



IL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI TRA RINVII ALLA CORTE UE, PROCEDURA DI INFRAZIONE E «DECRETO SBLOCCA CANTIERI»

Le questioni aperte

La realizzazione delle opere di urbanizzazione «a
scomputo» e delle opere pubbliche oggetto di accordi
perequativi

*Roberto Travaglini – Confindustria Vicenza
12 aprile 2019*

Tanto per incominciare

Dal Codice dei contratti pubblici



Al decreto Sblocca cantieri (C.dM. 19.03.2009 «salvo intese»)



Bruxelles, 24.1.2019

2018/2273

C(2019) 452 final

Signor Ministro,

desidero richiamare la Sua attenzione sulla mancata conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, vale a dire la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione¹, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici² e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali³.

Come di seguito illustrato, la Commissione ha individuato disposizioni non conformi in diversi articoli del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, contenente il codice dei contratti pubblici e modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56⁴ (in appresso "il codice italiano dei contratti pubblici" o "il decreto legislativo 50/2016"), e nell'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (in appresso "il DPR 380/2001")⁵.

La costituzione in mora – Infrazione n. 2018/2273

¹ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 1).

² Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 65).

³ Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE (GU L 94 del 28.3.2014, pag. 243).

⁴ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (codice dei contratti pubblici), come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56.

⁵ Decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), come modificato in particolare dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

La norma sub iudice

Art.36, comma 4, d. lgs. 50/2016, come modificato dal d. lgs. 56/2017

Nel caso di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), calcolato secondo le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 9, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.

Art.16, comma 2-bis, d.P.R. 380/2001

Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Le opere di urbanizzazione a scomputo nella procedura d'infrazione UE

B) Violazione dell'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE in relazione alle opere di urbanizzazione

«L'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380/2001 (in appresso denominato "il DPR 380/2001") dispone che l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria, di importo inferiore alla soglia UE, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e "non trova applicazione il codice dei contratti pubblici"»

Tale comma 2-bis, che è stato aggiunto nell'articolo 16 del DPR 380/2001 nel 2011 dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, può essere inteso in due modi diversi:

... (segue)

Le opere di urbanizzazione a scomputo nella procedura d'infrazione UE

«● Esso può essere interpretato nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare ciascun lotto senza applicare il codice dei contratti pubblici qualora abbiano prima verificato che il valore cumulato dei lotti è inferiore alla soglia UE, come previsto dall'articolo 9, paragrafo 5, lettera a), secondo comma, della direttiva 2004/18/CE (fino al 17 aprile 2016) e dall'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE (dal 18 aprile 2016). Tale interpretazione è compatibile con la direttiva (in appresso "l'interpretazione conforme").

«● Il comma 2-bis può, tuttavia, essere interpretato anche nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici possono ignorare tutte le disposizioni del codice dei contratti pubblici, inclusa quella che recepisce la disposizione della direttiva in questione. In base a tale interpretazione, l'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare ciascun lotto senza applicare il codice, non soltanto se il valore cumulato dei lotti è inferiore alla soglia UE, ma anche se il valore di ciascun singolo lotto, considerato in modo isolato rispetto agli altri lotti, è inferiore alla soglia UE. Tale interpretazione è incompatibile con la direttiva (in appresso "l'interpretazione non conforme").»

Le opere di urbanizzazione a scomputo nella procedura d'infrazione UE

«L'indagine EUP(2015)7994 ha rivelato che le Autorità italiane seguono l'interpretazione non conforme dell'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001. Infatti, con la deliberazione n. 46 del 3 maggio 2012, l'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici (in appresso "l'AVCP") ha dato indicazioni alle amministrazioni aggiudicatrici italiane affinché seguissero l'interpretazione non conforme dell'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001.

In risposta alle osservazioni della Commissione nell'ambito dell'indagine EUP(2015)7994, nel 2017 le Autorità italiane hanno modificato l'articolo 36, comma 4, del decreto legislativo 50/2016 aggiungendovi un riferimento all'articolo 35, comma 9, del decreto legislativo 50/2016. L'articolo 36, comma 4, del decreto legislativo 50/2016, quale modificato, dispone che, nel caso di opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001 – vale a dire che l'esecuzione delle opere è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il codice dei contratti pubblici – se il valore delle opere “calcolato secondo le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 9” del codice è inferiore alla soglia UE.»

