

Numero ____/____ e data __/__/____ Spedizione



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 3 dicembre 2018

NUMERO AFFARE 01911/2018

OGGETTO:

Autorita' nazionale anticorruzione.

Autorità nazionale anticorruzione: Linee guida n. 4 - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici - Opere di urbanizzazione a scomputo.

LA COMMISSIONE SPECIALE del 3 dicembre 2018

Vista la nota dell'Autorità nazionale anticorruzione pervenuta il 9 novembre 2018, prot. n. 16675, con la quale è stato chiesto il parere in oggetto;

Visto il decreto del 12 novembre 2018, n. 160, con il quale il Presidente del Consiglio di Stato ha istituito una Commissione speciale per l'esame dell'affare; Esaminati gli atti e uditi i relatori, consiglieri Giulia Ferrari e Stefano Toschei;

Premessa

Con il quesito in oggetto il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione –

Anac, con nota prot. n. 16675 del 9 novembre 2018, ha chiesto di acquisire il parere del Consiglio di Stato con specifico riguardo alla tematica delle opere di urbanizzazione a scomputo, e cioè alle opere eseguite dal titolare del permesso di costruire scomputando i relativi oneri dai contributi dovuti ai Comuni per le opere di urbanizzazione.

In particolare, l'Anac si riferisce al punto 2.2 del paragrafo 2 (Il valore stimato dell'appalto) delle proprie Linee guida n. 4 dell'1 marzo 2018, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici", che riproducono in parte qua il parere n. 361 del 12 febbraio 2018 reso dal Consiglio di Stato.

Nel punto 2.2 delle suindicate Linee guida si legge testualmente che "Per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire. Nel caso di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16, comma 7 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, di importo inferiore alla soglia comunitaria, detto valore deve essere calcolato - tenendo conto dell'intervenuta abrogazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - secondo i parametri stabiliti dall'articolo 5, paragrafo 8, della direttiva 2014/241 UE e dall'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici. Al ricorrere della suindicata ipotesi, per effetto della previsione derogatoria contenuta nell'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001: 1) nel caso di affidamento a terzi dell'appalto da parte del titolare del permesso di costruire non trovano applicazione le disposizioni del decreto legislativo n. 163 del 2006 ed ora del Codice dei contratti pubblici; 2) di conseguenza, il valore delle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16,

comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001, di importo inferiore alla soglia comunitaria, ai fini della individuazione del valore stimato dell'appalto, non si somma al valore delle altre opere di urbanizzazione eventualmente da realizzarsi".

Si legge nel documento che contiene il quesito formulato dall'Anac che l'esigenza di sottoporre al Consiglio di Stato la richiesta di intervento interpretativo del soprariportato punto 2.2 consegue al ricevimento da parte della stessa Anac di una informativa proveniente dalla Struttura di missione per le procedure di infrazione del Dipartimento per le politiche europee presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri in ordine alla segnalazione della Commissione Europea in merito ad un possibile contrasto tra quanto contenuto nel citato punto 2.2 e l'articolo 5, paragrafo 8, della direttiva 2014/24/UE, paventando il rischio dell'apertura di una procedura di infrazione.

In particolare, si puntualizza nella richiesta di parere, il sottopunto n. 2 della elencazione inserita nel secondo periodo del punto 2.2 (che reca le seguenti espressioni "di conseguenza, il valore delle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001, di importo inferiore alla soglia comunitaria, ai fini della individuazione del valore stimato dell'appalto, non si somma al valore delle altre opere di urbanizzazione eventualmente da realizzarsi") potrebbe rappresentare una previsione interpretativa che si pone in contrasto con quanto disposto dall'articolo 5, paragrafo 8, della direttiva 2014/24/UE, nella parte in cui sembra prevedere che, in caso di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di tipo funzionale, ammessa dall'articolo 16, comma 2 bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 per importi di rilievo infracomunitario, il valore di tali opere, appaltabile in deroga alle procedure di evidenza pubblica regolate dal Codice dei contratti pubblici, possa essere determinato senza tenere conto del valore complessivo delle opere di urbanizzazione (ossia escludendo anche le restanti opere di urbanizzazione secondaria, e primaria non funzionali).

Per superare i dubbi sollevati dalla Commissione Europea l'Anac suggerisce un'interpretazione comunitariamente orientata del sottopunto 2 inserito nel punto 2.2 delle Linee guida n. 4, nel senso che lo scorporo - dal valore complessivo dell'opera - degli interventi di cui all'articolo 16, comma 2 bis, del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 sia consentito solo a condizione che il valore complessivo dell'opera stessa non raggiunga l'entità della soglia comunitaria. Unicamente in siffatta ipotesi, il valore di tali opere potrebbe essere scorporato dalle restanti opere di urbanizzazione e, per l'effetto, affidato dal titolare del permesso di costruire senza l'adozione delle procedure di evidenza pubblica previste dal Codice dei contratti pubblici.

