



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

ANCE Marche

23/09/2015

AG 65/2015/AP

Oggetto: ANCE Marche – mancato pagamento di opere di urbanizzazione e tutela dell'impresa esecutrice - richiesta di parere

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al protocollo n. 42361 del 9 aprile 2015 relativamente alle possibili azioni a tutela delle imprese affidatarie della realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione a seguito di procedura di gara espletata dal titolare del permesso di costruire, nel caso in cui non venga loro corrisposto il pagamento dei crediti maturati a seguito dell'esecuzione del contratto, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 23 settembre 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Tralasciando di ripercorrere il noto iter che ha condotto dalla previsione dell'art. 11, comma 1, della legge n. 28 gennaio 1977, n. 10 (ora trasfusa nell'art. 16, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001) – contemplante la possibilità di scomputare in tutto o in parte il contributo per gli oneri di urbanizzazione dovuto dal titolare del permesso di costruire attraverso la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione – attraverso la pronuncia della Corte di Giustizia 12 luglio 2011 C-399/1998, all'obbligo per il titolare del permesso di costruire che intende avvalersi di detta possibilità di affidare la realizzazione delle opere di urbanizzazione con procedura ad evidenza pubblica (oggi sancito dall'art. 32, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006), si evidenzia come nella determinazione n. 7 del 16 luglio 2009 l'Autorità abbia delineato l'inquadramento giuridico dell'istituto affermando, sotto il profilo soggettivo, che il privato titolare del permesso di costruire è titolare diretto della funzione di stazione di appaltante in qualità di "altro soggetto aggiudicatore" ex art. 32, comma 1, lett. g), d.lgs. n. 163/2006.

Essendo destinatario diretto della normativa sulle gare pubbliche in qualità di stazione appaltante, il titolare del permesso di costruire è pertanto «esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento e di esecuzione delle opere di urbanizzazione».

Come chiarito nella stessa determinazione, residuano in capo al Comune i poteri di vigilanza e controllo che spettano all'Amministrazione, consistenti nell'approvazione del progetto in linea tecnica ed economica, nell'approvazione delle eventuali varianti in corso di esecuzione e degli atti di collaudo, oltre che nella possibilità di chiedere al privato informazioni circa le modalità di svolgimento della gara d'appalto. Si tratta di poteri che il Comune conserva in quanto istituzionalmente preposto alla cura dell'assetto e dell'utilizzazione del territorio, giustificati dalla natura pubblica delle opere di urbanizzazione, in quanto opere di utilità generale destinate a fare parte del patrimonio comunale, e finalizzati pertanto a garantirne la piena rispondenza alla funzione cui sono preposte. Tali poteri sono dunque esercitati per garantire specifiche caratteristiche e funzionalità delle opere di urbanizzazione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Non sono invece contemplati poteri/obblighi solidali o sussidiari del Comune rispetto alle obbligazioni contrattualmente assunte dal titolare del permesso di costruire nei confronti dell'operatore economico esecutore delle opere di urbanizzazione.

Occorre altresì considerare che l'onere di copertura almeno parziale degli oneri di urbanizzazione grava sul titolare del permesso di costruire in forza di espressa previsione normativa (art. 16, comma 1, del d.P.R. n. 380/2001) e che, quando il titolare del permesso di costruire si avvale della facoltà di scomputare quanto dovuto realizzando direttamente le opere, altro non fa altro che stipulare con l'amministrazione locale una sorta di novazione dell'obbligazione originaria a proprio carico sostituendola con la diversa obbligazione di realizzazione diretta delle opere (determinazione cit. «il privato adempie l'obbligo eseguendo la diversa prestazione delle realizzazione delle opere»). Ne consegue - oltre al fatto evidenziato nella citata determinazione che gli eventuali ribassi derivanti dalla procedura di gara permangono nella disponibilità del titolare del permesso di costruire - che i costi delle opere di urbanizzazione, benché queste siano destinate al patrimonio del Comune, devono rimanere a carico del titolare del permesso di costruire in forza dell'originaria obbligazione avente titolo nella legge.

Dunque, il titolare del permesso di costruire, avendo assunto l'obbligazione di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione in luogo della corresponsione del contributo ed essendo titolato *ex lege* all'espletamento della procedura per la selezione dell'operatore economico incaricato della realizzazione dell'opera è l'unico soggetto tenuto ad adempiere all'obbligazione assunta nei confronti dell'amministrazione, anche adempiendo diligentemente alle obbligazioni scaturenti dal contratto stipulato con l'operatore economico.

Una ricostruzione in questi termini dell'istituto induce ad escludere che possa rinvenirsi nella normativa vigente un titolo su cui fondare la responsabilità del Comune per gli eventuali inadempimenti del titolare del permesso di costruire nei confronti dell'operatore economico.

Una simile responsabilità del Comune potrebbe avere solo origine pattizia se dedotta nella convenzione urbanistica o altro atto d'obbligo che accede al permesso di costruire/lottizzazione.

Sotto una diversa prospettiva, può considerarsi che l'obbligazione di sostenere i costi dei lavori di realizzazione delle opere di urbanizzazione tramite il pagamento del corrispettivo all'operatore economico esecutore potrebbe essere contemplata, nella medesima convenzione, tra le obbligazioni coperte dalle garanzie prestate dal titolare del permesso di costruire all'atto della stipula, la cui violazione comporta l'escussione delle garanzie medesime. Anche in tal caso, dovrebbe comunque esservi una espressa previsione in questo senso nella convenzione.

Per ciò che concerne la mancata riconsegna delle opere di urbanizzazione da parte dell'operatore economico, si osserva che il contratto di appalto stipulato tra titolare del permesso di costruire e l'operatore economico selezionato con gara, come evidenziato nella richiamata determinazione, è disciplinato dalle norme del diritto civile e che pertanto l'operatore economico può avvalersi dell'eccezione d'inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. che consente al contraente, che non abbia ottenuto la prestazione cui ha diritto, di rifiutare quella di cui è debitore.

Invero, anche la disciplina pubblicistica dell'appalto di lavori riconosce, nell'art. 133, comma 1, del Codice dei contratti, la possibilità per l'operatore economico, qualora l'ammontare delle rate di acconto per le quali non sia stato tempestivamente emesso il certificato di collaudo o il titolo di spesa raggiunga il quarto dell'importo netto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

contrattuale, di agire ai sensi dell'art. 1460 c.c.. La previsione dell'art. 133 è in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione secondo cui la preminenza della posizione riservata alla pubblica amministrazione non incide sulla natura privatistica del contratto di appalto di opere pubbliche (cfr., *ex multis*, Cassazione Civile, sez. I, 12 agosto 2010, n. 18644).

E da tempo la Cassazione aveva già riconosciuto la facoltà all'operatore economico di esperire il rimedio cautelativo della sospensione dei lavori a fronte dell'inadempimento dell'amministrazione, avvalendosi dell'eccezione di inadempimento, ove lo stesso deduca e dimostri che detto inadempimento sia ascrivibile a dolo o colpa grave dell'amministrazione e sempreché l'inadempimento stesso presenti gravità idonea a compromettere l'equilibrio fra le contrapposte prestazioni (Cassazione civile, sez. I, 24 ottobre 1985, n. 5232).

Quanto riconosciuto a favore dell'operatore economico nell'ambito degli appalti di lavori soggetti alla disciplina pubblicistica conferma la legittimità dell'esercizio dell'eccezione di inadempimento nel caso di contratto di appalto che, benché avente ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche, è stipulato tra privati ed è «disciplinato dalle norme del diritto civile, nel rispetto delle disposizioni contenute nella convenzione urbanistica, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle disposizioni della procedura di gara» (determinazione cit.).

Per completezza si rammenta che l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. va esercitata nel rispetto dei principi ermeneutici enucleati dalla giurisprudenza per i contratti con prestazioni corrispettive, per i quali, in particolare, si ritiene che, ove una delle parti giustifichi la propria inadempienza con l'inadempimento dell'altra, il giudice deve procedere alla valutazione comparativa dei comportamenti, tenendo conto non solo dell'elemento cronologico ma anche e soprattutto dei rapporti di proporzionalità e corrispettività esistenti tra le prestazioni inadempite, per stabilire se l'inadempimento o la prospettiva di inadempimento di una parte giustifichi il rifiuto di esecuzione della prestazione dovuta dall'altra; a tal fine il giudice non deve avere riguardo alle sole obbligazioni principali dedotte in contratto (e cioè, nell'appalto, a pagamento del compenso, per il committente ed il compimento dell'opera, per l'appaltatore), ma anche a quelle secondarie cui le parti, nell'esplicamento della loro autonomia contrattuale, abbiano attribuito carattere di essenzialità sul piano sinallagmatico (cfr. Cassazione civile I, 27 settembre 1999, n. 10668).

Il Presidente