Le opere di urbanizzazione a scomputo nella procedura d'infrazione UE

«Sennonché, nel marzo 2018 l'Autorità Nazionale Anticorruzione (in appresso "l'ANAC", che nel 2014 ha sostituito l'AVCP) ha adottato la delibera n. 206 del 1° marzo 2018, dando ancora una volta alle amministrazioni aggiudicatrici italiane l'indicazione di seguire l'interpretazione non conforme dell'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001.

In effetti, la sezione 2.2 della citata delibera 206/2018 dispone quanto segue:

a) Il valore delle opere di urbanizzazione, incluse le opere di urbanizzazione primaria, deve essere computato in conformità dell'articolo 5, paragrafo 8, della direttiva 2014/24/UE.

b) Tuttavia, in applicazione dell'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001, per quanto concerne le opere di urbanizzazione primaria a carico del titolare del permesso di costruire, se il titolare del permesso di costruire affida tali opere di urbanizzazione primaria ad altri operatori economici (in appresso "le opere di urbanizzazione primaria riaggiudicate") e se il valore di tali opere di urbanizzazione primaria riaggiudicate è inferiore alla soglia UE, in tal caso il codice non trova applicazione e il valore di tali opere di urbanizzazione primaria riaggiudicate non va dunque aggiunto al valore delle altre opere di urbanizzazione (da eseguirsi nel quadro del progetto di costruzione in questione).»

Le opere di urbanizzazione a scomputo nella procedura d'infrazione UE

«La disposizione di cui alla precedente lettera b) viola l'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE in quanto, nei casi in cui un dato progetto di costruzione preveda sia "opere di urbanizzazione primaria riaggiudicate" sia "altre opere di urbanizzazione", tale disposizione determina una riduzione artificiale del valore calcolato dell'appalto, in quanto alcuni lotti, vale a dire le opere di urbanizzazione primaria riaggiudicate, sono considerati isolatamente rispetto agli altri lotti, vale a dire le altre opere di urbanizzazione da eseguirsi nel quadro di tale progetto.»

[...]

«Mediante nota del 17 gennaio 2019, le Autorità italiane hanno comunicato quanto segue: il 24 dicembre 2018 il Consiglio di Stato ha reso un parere il quale avalla l'interpretazione conforme dell'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001 (parere 2942/2018); alla luce di tale parere, l'ANAC provvederà a modificare la sua delibera 206/2018.

A tale riguardo, la Commissione osserva che tali recenti sviluppi non possono essere considerati risolutivi, anche perché la annunciata modifica della delibera ANAC 206/2018 non è ancora stata effettuata.»

Le opere di urbanizzazione a scomputo nella procedura d'infrazione UE

«Alla luce di quanto precede, la Commissione conclude che l'articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001 viola l'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE, in quanto tale articolo 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001 può, ovvero deve, essere interpretato nell'ordinamento giuridico italiano nel senso che le amministrazioni possono aggiudicare alcune "particolari" opere di urbanizzazione senza applicare il codice italiano dei contratti pubblici, non solo qualora il valore aggregato di tutte le opere di urbanizzazione sia al di sotto della soglia UE, ma anche qualora il valore di tali opere di urbanizzazione "particolari", considerate isolatamente rispetto alle altre opere, sia al di sotto della soglia UE.»

*Il quadro normativo delle
opere di urbanizzazione.
Dalla storia ai giorni nostri ...*

Art. 28, 5° comma, Legge 1150/1942 (*Lottizzazione di aree*)

L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascrivere a cura del proprietario, che preveda:

- 1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate nell'articolo 4 della legge 29.09.1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2;
- 2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi (... omissis ...);
- 3) i termini non superiori a dieci anni entro i quali deve essere ultimata la esecuzione delle opere di cui al precedente paragrafo;
- 4) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione.

Art. 28, 7° comma, Legge 1150/1942
(Lottizzazione di aree)

Il rilascio delle licenze edilizie nell'ambito dei singoli lotti è subordinato all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relative ai lotti stessi.

Art. 12, comma 2, DPR 380/2001
(Presupposti per il rilascio del permesso di costruire)

2. Il permesso di costruire è comunque subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del Comune dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso.

Art. 19 L.R. 11/2004
(*Piani urbanistici attuativi – PUA*)

2. In funzione degli specifici contenuti, il piano urbanistico attuativo è formato dagli elaborati necessari individuati tra quelli di seguito elencati:

... *omissis* ...

h) l'individuazione delle aree da cedere o vincolare;

i) lo schema delle opere di urbanizzazione e delle infrastrutture a rete;

... *omissis* ...

m) la convenzione o gli atti unilaterali d'obbligo;

n) il capitolato e il preventivo sommario di spesa.