Viceversa, laddove l'importo complessivo delle opere si situasse al di sopra dell'importo considerato dalle direttive comunitarie, allora anche la porzione di opere di urbanizzazione primaria di tipo funzionale, ancorché in sé di valore inferiore alla predetta soglia, dovrebbe essere ricompresa nell'ambito degli affidamenti che la stazione appaltante è tenuta a gestire nel (dovuto) rispetto del Codice dei contratti pubblici e ciò perché attratta verso la soglia comunitaria in ragione del valore totale delle opere di urbanizzazione da realizzare.

L'Autorità ha quindi chiesto al Consiglio di Stato di esprimere il proprio avviso circa la condivisibilità o meno della suesposta interpretazione e, nel caso in cui dovesse ritenersi non corretta, di specificare quale possa essere la interpretazione più idonea a scongiurare che l'Italia possa incorrere in una procedura di infrazione comunitaria.

L'Anac ha altresì chiesto che venga espresso un parere in ordine all'incidenza, rispetto alla questione emarginata, della disposizione recata dall'articolo 35, comma 11, del Codice dei contratti allo scopo di valutare l'opportunità di inserire uno specifico richiamo all'interno del punto 2.2 delle Linee guida n. 4.

Tale norma sembra ammettere, in coerenza con quanto stabilito dall'articolo 5, paragrafo 10 della direttiva 2014/24/UE, che uno o più lotti possano essere

scorporati dai restanti lotti di cui si compone l'opera, a condizione, per i lavori, che il singolo lotto valga meno di 1 milione di euro e che la sommatoria dei lotti scorporati (e aggiudicati) meno del 20% del valore complessivo dell'opera.

Il tutto potrebbe avvenire, per espressa previsione sia della direttiva che della norma nazionale, in deroga al principio sancito dall'articolo 5, paragrafo 8, della direttiva, riprodotto all'articolo 35, comma 9, del Codice.

Nella fattispecie, dunque, applicando l'articolo 35, comma 11, del Codice e sussistendo le relative condizioni, sarebbe possibile scorporare il lotto relativo alle opere di urbanizzazione primaria funzionali, affidandolo in via diretta ai sensi dell'articolo 16, comma 2-bis, del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001, anche se il valore complessivo dell'opera fosse di rilevanza comunitaria.

L'Autorità chiede, quindi, conferma circa la corretta interpretazione della disposizione summenzionata, anche in relazione all'interferenza con l'articolo 35, comma 9, del Codice, allo scopo di valutare l'opportunità di inserire uno specifico richiamo all'interno del punto 2.2 delle Linee guida n. 4.

Considerato:

A) Con riferimento al primo quesito ed in via preliminare, la Commissione rileva che è già presente nella corpo della motivazione del parere n. 361, reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato il 12 febbraio 2018, l'evidente illustrazione degli elementi di interpretazione (corretta) di quanto è stato poi riprodotto dall'Autorità nazionale anticorruzione al sottopunto 2.2 del punto 2 delle Linee guida n. 4 dell'1 marzo 2018, con la conseguenza che, al fine di superare il dubbio sottoposto all'esame di questa Commissione speciale, sembra sufficiente riportarsi a detta illustrazione, non palesandosi l'assoluta necessità di prospettare una "interpretazione comunitariamente orientata" di quanto scritto al sottopunto 2.2 delle Linee guida, come invece è stato suggerito dall'Anac nella richiesta di parere pervenuta il 9 novembre 2018, prot. n. 16675.

Ed invero:

- come si è segnalato nel citato parere n. 361 del 2018, l'articolo 16, comma 2 bis,

d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - a mente del quale "Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7 (del medesimo art. 16, n.d.rr.), di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" - contiene una evidente (ed eccezionale) deroga normativa all'applicazione delle disposizioni codicistiche in materia di affidamento di commesse pubbliche laddove l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria (purché realizzate "Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, (...) funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, (...)") sia attuata direttamente dal titolare dell'abilitazione a costruire e l'importo delle stesse sia inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria;

- giova precisare che per "opere funzionali" si intendono le opere di urbanizzazione primaria (ad es., fogne, strade e tutte gli ulteriori interventi elencati, in via esemplificativa, dall'articolo 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) la cui realizzazione è diretta in via esclusiva al servizio della lottizzazione ovvero della realizzazione dell'opera edilizia di cui al titolo abilitativo a costruire (quest'ultimo nelle varie articolazioni previste dalle leggi, anche non nazionali) e, comunque, solo quelle assegnate alla realizzazione a carico del destinatario del titolo abilitativo a costruire e da quest'ultimo specificate;

- fermo quanto sopra si presenta necessario ribadire, ancora una volta, che il calcolo complessivo delle opere di urbanizzazione, intesa nella sua interezza, è dato dalla somma di tutte le opere di urbanizzazione che il privato deve realizzare a scomputo, funzionali e non. Tale operazione, avente dunque ad oggetto la

definizione dell'importo complessivo al quale ammonta la realizzazione delle opere di urbanizzazione, deve essere effettuata prima di ogni ulteriore valutazione circa la possibilità di applicazione della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. n. 380 del 2001, giacché l'operatività di quest'ultima resta direttamente condizionata dall'esito dell'accertamento in ordine al calcolo complessivo delle opere di urbanizzazione da realizzarsi;

