanzando istanza di riduzione della penale in via equitativa, a' sensi dell'art. 1384 c.c.

2. Si è costituito in giudizio il Comune di Malo, eccependo in via preliminare il difetto di giurisdizione di questo giudice e concludendo,

comunque, per la reiezione del ricorso previa puntuale replica alle censure avversarie.

3. Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Il Collegio deve innanzitutto farsi carico di disaminare l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sollevata dalla difesa dell'Amministrazione Comunale.

4.2. Secondo la prospettazione del Comune nel caso di specie si verterebbe in tema di concessione di lavori pubblici, così come definita dall'art. 3, comma 11, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, laddove il corrispettivo della realizzazione dell'opera consiste – come, per l'appunto, nel caso dell'impianto sportivo realizzato da G.I.S. – “nel diritto di gestire l'opera ... accompagnato da un prezzo”, con conseguente attrazione della fattispecie nella giurisdizione del giudice ordinario trattandosi di vertenza attinente alla fase esecutiva di tale contratto, non rientrante di per sé nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo così come descritta - con riguardo al generale principio contenuto nell'art. 5 c.p.c., come sostituito dall'art. 2 della L. 26 novembre 1990 n. 353, in forza del quale “la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo” - dall'art. 245, comma 1, del D.L.vo 163 del 2006 nel suo testo originario (“Gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori,

servizi e forniture previsti dal presente codice, nonché i provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili ... mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente”) e – ora – dall’art. 233, comma 1, lett. e), n. 1 cod. proc. amm. (“controversie ... relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”).

Sempre secondo la difesa del Comune, anche ove si ritenesse che nella specie si verte in materia di concessione di pubblici servizi, nondimeno la giurisdizione apparterrebbe comunque al giudice ordinario avuto riguardo alla corretta interpretazione dell’art. 33 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80 -vigente, per l’appunto, all’epoca della proposizione del ricorso da parte di G.I.S. così come riformulato con sentenza della Corte Costituzionale n. 204 dd. 6 luglio 2004 - posto che nella decisione resa da Cons. Giust. Sic., Sez. giurisd., 29 luglio 2005 n. 506 si legge “che dalla giurisdizione del giudice amministrativo esulino le questioni relative al successivo e distinto momento dell’esecuzione del contratto, stipulato a seguito della procedura concorsuale, in quanto attinente a posizioni di diritto soggettivo, è affermazione che già prima della sentenza della Corte



Costituzionale n. 204 del 2004 trovava consenso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato e in quella delle Sezioni Unite della Cassazione (cfr. per tutte: Cass., SS.UU., 30 marzo 2000 n. 72; Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 2003 n. 3868 e Sez. VI, 26 giugno 2003 n.3850). Con la citata sentenza della Corte Costituzionale qualsiasi possibile dubbio al riguardo è stato fugato. Essa, nel dichiarare con una tipica sentenza additiva, l'illegittimità dell'art. 33 del D.L.vo 31 marzo 1998 n. 80, ne ha riscritto il contenuto, devolvendo al giudice amministrativo soltanto le controversie in materia di pubblici servizi *“relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore”*, con ciò statuendo l'esclusione dalla cognizione di quel giudice delle questioni riguardanti l'esecuzione del rapporto contrattuale per attribuirle a quella del giudice ordinario”.

La difesa del Comune rimarca – altresì – il senso e la finalità della predetta sentenza additiva della Corte Costituzionale, fondata sul principio per cui “la materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciutale dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere

autoritativo: art. 11 della L. 241 del 1990)” (cfr. *ivi*), ed evidenzia che nel caso di specie il Comune di Malo ha agito nell’ambito rapporti contrattuali instaurati con la G.I.S. dopo l’aggiudicazione disposta nei riguardi di quest’ultima e al fine precipuo di far valere una clausola contrattuale accettata esplicitamente dalla medesima G.I.S.

4.3. Il Collegio, per parte propria, reputa viceversa che nella specie sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, invero contemplata all’epoca della proposizione del ricorso da parte di G.I.S. dal predetto art. 33 del D.L.vo 80 del 1998 così come già a quel tempo innovato dalla predetta sentenza additiva della Corte Costituzionale nel senso che “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla L. 14 novembre 1995 n. 481”.

A tale disciplina letteralmente corrisponde, ora, quella contenuta nell’art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., in forza della quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo

“le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di pubblica utilità”.

