LE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO ALLA LUCE DEL TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152

Travaglini Roberto

Confindustria Vicenza

Le norme di riferimento

Art. 32 D. Lgs. 163/2006

(Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori)

1. Salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28 *(per i lavori, dal 1.01.2008, €. 5.150.000)*:

… omissis …

g) **lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire**, 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'articolo 16, comma 2, DPR 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n.1150.

… omissis …

Le norme di riferimento

Art. 3 D. Lgs. 163/2006

(Definizioni)

… omissis …

31. Gli “altri soggetti aggiudicatori”, ai fini della parte II, sono i soggetti privati tenuti all’osservanza delle disposizioni del presente codice.

… omissis…

Art. 32 D. Lgs 163/2006

… omissis …

2. Ai soggetti di cui al comma 1, lettere … g) non si applicano gli articoli 63 (*avviso di preinformazione*), 78, comma 2 (*redazione del verbale secondo l’ordinamento della stazione appaltante*), 90, comma 6 (*condizioni per l’affidamento all’esterno degli incarichi di progettazione*), 92 (*corrispettivi ed incarichi per la progettazione*), 128 (*programmazione dei lavori pubblici*)

Le norme di riferimento

Art. 16, comma 2, DPR 380/2001

(Contributo per il rilascio del permesso di costruire)

2. La quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al Comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'art. 2, comma 5, della Legge 11 febbraio 1994 n. 109 *(ndr.: norma abrogata dall'art. 256 del D. Lgs. 163/2006 e di fatto sostituita dal combinato disposto degli artt. 32, comma 1, lett. g.,122, comma 8 e 253, comma 8, dello stesso decreto legislativo)* e successive modificazioni, con le modalità e garanzie stabilite dal Comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del Comune.

Le norme di riferimento

Art. 28, comma 5, 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.

Le norme di riferimento

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.

Le norme di riferimento

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;

… omissis …

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

… omissis …

Le norme di riferimento

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 …

Le norme di riferimento

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.

Le norme di riferimento

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 …

Le norme di riferimento

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)

Le norme di riferimento

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;

… segue

Le norme di riferimento

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)

… segue

- 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 ciclopedonali 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 riuso delle acque piovane.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia

Sentenza 12 luglio 2001 – C-399/98

Dispositivo

La direttiva … che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori 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.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia

Sentenza 12 luglio 2001 – C-399/98

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 piano di lottizzazione
- 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.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia

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.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia

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 *(ndr: con sentenza 15 maggio 2008, C-147/06 e 148/06, la Corte di Giustizia ha affermato che "criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo … potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori)*, 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.

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

La giurisprudenza della Corte di Giustizia

Sentenza 21 febbraio 2008 – C-412/04

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.

Conseguenza

Stante la natura radicalmente diversa delle opere di urbanizzazione primaria rispetto a quelle secondarie, riconducibili a diverse categorie di qualificazione SOA, sembra possibile farne oggetto di due appalti distinti.

Va sempre rispettato il principio del divieto di frazionamento artificioso (art. 29, commi 4 e 11, del D. Lgs. 163/2006).

La giurisprudenza della Corte Costituzionale

Sentenza 28 marzo 2006, n. 129

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" (art. 11, comma 3, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005)

La giurisprudenza della Corte Costituzionale

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.

Le indicazioni dell'Autorità di Vigilanza

Determinazione 2 aprile 2008, n. 4

Fornisce chiarimenti in ordine alle procedure da seguire per la realizzazione di opere pubbliche nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con amministrazioni pubbliche, in particolare nell'ambito della disciplina dei piani di riqualificazione urbana (legge 4 dicembre 1993, n. 493) e dei piani integrati di intervento (legge 17 febbraio 1992, n. 179).

L'accordo sulla cui base si dà attuazione al programma si fonda su uno "scambio di prestazioni": a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, questi cede aree e/o realizza opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio.