- se il valore complessivo di tali opere – qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell'articolo 35, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, solo allora il privato potrà avvalersi della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. n. 380 del 2001 ed esclusivamente per quelle funzionali;

- al contrario, qualora il valore complessivo di tali opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al Codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali;

- in termini ancora più semplici si deve ribadire l'iter logico già seguito nel parere n. 361 del 2018 di questo Consiglio, vale a dire che l'insieme delle opere di urbanizzazione il cui onere è accollato al titolare del permesso di costruire come scomputo degli oneri di urbanizzazione, deve essere considerato nel suo insieme come se fosse un'unica opera pubblica da realizzarsi contestualmente, sia pure costituita da diverse tipologie (opere di urbanizzazione primaria, primaria funzionali, secondaria) le quali, ciascuna per sé, possono essere considerate come singoli lotti in relazione alla loro singola natura (fogne, strade, illuminazione etc.). Ne consegue che, per valutare se questo complessivo appalto virtualmente unitario, composto da più opere disomogenee, superi o meno la soglia comunitaria, in applicazione dell'art. 35, comma 9, del Codice occorre sommare il valore di ciascuna di esse. Ciò refluisce, per altro, sulla soluzione al secondo quesito posto dall'Anac di cui più avanti.

- tale essendo l'iter argomentativo del sottopunto 2.2 inserito nel punto 2 delle Linee guida n. 4 del 2018, per come redatto dall'Anac in seguito al parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 361 del 2018, spetterà alla predetta

Autorità, sfuggendo tale compito ai poteri di questa Commissione speciale, valutare se si renda indispensabile o meno esternare tali motivazioni in seno alle Linee guida già approvate e quale sia la procedura corretta per effettuare tale integrazione.

B) Con un secondo quesito, del tutto nuovo rispetto alla richiesta che (a suo tempo) è stata all'origine del parere del Consiglio di Stato n. 361 del 2018, l'Anac ha chiesto conferma se l'articolo 35, comma 11, del Codice dei contratti pubblici ammetta, in coerenza con quanto stabilito dall'articolo 5, paragrafo 10 della direttiva 2014/24/UE, che uno o più lotti possano essere scorporati dai restanti lotti di cui si compone l'opera, a condizione, per i lavori, che il singolo lotto valga meno di 1 milione di euro e che la sommatoria dei lotti scorporati (e aggiudicati) meno del 20% del valore complessivo dell'opera.

Questa Commissione speciale ritiene che tale lettura della norma non si ponga in contrasto con il tenore letterale dell'articolo 5, paragrafo 10 della direttiva 2014/24/UE ed anzi costituisca uno strumento di "tolleranza" applicabile ogni qualvolta occorra sommare il valore di un affidamento suddiviso in più lotti.

Per semplificare, anche in questo caso il ragionamento e renderlo più comprensibile, si deve richiamare l'osservazione sopra espressa secondo cui il coacervo delle opere di urbanizzazione a scomputo addossate al titolare del permesso di costruire deve essere considerato, agli effetti del calcolo delle soglie, come una unica "opera prevista" oggetto di un unico appalto. Si è già precisato che se la sommatoria di tale coacervo supera la soglia europea tutte le opere dovranno essere assoggettate al codice.

Si rende tuttavia applicabile in questo caso anche l'art. 35, comma 11, del Codice, il quale, in diretta, letterale e pedissequa applicazione dell'art. 5, par. 10 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che, in via di eccezione, quando un'opera prevista può dar luogo ad appalti aggiudicati per lotti separati, e quand'anche il valore complessivo stimato della totalità dei lotti di cui essa si compone sia superiore alla

soglia, ciò non ostante ai lotti frazionati in questione non si applica la direttiva, e dunque possono essere aggiudicati senza le procedure in essa previste come obbligatorie. Ciò può avvenire però a due condizioni 1. Che, i lotti in cui è stata frazionata l'opera prevista siano ciascuno inferiore a € 1.000.000,00, 2. Che la somma di tali lotti non superi il 20 per cento della somma di tutti i lotti in cui l'opera prevista è stata frazionata. In questo caso per "opera prevista" si deve intendere, appunto, il coacervo delle opere di urbanizzazione addossate al titolare del permesso.

In questo senso, potendosi su tale aspetto concordare con quanto suggerito dall'Anac nel quesito qui in esame, applicando l'articolo 35, comma 11, del Codice e sussistendo le relative condizioni, sarebbe possibile scorporare il lotto relativo alle opere di urbanizzazione primaria funzionali, affidandolo in via diretta ai sensi dell'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. n. 380 del 2001, anche se il valore complessivo dell'opera fosse di rilevanza comunitaria, a condizione che esso fosse di valore inferiore a € 1.000.000,00, e non superasse il venti per cento di tutte le opere a scomputo addossate al titolare.

P.Q.M.

esprime i pareri richiesti nei sensi di cui in motivazione

GLI ESTENSORI
Giulia Ferrari, Stefano Toschei

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio