

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori , servizi e forniture

Determinazione n. 4/2008

Del 2 aprile 2008

Oggetto: Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni

Considerato in fatto

Sono state sottoposte all'attenzione dell'Autorità alcune richieste di parere relative 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).

Stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di numerosi interessi di settore, è stata convocata un'audizione, alla quale hanno partecipato i rappresentanti del Ministero delle Infrastrutture, dell'Associazione Nazionale Costruttori Edili (ANCE), dell'Associazione Nazionale Comuni d'Italia (ANCI) e della Associazione Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro (ANCLP).

Sono peraltro pervenuti apporti documentali anche da parte dell'Associazione Imprese Generali (AGI), e dell'Associazione Costruttori Edili di Roma e Provincia (ACER).

Considerato in diritto

1. In via preliminare, occorre rilevare che gli accordi convenzionali citati rientrano nel più ampio genus dei cosiddetti "programmi complessi", che a partire dagli anni '90 sono stati introdotti nel sistema nazionale di governo del territorio, trasferendo sul piano negoziale sia i rapporti tra i soggetti pubblici coinvolti, sia quelli tra gli stessi soggetti pubblici e i soggetti privati interessati, attribuendo a questi ultimi un ruolo attivo nella politica di trasformazione territoriale. Detti programmi si caratterizzano, quindi, per rappresentare un complesso sistematico di interventi pubblici e privati accompagnato anche da un completamento delle opere di urbanizzazione, al fine di valorizzare qualitativamente l'ambito territoriale oggetto di intervento.

L'accordo sulla base del quale si dà attuazione al programma si fonda, sostanzialmente, su uno "scambio di prestazioni": a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, vengono cedute dallo stesso privato aree e/o realizzate opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio. Si tratta di ipotesi in cui, a compenso di beneficconseguiti 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.

Questi accordi trovano la loro espressione formale, in particolare, nelle convenzioni urbanistiche, il cui archetipo è la convenzione di lottizzazione prevista dall'art. 28 della legge n. 1150/1942 e si iscrivono a pieno titolo nell'alveo dell'amministrazione negoziata, ove l'esercizio del potere viene canalizzato nelle forme dell'accordo con i potenziali destinatari dei suoi effetti.

2. Ciò premesso, occorre ora chiedersi se le opere che il privato si impegna a realizzare mediante le convenzioni citate siano da ritenersi assoggettate alla disciplina comunitaria e nazionale vigente in materia.

A tal fine sembra opportuno, in primo luogo, richiamare la sentenza della Corte di Giustizia europea del 12/07/2001 (causa C399-98), in materia di esecuzione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione oggetto delle convenzioni di lottizzazione, così come disciplinata dalla normativa italiana di riferimento all'epoca vigente (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; legge 29 settembre 1964, n. 867; legge 17 agosto 1942, n. 1150).

Ebbene, il giudice europeo, con la sentenza citata, ha affermato che la realizzazione delle opere di urbanizzazione di cui trattasi è da ricondurre al genus "appalto pubblico di lavori", stante il ricorrere dei seguenti elementi:

- la qualità di amministrazione aggiudicatrice degli enti procedenti (enti pubblici territoriali);
- la riconducibilità delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto, stante la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze della collettività ed il pieno controllo dell'amministrazione competente sulla realizzazione delle opere medesime, a nulla rilevando che l'opera sia inizialmente privata, in quanto le opere di urbanizzazione hanno per propria natura una intrinseca finalità pubblica;
- la natura contrattuale del rapporto fra l'amministrazione e il privato lottizzante, posto che la convenzione di lottizzazione, sottoscritta dalle parti, stabilisce diritti ed obblighi delle parti, ivi compresa l'esatta individuazione delle opere di urbanizzazione che il privato è tenuto a realizzare, nonché le relative condizioni di esecuzione;
- la natura onerosa di tale contratto, considerando che l'amministrazione comunale, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 10/1977, e che, pertanto, il titolare della concessione edilizia o del piano di lottizzazione, attraverso la realizzazione diretta delle opere, estingue un debito di pari valore, secondo lo schema civilistico dell'obbligazione alternativa.

Poiché si tratta, quindi, di appalti pubblici di lavori, la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile agli stessi l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria; obbligo che sussiste anche nel caso in cui la scelta degli imprenditori incaricati della progettazione e dell'esecuzione delle opere spetti al lottizzante (titolare del permesso di costruire), non essendo necessario che il soggetto che conclude un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente la prestazione pattuita, potendo tale soggetto farla eseguire a terzi.

Da ciò l'applicabilità alla fattispecie in questione del concetto di mandato, quale conferimento dei poteri relativi all'espletamento delle gare al privato lottizzante, fatti comunque salvi i poteri relativi alla sorveglianza, al controllo ed alla direzione nella realizzazione delle opere, che rimangono in capo all'amministrazione.