Si tratta di ipotesi in cui, a compenso di benefici conseguiti dai privati (come ad esempio quelli derivanti da modificazioni di destinazione urbanistica di aree), questi si impegnano a realizzare, quale controprestazione in favore dell'amministrazione, opere di pubblico interesse

Le indicazioni dell'Autorità di Vigilanza

Determinazione 2 aprile 2008, n. 4

"La stessa Corte costituzionale, con la sentenza n. 129/2006, ha sostanzialmente ritenuto assimilabili le fattispecie delle opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione a quelle derivanti in genere da accordi conclusi fra l'amministrazione e i privati, trattandosi pur sempre di fattispecie appartenenti alla cosiddetta urbanistica negoziata, nelle quali l'intervento si iscrive in un contesto pattizio tra amministrazione e privati. In entrambi i casi, infatti, si tratta di accordi a titolo oneroso che i privati proprietari stipulano con le amministrazioni e che sfociano nella realizzazione diretta degli interventi necessari".

"*Il contenuto dei piani di lottizzazione è comune a tutti i piani attuativi, dai Programmi integrati d'intervento ai Programmi di riqualificazione urbana, per cui un'interpretazione restrittiva del campo di applicazione del citato art. 32 del Codice non risulterebbe coerente con i principi ermeneutici di non contraddizione e di intrinseca coerenza logico-sistematica*".

Le indicazioni dell'Autorità di Vigilanza

Determinazione 2 aprile 2008, n. 4

Fattispecie nella quale l'esecuzione delle opere pubbliche previste nelle convenzioni urbanistiche accessive a "programmi complessi" può aver luogo senza fare applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di opere di urbanizzazione "a scomputo"

ipotesi in cui la scelta del soggetto con il quale concludere la convenzione urbanistica non discende da un proposta autonoma del privato interessato, ma deriva da un reale e previo confronto concorrenziale posto in essere dall'amministrazione, con la fissazione dei criteri di scelta del privato contraente, accompagnato dalla richiesta dei prescritti requisiti di qualificazione per la esecuzione dei lavori

Le indicazioni dell'Autorità di Vigilanza

Attenzione: le conclusioni dell'Autorità (determinazione 4/2008) valgono per l'ipotesi di opere di urbanizzazione di cui il privato si fa carico e che, pur senza essere oggetto di uno scomputo del relativo valore dagli oneri di urbanizzazione dovuti, sono comunque oggetto di uno "scambio di prestazioni" urbanistiche con il Comune.

Nel caso in cui l'esecuzione delle opere di urbanizzazione sia posta a carico del privato senza "scomputo" e senza altra forma di "scambio" con il Comune, il fenomeno, neppure nella logica della Corte di Giustizia fatta propria dal D. Lgs. 163/2006 e dall'Autorità può essere ricondotto alla disciplina del contratto d'appalto di lavori pubblici.

Pertanto non trova applicazione il D. Lgs. 163/2006 e s.m..

Ancora sulle norme di riferimento ....

Art. 32, comma 1, lett. g), D. Lgs. 163/2006

(dopo il primo periodo, già riprodotto nella slide di pag. 2)

L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto.
L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza.

Ancora sulle norme di riferimento ....

Art. 32, comma 2, D. Lgs. 163/2006

Ai soggetti di cui al comma 1, lett. … g) non si applicano gli articoli

- 63 *(avviso di preinformazione)*
- 78, comma 2 *(redazione del verbale di gara secondo le disposizioni dell'ordinamento della stazione appaltante)*
- 90, comma 6 *(affidamento della progettazione all'esterno della stazione appaltante)*
- 92 *(corrispettivi e incentivi per la progettazione)*
- 128 *(programmazione dei lavori pubblici)*;

in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo *(art. 141)*

Opere a scomputo d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria

Esistono tre distinti moduli operativi attraverso i quali realizzare le opere di urbanizzazione "a scomputo":

1) gara esperita dal titolare del permesso di costruire, nel rispetto delle norme del Codice disciplinanti le procedure concorsuali per l'affidamento in appalto dei corrispondenti lavori ad un'impresa qualificata ai sensi dell'art. 40 del D. Lgs. 163/200

2) gara indetta dal Comune sulla base del progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire, per l'affidamento in appalto integrato "complesso" della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori, nel pieno rispetto delle norme del Codice che disciplinano le procedure concorsuali