Peraltro, tale disciplina rientra, in un rapporto tra *genus* e *species*, nella più generale attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva in materia di concessioni amministrative (cfr., all'epoca della proposizione del ricorso, l'art. 5 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 come modificato dall'art. 33 del D.L.vo 80 del 1998 nel testo sostituito per effetto dell'art. 7 della L. 21 luglio 2000 n. 205: “Sono devoluti alla competenza dei tribunali amministrativi regionali i ricorsi contro atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici. ... . Resta salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle dei Tribunali delle acque pubbliche e del Tribunale superiore delle acque pubbliche, nelle materie indicate negli articoli 140-144 del T.U. 11 dicembre 1933, n. 1775”; cfr., ora, l'art. 133, comma 1, lett. b, cod. proc. amm., il quale letteralmente conferma che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo “le controversie aventi ad oggetto atti e

provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche”).

Ciò posto, va evidenziato che anche dopo la predetta sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato, in un caso assolutamente speculare al presente (costruzione e gestione di un impianto sportivo da parte di società concessionaria dell'Amministrazione Comunale), che la giurisdizione in materia appartiene al giudice amministrativo, anche avuto riguardo la controversia oggetto di causa atteneva a diritti ed obblighi che la parte asseriva nascenti dalla convenzione e successive modifiche costituente concessione di beni pubblici e di un servizio pubblico, controversia che “è devoluta al giudice amministrativo sia ai sensi del citato art. 33 del D.L.vo 80 del 1998, come novellato dalla L. n. 205 del 2000, anche depurato dall'intervento della Corte costituzionale, sia - per quanto attiene alla concessione dei beni pubblici - ai sensi della L. n. 1034 del 1971, artt. 5 e 7, come modificati dalla L. n. 205 del 2000, art. 7, giurisdizione estesa anche “alle questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ... e agli altri diritti patrimoniali consequenziali”; e ciò in quanto le concessioni di costruzione e gestione non sono assimilabili ai contratti di appalto “se il concessionario che realizza l'opera trova compenso alla propria attività nella successiva gestione, profilandosi la costruzione del nuovo impianto come attività meramente strumentale” rispetto alla

concessione del bene medesimo disposta poi a favore del soggetto che lo ha realizzato; “nel caso in esame la previsione della gestione economica del bene da realizzare - costituente in maniera evidente il fulcro della convenzione stipulata tra le parti - è certamente preclusiva della possibilità di equiparare la stessa all'appalto, evidenziandosi la natura di atto concessorio” ,e “pertanto, in tale ipotesi trova applicazione la disciplina dettata dall'art. 5 della L. 1034 del 1971, che attribuisce le controversie alla giurisdizione del giudice amministrativo” (cfr. *ivi*; cfr., altresì, nello stesso senso Cass. Civ., SS.UU., 1 luglio 2008 n. 17926).

Sempre in casi analoghi, questo stesso T.A.R. ha seguito il medesimo indirizzo (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 6 luglio 2007 n. 2295 e Sez. I, 3 marzo 2004 n. 479), dal quale non reputa da discostarsi.

La giurisdizione sul presente rapporto spetta, pertanto, a questo giudice, con l'ulteriore notazione, per quanto segnatamente attiene all'art. 3 del T.U. approvato con R.D. 639 del 1910, che esso “non reca deroga alle norme regolatrici della giurisdizione nel vigente ordinamento giuridico e, pertanto, non può essere invocata per ricondurre nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice ordinario vertenze che, con riguardo alla natura dei rapporti dedotti ed alla normativa ad essi relativa, debbano essere riservate alla cognizione di altro giudice” (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2005 n. 6748 e Cass. Civ., SS.UU., 30 gennaio 2002 n. 1238).

5.1. Tutto ciò premesso, il ricorso va accolto.

5.2. A' sensi dell'art. 2 dell'atto integrativo dd. 31 gennaio 2006, G.I.S. si è testualmente impegnata *“allo scrupoloso rispetto delle scadenze indicate nel crono programma ... e a concludere i lavori entro il termine del 30 aprile 2006 con la consegna del relativo certificato di fine lavori corredato dalle certificazioni di conformità dell'opera. La verifica di quanto sopra verrà effettuata dal responsabile del procedimento in contraddittorio con il Direttore dei Lavori. Il mancato rispetto delle previsioni complessive di crono programma comporterà l'applicazione di una ulteriore penale di € 200.000,00.-”*.

Consta dagli atti di causa che il Direttore dei Lavori ha debitamente certificato l'ultimazione dei lavori e la loro regolare esecuzione in data 26 aprile 2006 e che, peraltro, l'Amministrazione Comunale ha irrogato la penale di € 200.000,00.- a carico di G.I.S. in considerazione di quanto emerso dalla relazione del collaudatore, secondo il quale – viceversa – sussistevano *“significative carenze relative al completamento della struttura”* (cfr. il certificato di collaudo, doc. 9 di parte ricorrente, pag. 11).

