

Considerazioni su terzo decreto correttivo al D.Lgs. 163/2006 in tema di opere a scomputo oneri di urbanizzazione

1. Le convenzioni urbanistiche complesse hanno costituito oggetto di specifica valutazione da parte della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi, forniture (determina 4/2008), ancorché a fronte di una specifica formulazione del Codice dei Contratti oggi superata.
2. Specificamente la Autorità pur riconoscendo che la Corte di Giustizia Europea si era fino ad oggi occupata delle sole opere di urbanizzazione realizzate direttamente da titolare del permesso di costruire nella forma c.d. a scomputo, e fra queste solo di quelle di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, ha ritenuto che la realizzazione di opere comprese nei “programmi complessi” debba essere disciplinata ai sensi degli artt. 32, 121 e 122 del D.Lgs. 163/2006, e ciò anche con riferimento alle opere di urbanizzazione primaria o sottosoglia.
3. Le motivazioni poste a sostegno di tale prospettazione erano duplici. *“La Corte Costituzionale con la sentenza 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 fittizio fra l’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.”*
4. Quanto alle opere di valore inferiore alla soglia comunitaria la Autorità riteneva comunque la applicabilità della medesima normativa sulla base del disposto dell’art. 122 comma 8 del Codice nella formulazione introdotta dal II decreto correttivo.

Detta formulazione non si riferiva infatti solo alle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia ma anche alle opere che *“siano funzionalmente connesse all’intervento edilizio assentito. Si tratta, cioè, di una fattispecie più ampia di quella dell’intervento pertinenziale al singolo edificio e conformata da un vincolo di funzionalità teleologica sotto il profilo edilizio-urbanistico.”*

5. A prescindere dalla fondatezza o meno della interpretazione sopra riportata, sta di fatto che la Autorità ha concluso nel senso che *“la realizzazione di opere previste dalle convenzioni urbanistiche rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori, l’affidamento dell’esecuzione delle suddette opere soggiace alla disciplina contenuta negli art. 32 comma 1 lett. 8), art. 121 comma 1 e art. 122 comma 8 del D.Lgs. 163/2006, salvo il caso in cui le amministrazioni procedenti abbiano esperito preventivamente una procedura di evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore del relativo accordo convenzionale.”*
6. Nel frattempo le norme poste a sostegno delle valutazioni della autorità, sopra citate, sono state modificate. Lo scorso 17 ottobre 2008, infatti, è entrato in vigore il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti che, fra le altre cose, ha modificato l’art. 122 comma 8, che tanto aveva fatto discutere per il suo riferimento esclusivo alle sole opere di urbanizzazione primaria sottosoglia (anche in relazione alla portata della

norma transattiva di cui all'art. 253 comma 8 che si riferisce, invece, alle sole opere di urbanizzazione secondaria sottosoglia).

Allo stato la norma rinvia esclusivamente alle opere di cui all'art. 32 c. 1 lett. g), e quindi deve intendersi estesa sia alle opere di urbanizzazione primaria che a quelle di urbanizzazione secondaria, sottosoglia, per le quali viene incondizionatamente previsto il ricorso alle procedure concorsuali descritte all'art. 57 c. 6 dello stesso codice (da leggere unitamente all'art. 32 comma 1 lett. g)

Inoltre, la norma non contiene più i riferimenti alle “*opere funzionalmente connesse all'intervento edilizio,*” sulla cui base la Autorità aveva ritenuto di estendere la definizione di “*appalto pubblico di lavori*” alle opere in senso lato previste dalle convenzioni urbanistiche (e non solo alle opere di urbanizzazione in senso proprio).

7. Il Codice non ha introdotto nuove norme transitorie e pertanto le modifiche introdotte devono intendersi vigenti ed esecutive. Anche l'art. 253 comma 8, norma transitoria oggi chiarita nel suo significato alla luce della nuova formulazione dell'art. 122 c. 8, prevede la sola possibilità di non applicazione delle procedure concorsuali disciplinate dall'art. 32 c. 1. lett. g) e 122 c. 8, alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che alla data di entrata in vigore del Codice (1 luglio 2006) abbiano già assunto nei confronti del comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione.”

In conclusione:

allo stato non può ritenersi incontestabile l'obbligo di assoggettare a procedura concorsuale la realizzazione di tutte le opere oggetto di convenzioni urbanistiche complesse, di valore complessivo sotto la soglia comunitaria, non propriamente “a scomputo di oneri di urbanizzazione” (considerato, altresì che non è stata trasfusa nel testo definitivo la dirimente proposta di modifica dell'art. 53 comma 1).

Al contrario, deve invece ritenersi incontestabile l'obbligo di assoggettare a procedura concorsuale la realizzazione di tutte le opere convenzionalmente previste a scomputo degli oneri di urbanizzazione sia primaria che secondaria, sia sopra soglia che sotto soglia.

La previsione discende dalla nuova lettera dell'art. 122 comma 8 d.lgs. 163/2006 ed è immediatamente vincolante ed esecutiva, applicabile a tutte le convenzioni sottoscritte dopo la data del 1 luglio 2006, di entrata in vigore del Codice ed a maggior ragione a tutti i testi convenzionali non ancora sottoscritti.

I testi convenzionali non ancora sottoscritti dovranno opportunamente prendere atto delle recenti modifiche normative e prevedere la monetizzazione delle opere in luogo della realizzazione diretta, allo stato non più possibile. Sarà onere e cura della amministrazione procedere alla indizione della gara per la realizzazione delle opere pubbliche, i cui costi – nei limiti degli oneri tabellari – potranno essere corrisposti direttamente dall'operatore se così previsto dalla determina a contrattare.

Milano, 11 novembre 2008

Avv. Micaela Chiesa