3) gara indetta dal Comune sulla base di un progetto predisposto su iniziativa della stessa amministrazione, per l'affidamento in appalto dei lavori (e, se del caso, della progettazione esecutiva), senza seguire la procedura delineata dai periodi secondo e seguenti dell'art. 32, comma 1, lett. g), anche in questo caso nel rispetto delle norme del Codice che disciplinano le procedure concorsuali

Opere a scomputo d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria

Il possibile ruolo esecutivo dell'impresa di costruzione titolare del permesso di costruire

Non può in alcun modo partecipare alla procedura di affidamento dei lavori l'impresa titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo) che assuma il ruolo di stazione appaltante nella procedura disciplinata dal primo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g) (ipotesi indicata al precedente n. 1), non potendo svolgere nella medesima procedura i ruoli tra loro "contrapposti" di stazione appaltante e di soggetto concorrente

Diversamente, non paiono sussistere ragioni ostative alla partecipazione qualora la gara sia indetta dal Comune senza utilizzare la particolare procedura delineata dai periodi secondo e seguenti dell'art. 32, comma 1, lett. g) (ipotesi indicata al precedente n. 3), oppure laddove il Comune proceda ai sensi della norma da ultimo richiamata (ipotesi indicata al precedente n. 2)

Opere a scomputo d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria

La disciplina del contratto d'appalto

a) nel caso di gara esperita dal titolare del permesso di costruire il contenuto contrattuale è libero, anche se nulla vieta che le parti del contratto d'appalto (entrambe private: il committente e l'appaltatore) facciano totale o parziale rinvio alla disciplina propria dell'appalto di lavori pubblici

b) nel caso di gara esperita dal Comune sulla base di un progetto predisposto su iniziativa della stessa amministrazione il contenuto contrattuale è necessariamente quello dell'appalto di lavori pubblici

Opere a scomputo d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria

c) nel caso di gara esperita dal Comune in base al progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire, sembrano possibili due ipotesi:

1) il contratto è stipulato in qualità di committente dal Comune e la relativa disciplina è quella del contratto d'appalto di lavori pubblici (problema di compatibilità con quanto disposto dall'art. 32, comma 2, del D. Lgs. 163/2006, per cui nella fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme del D. Lgs. 163/2006 che disciplinano il collaudo)

2) il contratto d'appalto è stipulato tra il titolare del permesso di costruire e l'appaltatore individuato mediante la gara esperita dal Comune

Realizzazione affidata mediante gara esperita dal privato titolare del permesso di costruire o del PUA

- L'affidamento dei lavori può avvenire sia sulla base del progetto esecutivo delle opere (appalto di sola esecuzione: art. 53, comma 2, lett. a), sia sulla base del progetto definitivo (appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione: art. 53, comma 2, lett. b), o del progetto preliminare (appalto-concorso o appalto integrato "complesso": art. 53, comma 2, lett. c)
- L'individuazione dell'esecutore deve avvenire con le stesse procedure cui è tenuto il Comune quando affida l'esecuzione di lavori pubblici di corrispondente tipologia ed importo (procedura aperta o ristretta, e solo in casi eccezionali procedura negoziata)
- In particolare, alla gara si applicano le norme dei lavori pubblici per la pubblicità, requisiti di ammissione e cause di esclusione, termini per la presentazione delle offerte, cauzione provvisoria, criteri di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa), disciplina delle offerte anomale, pubblicità delle sedute

Realizzazione affidata mediante gara esperita dal privato titolare del permesso di costruire o del PUA

- Il contenzioso concernente la procedura di gara è di competenza del TAR *(ex art. 23-bis legge 1034/1971 e art. 33, comma 2, lett.d, del D.Lgs. 80/1998)*
- Il rapporto contrattuale che insorge tra il privato committente e l'aggiudicatario è, invece, regolato dalle norme sull'appalto tra privati, salvo che le parti non decidano spontaneamente di rifarsi alle norme sull'appalto di lavori pubblici *(non sono, quindi, cogenti le norme sui LL.PP. in materia di cauzione definitiva, termini di pagamento ed interessi di mora per i ritardi, limiti o divieti dei subappalti, contabilità dei lavori, cause di risoluzione)*
- Il collaudo tecnico-amministrativo è regolato dall'art. 141 del D.Lgs. 163/2006