3. I PUA sono attuati dagli aventi titolo, anche mediante comparti urbanistici e relativi consorzi ai sensi dell'articolo 21.

... *omissis* ...

Art. 86 L.R. 61/1985

(Scomputo della quota di contributo per oneri di urbanizzazione)

Il concessionario ha titolo allo scomputo totale o parziale della quota di contributo dovuta per gli oneri di urbanizzazione qualora, in luogo totale o parziale della stessa, si obblighi col Comune a cedere le aree e le opere di urbanizzazione già esistenti o da realizzare con le modalità e le garanzie di cui alla convenzione dell'articolo 63. Lo scomputo totale o parziale è ammesso solo tra opere di urbanizzazione della stessa categoria, fatta salva diversa convenzione con il Comune.

... omissis ...

Per le aree oggetto di un intervento convenzionato, la determinazione degli oneri di urbanizzazione primaria è commisurata ai costi reali, valutati secondo stime analitiche, in base alle opere previste nell'intervento specifico, mentre gli oneri di urbanizzazione secondaria sono determinati in base alle vigenti tabelle.

... omissis ...

Art. 31 L.R. 11/2004
(*Dimensionamento e aree per servizi*)

... omissis ...

11. Il valore delle aree e delle opere cedute o vincolate è scomputabile dal contributo di urbanizzazione in sede di rilascio del titolo abilitativo, ammettendosi la compensazione anche tra diverse categorie di opere di urbanizzazione e corrispondenti aree a standard.

Art. 16 DPR 380/2001
(Contributo per il rilascio del permesso di costruire)

... omissis ...

7. Gli oneri di urbanizzazione primaria sono relativi ai seguenti interventi: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato.

7-bis. Tra gli interventi di urbanizzazione primaria di cui al comma 7 rientrano i cavedi multiservizi e i condotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, salvo nelle aree individuate dai Comuni sulla base dei criteri definiti dalle Regioni.

8. Gli oneri di urbanizzazione secondaria sono relativi ai seguenti interventi: asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie. Nelle attrezzature sanitarie sono comprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti urbani, speciali, pericolosi, solidi e liquidi, alla bonifica di aree inquinate.

... omissis ...

Disposizioni speciali

- opere ed interventi previsti dalla legge 122/1989 (ex art. 11)
- infrastrutture destinate all'installazione di reti e impianti di telecomunicazione elettronica in fibra ottica (art. 2, comma 5, D.L. 112/2008, convertito con legge 133/2008)
- impianti cimiteriali (art. 26 bis D.L. 415/1989, convertito con legge 38/1990)

DGR 8.11.2004, n. 3174

(Atto d'indirizzo ex art. 50, lett. h, L.R. 11/2004 – Definizione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria)

Alle opere di urbanizzazione primaria elencate dall'art. 16, comma 7 e seguenti, del T.U. dell'Edilizia, sono da ricondurre le seguenti opere:

- opere relative alla messa in sicurezza da un punto di vista idraulico e geologico dei terreni;
- opere di ripristino ambientale, bonifica ambientale dei terreni.

Sono assimilabili alle opere di urbanizzazione primaria anche le seguenti categorie di opere:

- raccordi e svincoli stradali;
- barriere antirumore ed altre misure atte ad eliminare inquinamento acustico;
- formazione di nuclei di vegetazione arboreo-arbustiva, adatti alle caratteristiche climatiche e pedologiche del luogo, con funzione di arricchimento estetico ed ecologico del paesaggio;
- piazzole di sosta per gli autobus;
- piste ciclabili con relativi stalli e percorsi ciclopeditoni urbani;
- spazi attrezzati per la raccolta differenziata dei rifiuti urbani (ecopiazzole);
- interventi eco-tecnologici per il trattamento delle acque reflue (fitodepurazione);
- bacini di raccolta per il riutilizzo delle acque piovane.

Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016)

Art. 1 (Oggetto e ambito di applicazione)

2. Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti:

[...] e) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'art. 16, c. 2, del DPR 6.06.2001, n. 380, e dell'art. 28, c. 5, della legge 17.08.1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione.

L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto.

Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016)

Art. 1 (Oggetto e ambito di applicazione)

[...] L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori.

L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza.

3. Ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 e 113. In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo.

Art. 3 (Definizioni)

[...] g) «altri soggetti aggiudicatori», i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice;

Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016)

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

[...] 2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016)

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

[...] c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati.

d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, comma 4, lettera a).

N.B.: a norma dell'art. 1, comma 912, legge 30.12.2018, n. 145 (Legge di Bilancio 2019), fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga al presente comma, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro

Il decreto «Sblocca cantieri» dovrebbe a sua volta alzare la soglia di 150.000 euro a 200.000 euro.

Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016)

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

3. Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo per gli importi inferiori a quelli di cui all'articolo 35, si applicano le previsioni di cui al comma 2.
4. Nel caso di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), calcolato secondo le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 9, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE

Sentenza 12 luglio 2001 – C-399/98

Dispositivo

«La direttiva ... osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste da tale direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi.»

Ragioni della decisione

Le opere di urbanizzazione sono opere pubbliche, vista la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze di infrastrutturazione del territorio ed il controllo su di esse da parte del Comune, allo scopo di garantirne la fruizione collettiva

Il rapporto tra il Comune ed il privato lottizzante ha natura contrattuale, in quanto è la convenzione, redatta necessariamente in forma scritta, ad individuare le opere da eseguire e le relative modalità e condizioni

Il rapporto contrattuale ha carattere oneroso, poiché il Comune, nell'accettare la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo che gli sarebbe dovuto dal titolare del permesso di costruire o del p.d.l.

E' irrilevante che l'attuatore privato sia o meno un imprenditore, dal momento che può ricorrere all'affidamento a terzi così come farebbe il Comune.

Sentenza 12 luglio 2001 – C-399/98

Conclusioni

Se le opere di urbanizzazione sono opere pubbliche, il Comune è tenuto a rispettare le procedure di affidamento previste dalla direttiva ogni qual volta l'importo stimato dell'opera sia pari o superiore alla soglia europea

Ciò non significa che debba necessariamente essere il Comune ad applicare le procedure di aggiudicazione. Il medesimo effetto si ottiene anche se il Comune ha il potere di obbligare il privato (titolare del permesso di costruire o della lottizzazione), mediante accordi stipulati con quest'ultimo, a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva. In tal caso il privato, alla luce degli accordi conclusi con il Comune, deve essere considerato come titolare di un mandato espresso conferitogli dal Comune allo scopo di costruire l'opera di urbanizzazione.

Sentenza 21 febbraio 2008 – C-412/04

66. Quando sia accertato che un tale appalto (ndr.: d'importo inferiore alla soglia comunitaria) presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto.

Sentenza 21 febbraio 2008 – C-412/04

67. Gli Stati membri non sono tenuti ad adottare, nella loro normativa di trasposizione della direttiva, disposizioni che richiamaano l'obbligo di rispettare gli artt. 43 CE e 49 CE, che trova applicazione solo nelle condizioni richiamate al punto precedente della presente sentenza.

73. Qualora la convenzione stipulata tra un singolo, proprietario di suoli edificatori, e l'amministrazione comunale risponda ai criteri di definizione della nozione di "appalti pubblici di lavori" ai sensi della direttiva ..., l'importo di stima che in via di principio deve essere preso in considerazione al fine di verificare se la soglia stabilita da tale direttiva sia raggiunta, e se, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto debba rispettare le norme di pubblicità poste dalla stessa, può essere determinato solo in relazione al valore globale dei differenti lavori ed opere, sommando i valori dei differenti lotti.

La giurisprudenza della Corte costituzionale

Sentenza 28 marzo 2006, n. 129

Dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 11, comma 3, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005

La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, contenuta in un gruppo di direttive che hanno ricevuto attuazione mediante atti legislativi nazionali, prevede che in ogni caso, quando si realizzi un'opera o si affidi un servizio o una fornitura per importi uguali o superiori ad un certo valore, il soggetto che procede all'appalto debba adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente.

La fattispecie configurata dalle norme regionali impugnate è assimilabile a quella oggetto delle direttive comunitarie, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia e riprodotta dal legislatore nazionale italiano. Si tratta infatti di accordi che i privati proprietari di aree destinate ad essere espropriate per la realizzazione di attrezzature e servizi pubblici possono stipulare con il Comune competente, in base ai quali "il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio".