Ad avviso dell'Amministrazione Comunale, inoltre, G.I.S. non aveva comunque prodotto entro il predetto termine del 30 aprile 2006 i certificati di conformità degli impianti; e, sempre il predetto termine del 30 aprile 2006, non sarebbe stata ultimata l' *“area benessere”*, descritta dal collaudatore come sprovvista di *“pareti divisorie; pavimentazione; rivestimenti”*, nonché priva di *“tutta l'impiantistica specifica (impianti elettrici e idrosanitari); tutta l'attrezzatura di allestimenti (idromassaggio, solarium, etc.)”* (cfr. *ibidem*, pag. 17).

Orbene, per quanto attiene all' *“area benessere”*, va evidenziato che la

stessa è stata stralciata dal collaudo e dalla conseguente contabilità, avendo il medesimo collaudatore disposto al riguardo una detrazione per complessivi € 62.585,00.- dalla somma spettante a G.I.S.

Tale detrazione, all'evidenza, si configura come compensativa per l'inadempimento da parte di G.I.S., la quale non ha in effetti completato tale parte dell'impianto, nel mentre l'inadempimento stesso non può, *ex se*, costituire presupposto per l'applicazione della penale.

Infatti, l'art. 1383 c.c. dispone espressamente che la somma pattuita a titolo di penale non è dovuta nel caso di inadempimento, a meno che non sia stata espressamente convenuta per tale specifica ipotesi. La clausola penale, infatti, mira a determinare preventivamente il risarcimento del danno solo in relazione alla ipotesi pattuita, che può consistere nel ritardo o nell'inadempimento. Essa, di conseguenza, non può operare in un'ipotesi diversa (cfr., *ex multis*, Cass. Civ., Sez. II, 12 febbraio 2010 n. 3447).

Nel caso di specie, la disciplina convenzionalmente stabilita tra le parti riconosce alla penale una funzione sanzionatoria per il ritardo nell'esecuzione dei lavori, e avendo lo stralcio dell' "area benessere" sanzionato comunque a carico dell'impresa esecutrice dei lavori l'inadempimento di un obbligo contrattuale precedentemente assunto, la penale non può essere applicata cumulativamente allo stralcio medesimo.

Per quanto attiene ai rilievi del collaudatore secondo il quale sussisterebbero "*significant carenze relative al completamento della struttura*",

va evidenziato che a' sensi dell'allora vigente art. 196 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 il collaudatore può "prescrivere" all'appaltatore "specificamente le lavorazioni da eseguire" allorquando "i difetti e le mancanze sono di poca entità e riparabili in breve tempo".

Tale disposizione è stata puntualmente applicata nel caso di specie per talune mancanze riscontrate dal collaudatore nel corso delle sue visite; e, precisamente: in data 17 giugno 2006, con una richiesta di adeguamento dei disegni e di predisposizione di una tavola con l'esatta indicazione dei rilevatori di fumo; in data 25 luglio 2006 con una richiesta di predisposizione di un documento "*che rappresenti le regolazioni, le codifiche, i cablaggi del controllo impianto trattamento aria*", nonché di adeguamento delle tavole grafiche "*a tutti i rilievi evidenziati in sede di visita*"; in data 1 agosto 2006 con la richiesta di acquisizione del certificato di collaudo dell'ascensore, con la richiesta di specificazione delle modalità con le quali si sarebbe ottemperato alla prescrizione della competente Azienda U.L.S.S. di presentare una relazione illustrativa corredata da tavola grafica sulle modifiche apportate con la perizia di assestamento finale dell'opera e con la richiesta di installare dei "*pannelli in plexiglass o altro materiale a protezione dei parapetti delle tribune*"; in data 3 agosto 2006 con la reiterazione delle richieste formulate nella precedente visita dell'1 agosto 2006; in data 4 settembre 2006, con al richiesta di specificare le modalità che si intendevano adottare per corrispondere alle prescrizioni del C.O.N.I. in materia di superamento delle barriere architettoniche sensoriali sollecitate dalla Federazione Italiana Sport Disabili: richiesta, questa,



soddisfatta con l'impegno da parte di G.I.S. di supportare la fruizione dell'impianto, da parte dei non vedenti, con proprio personale qualificato; in data 22 settembre 2006, con la richiesta di *"applicare fasce autoadesive per evidenziare le vetrate fisse ai piani terra e primo"*.

Come ben si vede, da quanto sopra ben emerge che – in realtà – il collaudatore non ha evidenziato quelle *"significative carenze relative al completamento della struttura"* da lui poi apoditticamente affermate, essendo stati da lui prescritti meri adempimenti cartacei o, al più, l'installazione di *"pannelli in plexiglass o altro materiale a protezione dei parapetti delle tribune"* e di *"fasce autoadesive per evidenziare le vetrate fisse ai piani terra e primo"*, ossia di meri manufatti di dettaglio destinati alla miglioria dell'opera e che, per la loro assenza, per certo non potevano configurarsi come impeditivi della circostanza dell'avvenuto completamento dell'opera alla data del 26 aprile 2006, come – per l'appunto – certificato dal Direttore dei Lavori.