Realizzazione affidata mediante gara esperita dal Comune su progetto preliminare dell'avente diritto al rilascio del permesso

L'affidamento dei lavori avviene sulla base del progetto preliminare (appalto integrato "complesso" art. 53, comma 2, lett. c, D.Lgs. 163/06)

↓

l'art. 253, comma 1-*quinquies*, differisce l'applicazione dell'art. 53, comma 2, alle procedure avviate con la pubblicazione di bandi successivi all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 5 del Codice

↓

nel frattempo, l'affidamento delle opere di urbanizzazione dovrà avvenire con la procedura dell'appalto concorso (ex art. 253, comma 1-*quinquies*, secondo periodo, inserito dall'art. 2, comma 1, lett. vv), n. 1, del D. Lgs. 152/2008)

↓

il contratto d'appalto viene stipulato, in qualità di committente, dal Comune o dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire, a seconda della tesi interpretativa adottata in relazione all'art. 32, comma 2, del D. Lgs. 163/2006 (si veda la *slides* n. 29).

Realizzazione affidata mediante gara esperita dal Comune su progetto preliminare proprio

- L'affidamento dei lavori può avvenire sia sulla base del progetto esecutivo delle opere (appalto di sola esecuzione: art. 53, comma 2, lett. a), sia sulla base del progetto definitivo (appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione: art. 53, comma 2, lett. b), o del progetto preliminare (appalto-concorso o appalto integrato "complesso": art. 53, comma 2, lett. c)
- Nell'individuazione dell'esecutore il Comune segue le procedure previste dal D. Lgs. 163/2006 per l'affidamento di lavori pubblici da parte di una amministrazione aggiudicatrice (procedura aperta o ristretta, e solo in casi eccezionali procedura negoziata; aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa)
- Il contratto d'appalto tra il Comune e l'impresa aggiudicataria è disciplinato dalle norme del Codice dei contratti pubblici

Realizzazione affidata mediante gara esperita dal Comune

- La convenzione tra Comune e privato titolare del permesso di costruire o del PUA deve regolare i rapporti economici tra le parti in ordine all'esecuzione delle opere di urbanizzazione oggetto dell'appalto, con particolare riguardo:

  a) alla tempistica di accreditamento, dal privato al Comune, delle somme corrispondenti all'avanzamento dei lavori (anche spese tecniche e IVA);

  b) alle garanzie che il privato deve prestare al Comune circa gli adempimenti di cui alla lett. a);

  c) alle ripercussioni sul rapporto di "provvista" nel caso di risparmi d'asta, varianti e perizie, cause di forza maggiore che incidono sui tempi e sui costi dell'appalto avente ad oggetto le opere di urbanizzazione

Realizzazione affidata mediante gara esperita dal Comune

Poiché l'esecuzione delle opere di urbanizzazione, che pure hanno natura di opera pubblica, sono di primario interesse per il privato titolare del permesso di costruire o del PUA, questi può subentrare (all'atto della stipula o successivamente ad essa) al Comune nel contratto di appalto avente ad oggetto tali opere.

- E' necessario che il subentro sia previsto dalla convenzione urbanistica e dal bando di gara per l'affidamento delle opere di urbanizzazione
- Il subentro è utile perché:

a) semplifica i rapporti economici, in quanto l'esecutore delle opere viene pagato direttamente dal privato senza coinvolgere il Comune;

b) l'IVA esposta nelle fatture emesse dall'appaltatore può essere detratta dal privato, se questi è un operatore economico, mentre è sempre indetraibile per il Comune

Ancora sulle norme di riferimento ….

Art. 122, comma 8, D. Lgs. 163/2006

(Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia)

Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lett. g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei.

Art. 253, comma 8, D. Lgs. 163/2006

(Norme transitorie)

Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice *(ndr.: 1° luglio 2006)* , abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Opere a scomputo d'importo inferiore alla soglia comunitaria

Cosa dice l'art. 56, comma 7, del D. Lgs. 163/2006?

"*Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando*"

Opere a scomputo d'importo inferiore alla soglia comunitaria

Chi è la Stazione appaltante che applica la procedura dell'art. 57, comma 6, del D. Lgs. 163/2006?

Appaiono sostenibili due tesi.

1ª tesi ⇨ perfetta simmetria con la fattispecie "sopra soglia":

- a) il titolare del permesso di costruire o del piano urb. attuativo;
- b) il Comune, su scelta facoltativa di quest'ultimo.

2ª tesi ⇨ mancando una previsione espressa corrispondente a quella dei periodi 2° e seguenti dell'art. 32, lett. g):

- solo il titolare del permesso di costruire o del piano urb. attuativo

Qualora a svolgere il ruolo di Stazione appaltante sia il privato e questi abbia le caratteristiche dell'impresa di costruzione, qualificata ai sensi dell'art. 40 del Codice, anche nel caso di opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria gli sarà precluso di "*fare due parti nella stessa commedia*".

Regime transitorio per il passaggio dal 2° al 3° decreto correttivo del Codice

Il D. Lgs. 11.09.2008, n. 152 è entrato in vigore il 17 ottobre 2008

Cosa succede per le procedure già avviate prima del 17 ottobre 2008 e non ancora perfezionatesi entro quella data?

Il Codice contiene all'art. 253, comma 1, una "norma generale" che, se non espressamente derogata nei commi successivi dello stesso articolo, dovrebbe disciplinare in modo esaustivo le questioni di diritto transitorio

"*le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte*"

Regime transitorio per il passaggio dal 2° al 3° decreto correttivo del Codice

L'art. 253, comma 1, sembra idoneo a regolare le questioni di diritto intertemporale determinate dal succedersi della due diverse formulazioni dell'art. 32, comma 1, lett. g), del Codice, che com'è noto riguarda le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Sembra egualmente applicabile alle opere di urbanizzazione secondaria "sotto soglia", per le quali una procedura concorsuale (aperta o ristretta) viene sostituita da una procedura negoziata.

Ben più complicato appare il caso delle opere di urbanizzazione primaria "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto si passa da un regime di affidamento "diretto" – privo non solo di un bando, ma anche di un semplice invito a formulare un'offerta – ad una procedura negoziata che, seppur non preceduta dalla pubblicazione di un bando, è caratterizzata dall'invito rivolto ad almeno cinque potenziali concorrenti.

Regime transitorio per il passaggio dal 2° al 3° decreto correttivo del Codice

Nella convenzione che accompagna il permesso di costruire (qualora il relativo rilascio sia subordinato alla realizzazione delle opere di urbanizzazione mancanti ex art. 12, comma 2, del DPR 380/2001) o il piano urbanistico attuativo si sostanzia l'accordo di volontà tra il Comune ed il titolare del permesso o del piano urbanistico, tra i cui contenuti vi è anche l'impegno del privato a realizzare a propria cura e spese le opere di urbanizzazione mancanti (delle quali vengono definite tipologia e valore economico) e la conseguente accettazione comunale.

Sembra possibile concludere che per le opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria, che il privato abbia già assunto, in data antecedente al 17 ottobre 2008, nei confronti del Comune, l'obbligo di eseguire a scomputo degli oneri di urbanizzazione, continua ad essere applicabile la previgente stesura dell'art. 122, comma 8.

Regime transitorio per il passaggio dal 2° al 3° decreto correttivo del Codice

E' possibile applicare il 2° decreto correttivo anc he nel caso in cui la convenzione definitiva avente ad oggetto opere di urbanizzazione primaria a scomputo d'importo inferiore alla soglia comunitaria non sia stata sottoscritta prima del 17 ottobre 2008?

SI, purché prima di quella data il piano urbanistico attuativo, recante lo schema di convenzione (proposto dal privato o da questo sottoscritto), sia stato adottato dalla Giunta comunale ed approvato dal Consiglio.

Infatti, in questo caso si è già pienamente formata la volontà negoziale del Comune e la firma del dirigente ha solo valore dichiarativo.