Sentenza 28 marzo 2006, n. 129

Non entrano in discussione, per i profili di costituzionalità evocati nella presente questione, le modalità della cosiddetta urbanistica consensuale e perequativa, ma soltanto l'obbligo di procedere alle prescritte gare di appalto, poste a base della normativa europea citata, a tutela della trasparenza e della concorrenza, qualora l'importo delle realizzazioni superi un certo limite. Il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente non può peraltro essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacché la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa nell'ordinamento proprio nella fattispecie oggetto della richiamata pronuncia della Corte di giustizia.

La mancata previsione, nelle norme regionali impugnate, dell'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica in ogni caso in cui l'appalto sia di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria, determina la loro illegittimità costituzionale.

Analoga decisione è stata assunta con sentenza 13 luglio 2007, n. 269, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18-*quater*, comma 5, della legge della Provincia di Trento 5 settembre 1991, n. 22

*Le indicazioni
dell'Autorità di Vigilanza,
ora ANAC*

Determinazione 16 luglio 2009, n. 7

Opere di urbanizzazione da affidare nel rispetto del Codice dei contratti pubblici

Ambito soggettivo della disciplina dettata dal D. Lgs. 163/2006 (Codice previgente, sostituito dal D. Lgs. 50/2016)

Il diritto positivo riconosce al privato la titolarità "diretta" del ruolo di stazione appaltante [art. 32, comma 1, lett. g), D. Lgs. 163/2006, ora art. 1, comma 2, lett. e), D. Lgs. 50/2016], con la conseguenza che egli è tenuto ad applicare le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, seppur con le limitazioni indicate al comma 2 dello stesso art. 32 (ora art. 1, comma 3, D. Lgs. 50/2016).

Non è la linea interpretativa della Corte di Giustizia, per la quale il privato dovrebbe essere considerato titolare di un mandato espresso conferito dal Comune ai fini della realizzazione dell'opera di urbanizzazione.

Dalla titolarità "diretta" del ruolo di stazione appaltante, discende che il privato è esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione delle opere di urbanizzazione, mentre al Comune vanno riconosciuti esclusivamente poteri di vigilanza e controllo, opportunamente dettagliabili nella convenzione urbanistica.

Determinazione 16 luglio 2009, n. 7

Opere di urbanizzazione da affidare nel rispetto del Codice dei contratti pubblici

L'ipotesi del privato "costruttore"

Il privato titolare del piano attuativo o del permesso di costruire, che sia qualificato ai sensi dell'art. 40 del D. Lgs. 163/2006 per eseguire lavori pubblici di natura ed importo corrispondenti alle opere di urbanizzazione previste in convenzione, non può partecipare alla gara da lui stesso esperita per individuare l'appaltatore.

Tale preclusione opera anche verso forme di partecipazione indiretta, attraverso soggetti in rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. con la stazione appaltante, o tali da configurare con questa un unico centro decisionale.

L'Autorità chiarisce che, anche nell'ipotesi di gara esperita dal privato, trovano applicazione le regole ordinarie in tema di corresponsione del contributo all'Autorità e di comunicazioni obbligatorie all'Osservatorio.

Determinazione 16 luglio 2009, n. 7

Opere di urbanizzazione da affidare nel rispetto del Codice dei contratti pubblici

La sorte del "ribasso d'asta"

Diretta conseguenza della configurazione del privato quale titolare "diretto" del ruolo di stazione appaltante è che gli eventuali risparmi di spesa conseguiti in sede di gara, rispetto alla base d'asta commisurata al valore progettuale delle opere di urbanizzazione (valore assunto anche per determinare l'ammontare delle "scomputo" dagli oneri di urbanizzazione), restano nella disponibilità del privato.

In considerazione della *ratio* della disciplina urbanistico-edilizia delle opere di urbanizzazione "a scomputo", che consiste nell'accollare al privato il rischio, anche economico, dell'urbanizzazione, nel caso di aumento dei costi rispetto al quantificazione posta a base di gara, i maggiori oneri debbono essere affrontati dal privato, che non ha titolo per trasferirli al Comune.

Per evitare che l'operazione di scomputo determini un indebito arricchimento di una delle parti della convenzione urbanistica non è rilevante decidere circa la sorte del ribasso d'asta quanto, piuttosto, stabilire con precisione le modalità di determinazione delle due entità economiche da confrontare ai fini del relativo scomputo, totale o parziale.

