



Ulteriori indirizzi interpretativi
per l'applicazione delle disposizioni
in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione
dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti
- D.Lgs. 163/2006, art. 32, comma 1, lett. g), e art. 122, comma 8 -

L'esecutivo regionale ha approvato, con D.G.R. n. 436 del 24 febbraio 2009 (pubblicata sul B.U.R. n. 23 del 17 marzo 2009) alcuni *“Indirizzi interpretativi per l'applicazione delle disposizioni in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti”*, riportati nell'allegato A al medesimo provvedimento, allo scopo di consentire ai Comuni le valutazioni di competenza in ordine all'applicazione della vigente normativa in materia.

Sulla tematica in esame è successivamente intervenuta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, esprimendo il proprio orientamento sulle principali *“Problematiche applicative delle disposizioni in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti”*. È stato infatti adottato, con determinazione n. 7 del 16 luglio 2009, previa audizione degli operatori del mercato, delle amministrazioni competenti e dei rappresentanti della conferenza dei Presidenti delle Regioni, un atto a carattere generale contenente specifiche indicazioni applicative sull'argomento.

Si rileva in proposito che le soluzioni interpretative prospettate dall'Autorità di vigilanza nella suddetta determinazione n. 7/2009, con riguardo alle singole “questioni controverse” dalla stessa individuate, convergono sostanzialmente con gli orientamenti espressi nella precedente Deliberazione della Giunta Regionale del Veneto n. 436 del 24 febbraio 2009.

Va peraltro osservato che, rispetto a talune questioni specifiche, l'organo di vigilanza è approdato a conclusioni che, in alcuni casi rappresentano un'utile precisazione e puntualizzazione degli indirizzi regionali e, in altri casi, assumono un contenuto parzialmente divergente dalle indicazioni regionali medesime.

Inoltre, su un aspetto cruciale dell'istituto di cui si è occupata l'Autorità di vigilanza, come meglio chiarito nel prosieguo, si è altresì espressa la Corte dei conti sezione regionale di controllo per il Veneto, con il parere n. 148/2009 reso nell'adunanza del 30 luglio 2009.

L'emanazione da parte dei suddetti soggetti istituzionali di indicazioni ermeneutiche volte a chiarire, in termini non sempre tra loro compatibili, i principali dubbi applicativi della disciplina in esame, pone quindi l'esigenza di raccordare gli indirizzi interpretativi recati dalla D.G.R. 436/2009 con i contenuti del summenzionato atto dell'Autorità di vigilanza, nonché con l'orientamento esplicitato dalla Corte dei conti nel citato parere 148/2009.

Peraltro, la sede maggiormente idonea per una più ampia definizione delle questioni prospettate è innegabilmente rappresentata dalla convenzione regolante i rapporti tra Comune e soggetto che realizza le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione, considerando in una logica di integrazione gli aspetti urbanistico-edilizio e quello appaltistico, per l'evidente carattere interdisciplinare della materia.

Sotto questo profilo, si sta coerentemente valutando di intervenire con un'azione più efficace, promuovendo la costituzione di un tavolo congiunto tra le Strutture regionali competenti in materia urbanistica e in materia di lavori pubblici, al fine di predisporre uno schema di convenzione in cui proporre in concreto la soluzione operativa alle problematiche oggetto dei sopra riportati atti interpretativi.

Nelle more dell'attivazione del tavolo congiunto e dell'adozione della convenzione-tipo testè menzionata, si ritiene comunque opportuno fornire le indicazioni integrative di seguito riportate.

A) RIFERIMENTO ALLA SOGLIA COMUNITARIA

In relazione alla questione in oggetto, il punto 1) lett. B) dell'allegato A alla D.G.R. 436/2009 così recita: *“...alla luce di quanto sancito nella sentenza della Corte di Giustizia 21 febbraio 2008, causa C-412/04, per verificare il raggiungimento o meno della “soglia comunitaria” e, conseguentemente, l'assoggettamento alle regole dettate dal Codice dei contratti pubblici per gli appalti di lavori pubblici*

d'importo pari o superiore a tale soglia [art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006], oppure per gli appalti d'importo inferiore (art. 122, comma 8), è necessario considerare il valore complessivo dell'intervento di urbanizzazione, e non singolarmente il valore di ciascuna opera di urbanizzazione contemplata dal medesimo piano urbanistico e dalla conseguente, unitaria, convenzione.

Ciò non toglie che possano essere effettuati affidamenti distinti (ad esempio distinguendo tra opere di urbanizzazione primaria ed opere di urbanizzazione secondaria), purché il valore complessivo delle opere oggetto di autonomi appalti sia considerato unitariamente al fine di valutare il raggiungimento o meno della "soglia comunitaria" e, conseguentemente, di individuare la disciplina applicabile a ciascun affidamento".

Rispetto all'indicazione regionale sopra citata, si ritiene di condividere le precisazioni contenute nella determinazione n. 7/2009 dell'Autorità di vigilanza, laddove, nel richiamare il suddetto principio affermato dalla Corte di giustizia ai fini della determinazione dell'importo complessivo dell'intervento, da cui dipende il regime normativo applicabile, chiarisce che:

- *“devonoessere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, la cui esecuzione è in capo al singolo titolare del permesso di costruire”*
- *va fatta salva l'applicazione della deroga prevista dall'articolo 29, comma 7, lett. c), del Codice dei contratti.*

Il sopra richiamato principio sembra costituire esplicitazione, con riferimento alla fattispecie delle opere a scomputo, della regola generale di cui all'art. 29, comma 7, del codice dei contratti (che riproduce negli esatti termini quanto stabilito dall'art. 9 della Direttiva 2004/18/CE) in punto di calcolo del valore stimato dei contratti pubblici in caso di appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti. Ai sensi della lett. b) dell'art. 29, comma 7, testè richiamato, difatti, *“quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28, le norme dettate per i contratti di rilevanza comunitaria si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto”*.

Come ricordato dall'Autorità di vigilanza, peraltro, la norma codicistica introduce, a temperamento di questa rigida regola di calcolo dell'importo stimato, una deroga limitata, vale a dire ammessa entro precise soglie economiche, laddove statuisce che *“le stazioni appaltanti possono tuttavia derogare a tale applicazione per i lotti il cui valore stimato al netto dell'IVA sia inferiore a un milione di euro per i lavori, purché il valore cumulato di tali lotti non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti”* [art. 29, comma 7, lett. c), D.Lgs. 163/2006].

B) RISPARMI D'ASTA

Con il precedente atto di indirizzo, la Giunta regionale ha ritenuto di esprimere indicazioni utili per la definizione della base d'asta, senza entrare nel merito della destinazione dei ribassi conseguiti dal privato nella gara esperita per l'affidamento dei lavori relativi alle opere di urbanizzazione.

In particolare, secondo quanto riportato nell'allegato A alla citata D.G.R. 436/2009, *“i rapporti economici tra il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 ed il Comune sono esclusivamente regolati dalla convenzione urbanistica, oltre che dalle vigenti disposizioni di legge.*

Fondamentale al riguardo è che in tale convenzione, l'obbligazione del privato è quantificata economicamente in base al computo metrico estimativo delle opere di urbanizzazione, ritenuto congruo dai competenti uffici comunali preventivamente all'approvazione ed alla sottoscrizione della convenzione, ed utilizzato per la definizione dell'ammontare dello scomputo delle opere dagli oneri di urbanizzazione”.

Per contro, nella determinazione n. 7/2009, l'Autorità di vigilanza si è altresì posta il problema di stabilire se, dell'eventuale ribasso del prezzo a base d'asta ottenuto in sede di gara, debba beneficiare il

privato titolare del permesso di costruire che ha assunto l'obbligo di realizzare l'opera a scomputo, ovvero l'amministrazione locale.

Nel dirimere tale dubbio interpretativo, sul rilievo che il privato adempie l'obbligo eseguendo la diversa prestazione della realizzazione delle opere, l'organo di vigilanza conclude che *“gli eventuali ribassi debbano rimanere nella disponibilità del privato, così come eventuali costi aggiuntivi sono a carico dello stesso secondo una logica di rischio imprenditoriale. In sostanza, fatte salve pattuizioni diverse in sede di convenzione urbanistica, il costruttore adempie compiutamente il proprio obbligo con la realizzazione dell'opera a regola d'arte ed il suo trasferimento al Comune, con la conseguenza che l'eventuale risparmio sui costi dell'esecuzione dell'opera stessa rispetto al valore stimato ex ante ai fini dello scomputo degli oneri, come anche gli eventuali costi aggiuntivi, rimane irrilevante per l'amministrazione”*.

Di questo ulteriore aspetto non espressamente regolato dalla vigente normativa, peraltro, si è successivamente occupata la Corte dei conti sezione regionale di controllo per il Veneto, con il parere n. 148/2009, pubblicato il 7 agosto 2009, reso al Comune di Trichiana.

In sede consultiva, il giudice contabile, muovendo sostanzialmente dalla considerazione che *“il contributo per il permesso di costruire costituisce un'entrata di integrale spettanza dell'Ente e che lo stesso è commisurato, tra l'altro..., all'incidenza degli oneri di urbanizzazione, la cui esecuzione spetta, in primis, al Comune”*, conclude *“per la spettanza al Comune dei ribassi d'asta eventualmente conseguiti in sede di gara rispetto al corrispettivo astrattamente e aprioristicamente posto a base d'asta”*.

Secondo quanto argomentato dalla Corte dei conti, ove la differenza determinata dal ribasso d'asta non fosse destinata al Comune, la misura dello scomputo risulterebbe maggiore rispetto a quella degli oneri di urbanizzazione in concreto sostenuti dal privato, determinandosi per tale parte un'ingiustificata decurtazione del contributo per permesso di costruire spettante al Comune.

La Corte dei conti, dunque, nell'affrontare la questione, non si limita a considerare i profili attinenti alla tutela della concorrenza, ma estende la sua analisi alla valutazione delle conseguenze contabili derivanti dall'applicazione di opzioni interpretative diverse da quella ritenuta corretta. In questa più ampia prospettiva, la Sezione di controllo riconosce all'istituto dello scomputo, come disciplinato dal Codice dei contratti, una *ratio* ambivalente, riconducibile sia ad aspetti di “tutela della concorrenza”, sia ad esigenze di “tutela delle finanze dell'ente locale”.

L'asserita stretta connessione della problematica *de qua* alla materia della contabilità pubblica, ha peraltro indotto la Corte dei conti a sviluppare ulteriormente le proprie argomentazioni, con l'enucleazione del concetto di “giusto prezzo”, al quale ritiene vada rapportata la misura dello scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Seguendo questa impostazione, dall'incidenza diretta sulle finanze dell'ente locale degli oneri sostenuti dal privato, i quali si traducono in una corrispondente decurtazione di un'entrata del comune, deriverebbe in particolare l'esigenza di assicurare che gli oneri che si vanno a scomputare dalle entrate dell'ente locale corrispondano al “giusto prezzo” per le opere realizzate.

E tale “giusto prezzo”, per la Corte dei conti, non può che ravvisarsi nel prezzo formatosi a seguito dell'operare concreto dei meccanismi concorrenziali posti a presidio, tra l'altro, delle finanze pubbliche.

Da quanto sopra riportato, sembra evincersi che, dall'applicazione del suddetto criterio del “giusto prezzo” elaborato dal giudice contabile, la misura dello scomputo non possa essere determinata *ex ante* in sede di convenzione, sulla base del valore stimato delle opere di urbanizzazione che il privato si obbliga a realizzare direttamente a scomputo degli oneri dovuti o comunque in adempimento delle obbligazioni assunte in convenzione, bensì risulti determinabile unicamente *ex post*, quando, in esito all'esperimento della procedura ad evidenza pubblica, viene a configurarsi il c.d. “giusto prezzo”, corrispondente al suddetto valore stimato delle opere al netto del ribasso d'asta.

Si deve rilevare, per contro, che la misura della prestazione pecuniaria degli oneri di urbanizzazione, di integrale spettanza dell'ente locale, va quantificata, secondo modalità testualmente definite dalla vigente

legislazione statale e regionale urbanistico- edilizia, vale a dire l'art. 16 D.P.R. 6 giugno 2001 e l'art. 86 L.R. 27 giugno 1985, n. 61.

Secondo quanto prevede tale ultima disposizione, in particolare, *“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”*.

Così delineata la questione, la conclusione prospettata dalla Corte dei conti - in base alla quale ove il ribasso d'asta rimanesse nella disponibilità del privato, la misura dello scomputo risulterebbe maggiore rispetto a quella degli oneri di urbanizzazione in concreto sostenuti dal privato, determinandosi per tale parte un'ingiustificata decurtazione del contributo per permesso di costruire spettante al Comune -non appare che riferibile all'ipotesi in cui il “giusto prezzo” si attesti al di sotto dell'importo degli oneri dovuti (*rectius*: degli importi tabellari). In tale evenienza, pertanto, per assicurare l'esatta corrispondenza tra oneri di urbanizzazione e spesa effettiva sostenuta dal privato per la realizzazione delle relative opere, risulta pacifico che il privato stesso sia tenuto a versare all'ente locale la differenza tra queste due entità economiche al fine di assicurare il principio dell'“integrale spettanza all'ente locale” dell'entrata in oggetto.

All'opposto, nel parere 148/2009, la sezione regionale della Corte dei conti non considera esplicitamente l'ipotesi inversa, quella in cui il prezzo delle opere risultante dall'applicazione dei meccanismi concorrenziali risulti superiore al valore degli oneri di urbanizzazione calcolati sulla base degli importi tabellari previsti dalla vigente legislazione urbanistico-edilizia.

Ciò nonostante, applicando a tale seconda fattispecie il criterio del “giusto prezzo” nei termini chiariti dal giudice contabile, l'integrale spettanza al comune dell'entrata derivante dagli oneri di urbanizzazione appare assicurata a prescindere dalla destinazione del ribasso d'asta al soggetto privato piuttosto che all'ente locale.

Sulla scorta della descritta attinenza della tematica alla materia della “contabilità pubblica” appare condivisibile l'opzione ermeneutica fornita dalla Corte dei conti nel summenzionato parere 148/2009, dalla quale si desume che al comune deve comunque essere garantita una spesa almeno pari alla somma dovuta quale contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione.

Per quanto sopra esposto, si ritiene conseguentemente necessario al riguardo modificare le precedenti indicazioni interpretative regionali, richiamate in premessa, nei seguenti termini.

Da un lato, stante l'assenza di una esplicita definizione della questione a livello normativo, va ribadito il concetto per cui i rapporti economici tra il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 ed il Comune non possano che essere regolati dalla convenzione urbanistica, oltre che dalle vigenti disposizioni di legge.

Per altro verso, nell'ambito della succitata convenzione, tenuto conto dei criteri elaborati dalla Corte dei conti sezione regionale di controllo per il Veneto, nel parere n. 148/2009, si può ritenere conforme a detti principi affermare che, non tanto la misura dello scomputo, quanto piuttosto la base d'asta dovrebbe essere quantificata economicamente in base al computo metrico estimativo delle opere di urbanizzazione, ritenuto congruo dai competenti uffici comunali preventivamente all'approvazione ed alla sottoscrizione della convenzione.

C) PARTECIPAZIONE DEL TITOLARE DEL PERMESSO DI COSTRUIRE ALLA GARA INDETTA DAL COMUNE

Un ulteriore nodo interpretativo affrontato anche dall'Autorità di vigilanza attiene alla possibilità per il privato di partecipare alla gara di appalto integrato complesso indetta dal comune.

In base all'indicazione espressa dalla Giunta Regionale nella deliberazione n. 436/2009 [punti 2) lett. b.1) e 3) lett. b.1)] anche in tale evenienza, analogamente al modulo operativo della gara indetta dal soggetto privato medesimo, *“qualora il ...titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo sia impresa qualificata ex art. 40 del D. Lgs. 163/2006 per tipologia ed importo rispetto alle opere di urbanizzazione, non può prendere parte, nemmeno indirettamente attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. o tali da configurare un unico centro decisionale, alla procedura di affidamento, in quanto non è ovviamente possibile che lo stesso soggetto rivesta, nella medesima procedura, i ruoli di Stazione appaltante e di impresa concorrente”*.

L'Autorità di vigilanza, se da un lato assume sostanzialmente la medesima linea interpretativa, dall'altro lato opera una distinzione, in quanto, a proprio giudizio, tale divieto può considerarsi violato solo qualora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione sia stata direttamente curata dall'impresa titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo), e non anche qualora quest'ultima abbia semplicemente svolto il ruolo di committente di tale progettazione preliminare.

Si ritiene in proposito condivisibile la precisazione dell'organo di vigilanza, alla luce della sua maggiore coerenza con la giurisprudenza comunitaria richiamata nella stessa determinazione n. 7/2009.

In tal senso, difatti, la regola di cui all'art. 90, comma 8, del Codice dei contratti, per cui *“gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione”*, va interpretata restrittivamente, in aderenza agli indirizzi espressi dalla Corte di Giustizia, in particolare nella sentenza 3 marzo 2005 C-21/03 e C-34/03. Siffatta decisione, nella fattispecie, ha ritenuto non conforme una norma con cui non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che venga concessa alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non abbia falsato la concorrenza.

D) AFFIDAMENTO DEGLI INCARICHI DI COLLAUDO

Come previsto dall'art. 32, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, all'esecuzione del contratto d'appalto rientrante nella fattispecie di cui al comma 1, lett. g) del medesimo articolo, si applica unicamente l'art. 141 del Codice dei contratti, relativo al collaudo dei lavori pubblici.

La disposizione in parola nulla dice sulla competenza alla nomina del collaudatore, sicché l'Autorità di vigilanza ha ritenuto di esprimere il proprio avviso anche sull'argomento.

Secondo il parere dell'organo di vigilanza, *“il collaudo costituisce attività propria della stazione appaltante e, quindi, del soggetto privato titolare del permesso di costruire, ferma restando la funzione di vigilanza da parte dell'amministrazione che va esplicata nell'approvazione degli atti di collaudo”*.

Al riguardo si può osservare che la soluzione interpretativa proposta, pur essendo formalmente ineccepibile, da un punto di vista sostanziale non manca di sollevare qualche perplessità, avuto riguardo alla *ratio* dell'istituto del collaudo delineato dal Codice dei contratti, vale a dire da norme speciali derogatorie della disciplina del codice civile, in ragione della natura pubblica dell'opera realizzata in regime di appalto. Nella fattispecie, l'obbligo di collaudare le opere di urbanizzazione secondo l'art. 141 del D.Lgs. 163/2006 appare posto essenzialmente a presidio del regolare adempimento degli obblighi previsti in convenzione ed in particolare della corretta esecuzione dell'opera destinata a confluire nel patrimonio del comune.

In quest'ottica, appare innegabile riconoscere nel collaudo il principale strumento a disposizione dell'ente locale per esercitare un efficace controllo sulla realizzazione delle opere di urbanizzazione a cura dei privati.

Al fine pertanto di assicurare in modo adeguato la necessaria imparzialità nell'esercizio dei compiti propri del collaudatore, in aderenza alla finalità assunta dall'istituto in parola a garanzia dell'adempimento degli obblighi assunti ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006, in alternativa alla soluzione interpretativa adottata dall'Autorità di vigilanza, non si può escludere la possibilità di prevedere, in sede di convenzione, che il compito di procedere all'individuazione dell'organo di collaudo spetti al Comune, ancorché a spese del soggetto attuatore.

E) AFFIDAMENTO DEI SERVIZI ATTINENTI L'ARCHITETTURA E L'INGEGNERIA

Altra questione "controversa" di cui si sono occupate sia la Giunta Regionale nella deliberazione n. 436/2009, sia l'Autorità di vigilanza nella più volte citata determinazione n. 7/2009, concerne l'affidamento della progettazione delle opere di urbanizzazione da parte del soggetto titolare del permesso di costruire.

Secondo l'atto di indirizzo regionale, laddove non sia in grado di provvedervi direttamente in quanto carente delle necessarie capacità e struttura, il soggetto privato è tenuto a ricorrere a professionisti esterni all'organizzazione dell'impresa applicando le disposizioni di cui all'art. 91 del Codice relative all'affidamento degli incarichi di progettazione delle opere di urbanizzazione e delle attività tecnico-amministrative connesse.

Nel ribadire tale impostazione, appare tuttavia corretto aderire alla puntualizzazione formulata dall'Autorità circa la necessità di verificare la sussistenza dei presupposti in presenza dei quali, secondo la Corte di giustizia, tali prestazioni progettuali possono dirsi riconducibili alla nozione di contratto d'appalto e, conseguentemente assoggettabili all'obbligo di gara (formale o informale).

Nello specifico, pertanto, si può sostenere con l'Autorità di vigilanza che l'art. 91 non si applica nei "casi in cui, non sussistendo né il presupposto contrattuale né il carattere di onerosità della prestazione, poiché il valore del progetto non è compensato con gli oneri di urbanizzazione in quanto predisposto in un momento antecedente alla stipula della convenzione urbanistica, non ricorrono i principi che impongono la gara".