Alla luce di tale arresto comunitario, occorre comprendere se i principi enucleati nella descritta pronuncia eccedano l'ambito preso in esame nel caso di specie e possano trovare applicazione nei confronti di altre forme di negoziazione tra la pubblica amministrazione ed il privato.

In particolare, occorre stabilire se, anche per le fattispecie in esame, ricorrano gli elementi che hanno indotto la Corte di Giustizia ad ascrivere all'"appalto pubblico di lavori" la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Invero, anche nelle ipotesi oggetto della presente determinazione non sembra dubbio che ricorra la qualità di amministrazione aggiudicatrice in capo all'ente pubblico precedente e, sotto il profilo oggettivo, che oggetto di esecuzione siano opere pubbliche, trattandosi comunque e sempre di opere di interesse generale realizzate a vantaggio della collettività.

Del pari, può sostenersi la natura negoziale del rapporto pubblico-privato, in quanto le convenzioni urbanistiche hanno indubbia natura contrattuale, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico.

Infatti, 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. In altri termini, il vantaggio economico in cui consiste la causa del negozio non deve obbligatoriamente essere limitato ad una corresponsione in denaro, ma ben può consistere in un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica.

Ne consegue, quindi, che le convenzioni urbanistiche mediante le quali i privati si obbligano a realizzare opere pubbliche presentano elementi e natura tali da essere riconducibili, sul piano tassonomico, allo stesso genus dei piani di lottizzazione, ancorché si configurino come tipi differenti di piani attuativi (i cosiddetti programmi complessi).

Ciò in quanto, come sopra riferito, la realizzazione di opere da parte del privato avviene comunque sulla base di accordi convenzionali conclusi dallo stesso con l'amministrazione 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.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, si può ritenere che le fattispecie in esame siano da ricondurre alla categoria dell'"appalto pubblico di lavori", da ciò derivando, come necessario corollario, che esse debbano essere affidate secondo procedure ad evidenza pubblica nel rispetto del diritto comunitario e nazionale vigente.

Né osta a tale ricostruzione il fatto che la realizzazione delle opere avviene tramite soggetti privati, atteso che la Corte Costituzionale, con sentenza 28 marzo 2006 n. 129, ha espressamente stabilito che " il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente non può 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..dal citato art. 2, comma 5, della legge 109/1994."

3. Sulla base di quanto suesposto, si pone ora il problema di individuare quali siano in concreto le procedure ad evidenza pubblica da applicare. Ciò in quanto le fattispecie in esame, pur contemplando, come sopra visto, la realizzazione di opere pubbliche, non trovano tuttavia una specifica regolamentazione nel d.lgs. n. 163/2006, avendo il legislatore ivi disciplinato in maniera espressa, a fianco delle ordinarie procedure per la realizzazione di opere pubbliche, la sola fattispecie delle opere di urbanizzazione a scomputo di contributi concessori o conseguenti a piani di lottizzazione.

Occorre, quindi, stabilire se le fattispecie in esame possano essere ricondotte nella speciale disciplina dettata dal Codice per le opere a scomputo di oneri concessori o relative a convenzioni di lottizzazione o se invece debbano ricadere nella generale disciplina in materia di contratti pubblici contemplata nel medesimo decreto legislativo. Ovviamente la soluzione dovrà avere particolare riguardo al fatto che nell'ambito degli accordi convenzionali in questione può essere ricompresa non solo la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, ma anche altri tipi di interventi edilizi a queste ultime non strettamente assimilabili (cfr. Tar Lombardia, Milano, n. 6541/2007).

Com'è noto, per quanto riguarda le opere di urbanizzazione a scomputo di oneri concessori, la relativa disciplina positiva è individuabile nel combinato disposto dell'art. 32, comma 1, lett. g), del d.lgs. 163/2006 (come modificato dal d.lgs. n. 113/2007), per gli interventi di valore superiore alla soglia comunitaria, e nell'art. 121, comma 1, e 122, comma 8, dello stesso decreto legislativo, per quelli di valore inferiore a tale soglia.

Dalle norme sopra citate si evince che il titolare del permesso di costruire o il privato lottizzante, per la realizzazione dei lavori di urbanizzazione primaria e secondaria di importo superiore alla soglia comunitaria, ha la duplice possibilità di esperire egli stesso le procedure di gara nel rispetto della disciplina normativa contenuta nel Codice (sulla base di un mandato conferito dall'amministrazione: cfr. Corte Giustizia 12 luglio 2001 , C-399/98, sopra citata) ovvero assumere la veste di promotore nell'ambito di una procedura ispirata al modello del project financing.

Analogamente, per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, ad eccezione delle opere di urbanizzazione primaria, per le quali il legislatore ammette la diretta realizzazione da parte del titolare del permesso di costruire o privato lottizzante, occorre fare applicazione della disciplina comune dettata per la scelta del contraente .