Determinazione 16 luglio 2009, n. 7

Opere di urbanizzazione da affidare nel rispetto del Codice dei contratti pubblici

La quantificazione delle poste economiche in gioco

Né al momento della predisposizione della convenzione urbanistica, né in quello successivo della relativa sottoscrizione, è già disponibile il progetto esecutivo delle opere di urbanizzazione con la relativa quantificazione economica: la redazione di tale progetto e la relativa sottoposizione al Comune per la relativa approvazione sono posti dalla convenzione a carico del privato.

E' il costo effettivo sopportato dal privato per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, quale risulta in sede di collaudo tecnico-amministrativo, che deve essere confrontato con l'importo degli oneri di urbanizzazione potenzialmente dovuti dal privato all'atto del rilascio del permesso di costruire relativo all'intervento edilizio di suo diretto interesse.

Di tale costo il privato resta debitore nei confronti del Comune se e per la parte in cui il costo effettivo delle opere di urbanizzazione da lui realizzate non eguagli, o superi, l'importo degli oneri di urbanizzazione «tabellari» potenzialmente dovuti.

Determinazione 16 luglio 2009, n. 7

Opere di urbanizzazione da affidare nel rispetto del Codice dei contratti pubblici

La disciplina del contratto d'appalto ed il collaudo dei lavori

Il contratto d'appalto concluso dal privato che riveste, a titolo diretto, il ruolo di stazione appaltante, con l'esecutore individuato attraverso le procedure conformi al D. Lgs. 163/2006 (ora D. Lgs. 50/2016), non deve essere regolato da quest'ultima fonte: si tratta sempre di un contratto d'appalto tra privati, disciplinato dal capo VII, titolo III del Libro IV, del Codice civile (artt. 1655 ss.), oltre che dall'autonomia negoziale (art. 1322), fatte salve le norme sul collaudo di lavori pubblici (art. 141 D. Lgs. 163/2006, ora art. 102 D. Lgs. 50/2016).

Il collaudo è un'attività di spettanza della stazione appaltante, e quando il ruolo di S.A. viene svolto dal privato titolare del piano attuativo o del permesso di costruire a questi compete la nomina dei collaudatori, mentre spetta al Comune il potere di approvare gli atti di collaudo, propedeutici all'acquisizione gratuita delle opere al relativo patrimonio indisponibile.

La richiesta del CIG e del CUP

CIG FAQ sito ANAC

Per gli appalti avviati dal 6 dicembre 2011 afferenti alle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 32, comma 1, lett. g) del Codice [ora artt. 1, comma 2, lett. e) e art. 36, comma 3, D. Lgs. 50/2016], essendo soggetti al Codice dei contratti pubblici, occorrerà provvedere a richiedere il CIG, a versare il contributo all'Autorità ed a trasmettere i dati informativi nel caso di: opere di urbanizzazione primaria di importo superiore alla soglia comunitaria, nonché per quelle di urbanizzazione secondaria a prescindere dall'importo (?).

CUP FAQ sito DIPE

Il CUP deve essere richiesto poiché si tratta di progetti che, sebbene finanziati con risorse private, implicano indirettamente il coinvolgimento di risorse pubbliche comportando un mancato introito per l'Erario.

La responsabilità della richiesta del codice ricade sull'Amministrazione concedente che, in sostanza, affida direttamente l'esecuzione dei lavori al soggetto concessionario. Qualora però, per la realizzazione di dette opere, si debba ricorrere a procedure di gara ad evidenza pubblica, la responsabilità della richiesta del CUP è in testa alla stazione appaltante, che può anche essere il soggetto privato.

La tracciabilità dei flussi finanziari

FAQ sito ANAC

Gli affidamenti di lavori sopra soglia e sotto soglia comunitaria per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria a scomputo degli oneri di urbanizzazione sono assoggettati all'obbligo della tracciabilità?

Sì, gli affidamenti di lavori sopra soglia e sotto soglia comunitaria per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria a scomputo degli oneri di urbanizzazione sono assoggettati all'obbligo della tracciabilità. Tuttavia, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, applicano la tracciabilità attenuata, mediante acquisizione dello Smart ClG (v. par. 2.4 della Determinazione n. 4/2011 aggiornata con delibera n. 556/2017).