La realizzazione di opere pubbliche nel quadro della c.d. "urbanistica negoziata"

Ipotesi di riferimento

- Art. 6 L.R. 11/2004 ➡ I Comuni, le Province e la Regione … possono concludere accordi con soggetti privati per assumere nella pianificazione proposte di progetti ed iniziative di rilevante interesse pubblico
- Art. 7 L.R. 11/2004 ➡ Per la definizione e la realizzazione di programmi d'intervento o di opere pubbliche o di interesse pubblico, che richiedono l'azione integrata e coordinata di Comuni, Province, Regione, amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici o privati, può essere promossa la conclusione di accordi di programma
- Art 19, lett. f) L.R. 11/2004 ➡ Il programma integrato è lo strumento di attuazione per la realizzazione coordinata, tra soggetti pubblici e privati, degli interventi di riqualificazione urbanistica, edilizia ed ambientale

La realizzazione di opere pubbliche nel quadro della c.d. “urbanistica negoziata”

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 (art. 28 legge 1150/1942), espressione della c.d. “amministrazione negoziata” (art. 11 legge 241/1990)

La realizzazione di opere pubbliche nel quadro della c.d. "urbanistica negoziata"

Autorità per la Vigilanza – determinazione 2.04.2008, n. 4

- Il contenuto dei piani di lottizzazione è comune a tutti i piani attuativi, dai Programmi integrati d'intervento ai Programmi di riqualificazione urbana, per cui un interpretazione restrittiva dell'art. 32 del D. Lgs. 163/2006 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 dominicale con le aree interessate dalla trasformazione del territorio.

La realizzazione di opere pubbliche nel quadro della c.d. “urbanistica negoziata”

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).

La realizzazione di opere pubbliche nel quadro della c.d. "urbanistica negoziata"

Conclusioni

- Anche relativamente alle opere pubbliche comprese in "programmi complessi" o, comunque, in interventi oggetto di accordi negoziali tra soggetti pubblici e privati, trova applicazione la disciplina di cui all'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006 (*se le singole opere sono pari o superiori alla soglia comunitaria €.5.150.000*) e la disciplina di cui all'art. 122, comma 8 (*se le singole opere sono inferiori alla soglia comunitaria*).
- E' sempre possibile ottemperarvi attraverso una gara, bandita dal privato titolare del "programma complesso", nel rispetto delle norme succitate.
- Non è necessaria questa fase concorsuale "a valle" della convenzione urbanistica quando la scelta del soggetto con il quale concludere detta convenzione non discende da una proposta autonoma del privato, bensì da un confronto concorrenziale posto in essere "a monte" dall'amministrazione, con la fissazione dei criteri di scelta del privato contraente e la richiesta di requisiti di qualificazione per l'esecuzione.

La realizzazione di opere pubbliche nel quadro della c.d. "urbanistica negoziata"

Conclusioni

L'art. 2, comma 2, lett. d-*ter*, della L.R. 7.11.2003, n. 27, che considera lavori pubblici di interesse regionale "*i lavori realizzati dai privati in attuazione degli accordi tra soggetti pubblici e privati previsti dall'art. 6 della L.R. 23.04.2004, n. 11 'Norme per il governo del territorio' e s. m.; ai predetti lavori si applicano le disposizioni in materia di progettazione e direzione lavori, contabilità e collaudo dei lavori di cui alla presente legge e alla vigente normativa statale*", interpretato alla lettera, nel senso di non considerare sottoposta alla disciplina dei lavori pubblici la fase di scelta dell'esecutore delle opere oggetto degli accordi ex art. 6 della L.R. 11/2004, si pone in contrasto con le indicazioni giurisprudenziali e dell'Autorità sopra richiamate e rappresenta una norma regionale volta a disciplinare un ambito materiale (la tutela della concorrenza) rimesso all'esclusiva competenza del legislatore statale (Corte Costituzionale, 23.11.2007, n. 401). E', quindi, opportuno non darvi applicazione, nonostante non sia tra quelle impugnate dal Governo ed oggetto di annullamento da parte della Corte Costituzionale 1.08.2008, n. 322, né rientri tra quelle indicate in conflitto con il Codice dei contratti pubblici dalla DGR11.03.2008, n. 547.

LE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO ALLA LUCE DEL TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152

Grazie per l'attenzione!

Roberto Travaglini