Orbene, ai fini dell'estensibilità della disciplina richiamata anche alle opere da realizzarsi nell'ambito dei cosiddetti "programmi complessi", si formulano le seguenti osservazioni.

Da un lato il legislatore, relativamente alle opere di valore superiore alla soglia comunitaria, sembra aver voluto delimitare l'applicabilità della disciplina ivi dettata alla sola ipotesi delle opere previste a fronte di un singolo "permesso di costruire", eventualmente ricomprese nei piani di lottizzazione, avendo omesso di riportare la locuzione "a quanto agli interventi assimilabile", presente invece nel previgente art. 2, comma 5, della legge n. 109/94 e s.m..

D'altro canto, però, per quanto riguarda le opere di valore inferiore alla soglia comunitaria, con la modifica apportata all'art. 122, comma 8, del Codice da parte del secondo decreto correttivo (d.lgs.113/2007), il legislatore ha utilizzato un parametro ben più flessibile, laddove ha ritenuto di ricomprendere (peraltro in recepimento delle osservazioni espresse dal Consiglio di Stato) anche le ipotesi in cui le opere 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.

Inoltre, occorre considerare che la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza citata 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.

Pertanto, va evidenziato come 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-istematica.

D'altro lato, ove si ritenessero non assimilabili le fattispecie in esame, si dovrebbe optare per la pedissequa applicazione della disciplina relativa alla scelta del contraente e ciò renderebbe concretamente non praticabile l'accordo complesso finalizzato alla trasformazione del territorio, con correlata disapplicazione della normativa di riqualificazione urbana e del territorio sopra

richiamata. Osterebbe a tale possibilità, infatti, la presenza di soggetti direttamente individuati dal rapporto dominicale con le aree interessate dalle trasformazioni del territorio.

La riconduzione delle medesime fattispecie alla disciplina delle opere a scomputo dei contributi di urbanizzazione consente, invece, la coesistenza ordinamentale dei due ordini di regolamentazione, con salvezza, quindi, dei principi in materia di concorsualità nella individuazione dei contraenti della pubblica amministrazione.

Può, pertanto, ritenersi che la realizzazione di opere ricomprese nei "programmi complessi" debba essere disciplinata ai sensi dei citati art. 32, 121 e 122 del d.lgs. n. 163/2006.

4. Dalle due fattispecie sopra descritte va tenuto distinto il caso in cui la scelta del soggetto con cui concludere la convenzione urbanistica non discenda da una proposta autonoma del privato interessato, ma derivi da un reale confronto concorrenziale posto in essere preventivamente dall'amministrazione, con la fissazione dei criteri di scelta del privato contraente, accompagnata dalla richiesta dei prescritti requisiti di qualificazione per la esecuzione dei lavori.

In questa ipotesi, infatti, il privato formula le proprie proposte in piena concorrenza con altri operatori economici, sulla base di un'adeguata pubblicizzazione dell'iniziativa da parte dell'amministrazione e il soggetto che risulterà aggiudicatario potrà legittimamente eseguire in proprio l'intervento.

Al riguardo è opportuno evidenziare che le procedure ad evidenza pubblica che risultano più consone al tipo di affidamento in questione sembrano essere la finanzia di progetto di cui agli artt. 153 e seguenti ed il dialogo competitivo di cui all'art. 58 del Codice dei contratti (al momento non ancora concretamente utilizzabile, non essendo stato emanato ed entrato in vigore il regolamento attuativo ex art. 5) a seconda che l'amministrazione ritenga di addivenire ad un affidamento concessorio, includendovi quindi anche l'eventuale successiva gestione delle opere realizzate, ovvero ad un mero appalto per l'esecuzione delle opere.

Entrambi gli istituti richiamati consentono, infatti, all'amministrazione di instaurare un dialogo aperto con gli offerenti, stante la flessibilità delle procedure ivi previste, che rispondono maggiormente alla complessità degli interventi che l'amministrazione generalmente pone in essere nell'ambito dei cosiddetti programmi complessi.

In particolare, il ricorso all'istituto del dialogo competitivo consentirebbe all'amministrazione di verificare le risposte del mercato relativamente a tutti gli aspetti dell'intervento, al fine di addivenire alla miglior definizione del progetto anche mediante la combinazione dei migliori elementi delle proposte pervenute dai privati.

Sulla base di quanto sopra considerato,

IL CONSIGLIO

ritiene che:

- la realizzazione di opere prevista dalle convenzioni urbanistiche rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori;

- l'affidamento dell'esecuzione delle suddette opere soggiace alla disciplina contenuta negli artt. 32, comma 1, lett. g), 121, comma 1, e 122, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, salvo il caso in cui le amministrazioni procedenti abbiano esperito preventivamente una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore del relativo accordo convenzionale.

Il Consigliere Relatore Il Presidente

f.to Alessandro Botto f.to Luigi Giampaolino

Depositato presso la Segreteria del Consiglio

in data 3 aprile 2008

Il Segretario