Le opere pubbliche oggetto di «accordi perequativi»

Autorità per la Vigilanza – determinazione 2.04.2008, n. 4

- I “programmi complessi” sono caratterizzati da un insieme sistematico di interventi pubblici e privati, accompagnato dal completamento delle opere di urbanizzazione, il tutto finalizzato a valorizzare qualitativamente l'ambito territoriale oggetto di intervento
- L'accordo tra pubblico e privato si sostanzia in uno “scambio di prestazioni”: a fronte del riconoscimento al privato di diritti edificatori, lo stesso privato cede aree e/o realizza opere di adeguamento infrastrutturale (opere di pubblico interesse)
- L'accordo si traduce in una convenzione urbanistica, il cui archetipo è la convenzione di lottizzazione, espressione della c.d. “amministrazione negoziata” (art. 11 legge 241/1990)
- Il contenuto dei piani di lottizzazione è comune a tutti i piani attuativi, per cui un'interpretazione restrittiva dell'art. 32 del D. Lgs. 163/2006 [ora art. 1, comma 2, lett. e), D. Lgs. 50/2016] che lo limiti ai soli piani di lottizzazione non risulterebbe coerente con i principi ermeneutici di non contraddizione e di intrinseca coerenza logico-sistematica
- Laddove si ritenesse di non poter assimilare i “piani complessi” ai piani di lottizzazione, poiché oggetto dei primi è sicuramente anche l'esecuzione di opere pubbliche, si renderebbe non praticabile l'accordo pubblico-privato finalizzato alla trasformazione del territorio, in quanto la disciplina concorsuale propria dell'esecuzione dei lavori pubblici osta radicalmente con la presenza di soggetti direttamente individuati in ragione del loro rapporto dominante con le aree interessate dalla trasformazione del territorio.

Corte Costituzionale 28 marzo 2006, n. 129

Non entrano in discussione le modalità della cosiddetta urbanistica consensuale e perequativa, ma soltanto l'obbligo di procedere alle prescritte gare di appalto, poste a base della normativa europea ... qualora l'importo delle realizzazioni superi un certo limite.

Il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente non può peraltro essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacché la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa dall'ordinamento proprio nella fattispecie oggetto della richiamata pronuncia della Corte di Giustizia (sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98).

Autorità per la Vigilanza – Parere 24.11.2011, n. 32

Nella complessa operazione volta a misurare gli oneri di urbanizzazione da scomputare al privato, non sussiste uno stretto rapporto di sinallagmaticità con il valore delle opere da realizzare. In tal senso, laddove in un accordo ex art. 11 della legge n. 241/90, o in altro accordo comunque denominato, siano previsti interventi, il cui valore ecceda il costo delle opere di urbanizzazione scomputate al privato e calcolate nell'accordo medesimo, ma pur sempre qualitativamente ascrivibili alla categoria delle opere di urbanizzazione (primaria o secondaria) come specificate dalla normativa statale e regionale di settore, non vi sono sufficienti motivi per ritenere che tali opere siano sottratte alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, trattandosi in ogni caso di opere contemplate nell'accordo fondato sulla causa della computazione e, per tale ragione, attratte alla disciplina pubblicistica

ANAC Parere sulla normativa 21.01.2015

Sarebbe ... incoerente e contraddittorio riconoscere l'applicabilità del Codice per le opere a scomputo dipendenti dal singolo permesso di costruire ed escludere dall'applicabilità dello stesso quei programmi integrati di intervento e programmi di riqualificazione urbana (cd programmi complessi) nei quali, analogamente, la realizzazione dell'opera pubblica proviene da un privato, sulla base di un accordo sinallagmatico più complesso. Non solo in ragione dell'analogia di ratio delle due diverse discipline edilizie. Ma anche per un ragionevole principio di non contraddizione. Infatti, ove si ritenessero non omogenee le fattispecie in esame, "ciò renderebbe concretamente non praticabile l'accordo complesso finalizzato alla trasformazione del territorio, con correlata disapplicazione della normativa di riqualificazione urbana e del territorio" (ibidem).

[...] non vi è dubbio che la realizzazione di opere ricomprese nei "programmi complessi" debba essere disciplinata in applicazione analogica dell'istituto delle opere a scomputo [...]. Salvo il caso, opportunamente citato dalla Determinazione 4/2008 e qui valutato nelle premesse come mancante, in cui la scelta del soggetto con cui concludere la convenzione urbanistica discenda non già da una proposta autonoma del privato interessato, ma derivi da un reale confronto concorrenziale posto in essere preventivamente dall'amministrazione.

D. Lgs. 50/2016

Art. 20 (Opera pubblica realizzata a spese del privato)

1. Il presente codice non si applica al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto dell'articolo 80.
2. L'amministrazione, prima della stipula della convenzione, valuta che il progetto di fattibilità delle opere da eseguire con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate e lo schema dei relativi contratti di appalto presentati dalla controparte siano rispondenti alla realizzazione delle opere pubbliche di cui al comma 1.
3. La convenzione disciplina anche le conseguenze in caso di inadempimento comprese anche eventuali penali e poteri sostitutivi.

ANAC Parere AG 25/2016/AP del 16.07.2016

Il Consiglio di Stato ha ... sottolineato la necessità che la sottrazione della convenzione conclusa ai sensi dell'*art. 20* citato, dall'ambito di applicazione del Codice, potrebbe giustificarsi esclusivamente nel caso in cui non sussista in favore del privato alcuna controprestazione da parte dell'Amministrazione e l'operazione stessa si configuri come atto di liberalità e gratuità [...].

Deriva da quanto sopra che l'istituto contemplato nell'*art. 20* del Codice non può trovare applicazione nel caso in cui la convenzione abbia ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche da parte del privato in cambio del riconoscimento in suo favore di una utilità, con conseguente carattere oneroso della convenzione stessa. In particolare, il carattere oneroso della prestazione deve ritenersi sussistere in qualunque caso in cui, a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento di un corrispettivo che può essere, a titolo esemplificativo, in denaro, ovvero nel riconoscimento del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni.

ANAC Parere AG 25/2016/AP del 16.07.2016

In tal caso, infatti, come chiarito dall'Autorità nella citata Determinazione n.4/2008, la convenzione avrebbe natura contrattuale, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico.

In particolare, il privato realizzerebbe opere pubbliche per il raggiungimento di un proprio interesse patrimoniale, che è la causa del negozio giuridico in base al quale il privato stesso assume su di sé l'obbligo di realizzare le opere di cui trattasi. Simili fattispecie sono quindi da ricondurre nella categoria dell'"appalto pubblico di lavori" secondo le considerazioni sopra espresse, da ciò derivando, come necessario corollario, il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica previste nel Codice.

La gratuità dell'opera da eseguire potrebbe invece non essere esclusa nel caso in cui il privato esegua, unitamente alla stessa, anche le opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori, nel caso in cui esse rappresentino una parte assolutamente non proporzionata rispetto al valore dell'opera da realizzare a spese del privato, fermo restando per le stesse, il rispetto della disciplina prevista nel Codice.

Attenzione!

La convenzione dell'art. 20 del D. Lgs. 50/2016 è certamente un atto a titolo gratuito («*un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa ...*»), ma la gratuità è cosa diversa dalla liberalità.

Il negozio a titolo gratuito è l'opposto del contratto oneroso e si caratterizza per la mancaanza di una controprestazione qualificabile come corrispettivo rispetto all'atto di disposizione.

L'assenza di un corrispettivo non significa assenza di un interesse patrimoniale del disponente, ma che tale interesse è solo mediatamente legato alla prestazione del soggetto beneficiario, costituendo la conseguenza degli obblighi assunti dal disponente.

In ogni caso l'istituto disciplinato dall'art. 20 del D. Lgs. 50/2016 non può essere configurato come contratto di donazione, quanto piuttosto un accordo sostitutivo di provvedimento ex art. 11 della legge 241/1990.

Una recente fattispecie bando di prova della disciplina

Art. 16 (Contributo per il rilascio del permesso di costruire) DPR 380/2001

[...]

4. L'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comuni in relazione:

[...]d-ter) alla valutazione del maggior valore generato da interventi su aree o immobili in variante urbanistica, in deroga o con cambio di destinazione d'uso. Tale maggior valore, calcolato dall'amministrazione comunale, è suddiviso in misura non inferiore al 50 per cento tra il comune e la parte privata ed è erogato da quest'ultima al comune stesso sotto forma di contributo straordinario, che attesta l'interesse pubblico, in versamento finanziario, vincolato a specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale od opere pubbliche [...].

Attenzione!

La realizzazione di un'opera pubblica quale modalità di assolvimento dell'obbligo di corresponsione del «contributo straordinario» configura una realizzazione «a scomputo»?

*Chiudiamo con un una
«botta» di ottimismo ...*



Dopo avere
fotografato i
“buchi neri” ...



...miglioreremo
anche il Codice
dei contratti
pubblici!

Grazie!

Ci sono domande?

Puoi trovarmi su r.travaglini@confindustria.vicenza.it