Ove dunque il collaudatore avesse riscontrato deficienze nell'opera effettivamente riconducibili a difetti nella sua pur dichiarata ultimazione, avrebbe dovuto ricusare il rilascio del certificato di collaudo; e, non essendo ciò avvenuto, risulta pertanto *per tabulas* che l'opera stessa è stata effettivamente completata nella predetta data del 26 aprile 2006.

Per quanto, da ultimo, attiene alla mancata consegna delle certificazioni di conformità degli impianti tecnologici, secondo la prospettazione del Comune tale consegna si identificherebbe con la consegna, disposta dall'anzidetto art. 2 dell'atto integrativo dd. 31

gennaio 2006, con la “*consegna del ... certificato di fine lavori corredato*” – per l'appunto – “*dalle certificazioni di conformità dell'opera*”, ossia (anche) delle certificazioni di conformità dei diversi impianti tecnologici ivi installati.

Giova evidenziare che, all'epoca dei fatti di causa, risultava ancora vigente in materia l'art. 9 della L. 5 marzo 1990 n. 46, il quale disponeva al comma 1 che “al termine dei lavori l'impresa installatrice è tenuta a rilasciare al committente la dichiarazione di conformità degli impianti realizzati. ... Di tale dichiarazione, sottoscritta dal titolare dell'impresa installatrice e recante i numeri di partita IVA e di iscrizione alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, faranno parte integrante la relazione contenente la tipologia dei materiali impiegati nonché, ove previsto, il progetto di cui all'articolo 6”.

L'art. 7 del D.P.R. 6 dicembre 1991 n. 447, recante a sua volta la disciplina di esecuzione della medesima L. 46 del 1990 e parimenti vigente all'epoca dei fatti di causa, disponeva a sua volta che “la dichiarazione di conformità viene resa sulla base di modelli predisposti con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, sentiti l'UNI e il CEI”.

In effetti, soltanto per effetto dell'art. 7, comma 1, del D.M. 22 gennaio 2008 n. 37 – ossia soltanto in epoca successiva ai fatti di causa, e in sede di integrale revisione della disciplina previgente in materia – è stato espressamente imposto che il rilascio della dichiarazione di conformità anzidetta avvenga esclusivamente “previa

effettuazione delle verifiche previste dalla normativa vigente, comprese quelle di funzionalità dell'impianto".

Tuttavia, tale nuova disposizione altro non ha fatto che "esternalizzare" nell'ambito delle fonti normative statuali quanto già le norme tecniche UNI EN ISO già correntemente prevedevano e a tutt'oggi prevedono (significativa è in tal senso la locuzione "verifiche previste dalla normativa vigente" contenuta nello stesso art. 7 del D.M. 37 del 2008): ossia che il rilascio della dichiarazione di conformità sia subordinato alla verifica iniziale della funzionalità dell'impianto (cfr., ad es., le norme UNI 11224 in materia di impianti antincendio, così come vigenti all'epoca dei fatti di causa e contemplanti espressamente controlli iniziali).

Precisato ciò, la ricorrente ha diffusamente documentato le difficoltà di allaccio con la rete ENEL che hanno contraddistinto la realizzazione dell'opera, con la conseguenza che l'allaccio e l'attivazione della relativa utenza è avvenuta soltanto nel giugno del 2006 e che le verifiche iniziali degli impianti tecnologici e il rilascio delle relative certificazioni è avvenuta in epoca immediatamente successiva (cfr. doc. 14 *usque* 22 di parte ricorrente).

Né il Comune offre comprova circa la sussistenza di comportamenti, da parte di G.I.S., tali da aver concorso nei ritardi di ENEL.

Il ritardo della consegna dei certificati di cui trattasi non è pertanto imputabile a G.I.S., trovando a' sensi dell'art. 1218 c.c. il proprio presupposto in un'impossibilità della prestazione derivante, alla data del 30 aprile 2006, da causa ad essa non imputabile e - comunque - riconducibile ad obblighi di pubblica incolumità ottemperabili

soltanto previo allacciamento dell'utenza elettrica, dipendente esclusivamente - a sua volta - da altro soggetto.

6. Le spese e gli onorari del giudizio possono, comunque, essere integralmente compensabili tra le parti, ponendo peraltro a carico del Comune di Malo il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio, ponendo a carico del Comune di Malo il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/03/2011

IL SEGRETARIO

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