



.....OMISSIS.....

.....OMISSIS.....

Oggetto

Convenzione Urbanistica compendio immobiliare denominato ".....OMISSIS....." – richiesta di parere.
UPREC-CONS-0072-2024

FUNZ CONS 29/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 maggio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 56931, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 5 giugno 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota di richiesta di parere, l'Amministrazione istante comunica di aver stipulato, nel 2018, con laOMISSIS....., una convenzione urbanistica per l'attuazione di un intervento di demolizione e ricostruzione di edifici di proprietà della Società, situati nelOMISSIS....., nel compendio immobiliare denominatoOMISSIS..... Nell'ambito di tale convenzione, è stato ultimato il primo progetto attuativo riferito ad uno dei predetti edifici incluso nel compendio immobiliare, con le connesse opere di urbanizzazione a scomputo; per il secondo progetto attuativo, i lavori e le connesse opere di urbanizzazione, sono ancora in corso.

L'Amministrazione comunica altresì di aver assentito ad una proposta di aggiornamento della convenzione sopra indicata, avanzata dallaOMISSIS....., per la quale occorre sottoscrivere il relativo atto modificativo e integrativo della stessa.

.....OMISSIS....., l'Amministrazione comunale chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla sussistenza di possibili motivi ostativi alla sottoscrizione del suddetto atto

modificativo/integrativo della convenzione, rappresentando al riguardo di non essere in possesso di informazioni dirette sulle ipotesi di reato contestate ai predetti soggetti.

Comunica, infine, che le verifiche antimafia svolte sulla societàOMISSIS..... hanno fornito un riscontro negativo, mentre le successive istanze di informazione antimafia inerenti siaOMISSIS....., siaOMISSIS....., inoltrate mediante laOMISSIS..... in data successiva ai fatti di cronaca sopra citati, risultano attualmente inevase; non sussistono altresì annotazioni nel Casellario informatico dell'ANAC.

In relazione all'istanza di parere sopra indicata, con nota pervenuta in data 23 maggio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 59146, laOMISSIS....., nel rappresentare la propria incompetenza in ordine alla predetta istanza, ha comunicato che il procedimento penale al quale fa riferimento la nota medesima, è attualmente nella fase delle indagini preliminari.

Al fine di esprimere avviso sulla fattispecie, riferita ad una convenzione urbanistica conclusa tra l'Amministrazione richiedente e un soggetto privato nel 2018, dunque in vigenza del d.lgs. 50/2016 e alla possibilità di procedere alla stipula di un atto modificativo/integrativo della stessa alla luce delle circostanze rappresentate nell'istanza di parere, occorre evidenziare in via preliminare (per i profili di competenza di questa Autorità) che simili convenzioni, contemplanti (tra l'altro) l'esecuzione di opere di urbanizzazione (primaria o secondaria) a scomputo degli oneri concessori ai sensi del d.p.r. 308/2001, ricadono nel campo di applicazione del Codice dei contratti pubblici con riferimento alla realizzazione di tali interventi di urbanizzazione da parte del soggetto privato titolare del diritto edificatorio, in quanto ascrivibili alla categorie delle "opere pubbliche".

Dispone, infatti, il d.lgs. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*), all'art. 1, comma 2, lett. e), che il Codice medesimo trova applicazione per i «lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire o un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza».

L'art. 36, comma 3, dello stesso d.lgs. 50/2016, stabilisce a sua volta che «Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo per gli importi inferiori a quelli di cui all'articolo 35, si applicano le previsioni di cui al comma 2»; tale ultimo comma disciplina le procedure di scelta del contraente per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie.

Le disposizioni richiamate sono state oggetto di alcune pronunce dell'Autorità, nelle quali sono state analizzate le caratteristiche delle predette convenzioni urbanistiche (nonché dei c.d. programmi complessi), giungendo ad affermare che nell'ambito delle stesse, la realizzazione di opere pubbliche sulla base di accordi convenzionali conclusi tra amministrazione e privato, costituisce una fattispecie da ricondurre nella categoria dell'"appalto pubblico di lavori", da ciò

derivando, come necessario corollario, che le predette opere devono essere affidate secondo procedure ad evidenza pubblica nel rispetto del diritto comunitario e nazionale vigente (*ex multis* determinazioni n. 4/2008, n. 7/2009, delibere n. 763/2016, n. 1077/2020, n. 316/2021).

Per quanto sopra, gli esecutori delle opere di urbanizzazione incluse nelle convenzioni in esame, devono essere selezionati nel rispetto delle disposizioni del Codice e devono essere in possesso, oltre che dei requisiti di moralità sanciti dall'art. 80 del d.lgs. 50/2016, anche dei requisiti di qualificazione adeguati alle opere da eseguire, come espressamente previsto dall'art. 84 dello stesso decreto legislativo, ai sensi del quale i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere in possesso di adeguata qualificazione.

Occorre aggiungere a quanto sopra, come ulteriormente osservato dall'Autorità, che la disposizione dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016, «nella misura in cui richiama il necessario possesso di inderogabili requisiti di moralità in capo ai soggetti contraenti, afferma principi di carattere generale che non possono essere trascurati in qualsivoglia rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione. Essa esprime, infatti, un principio generale di ordine pubblico economico, volto a tutelare l'esigenza che il contraente dell'Amministrazione sia un soggetto affidabile, in possesso dei requisiti tipizzati dalla norma». Pertanto, risulta ineludibile da parte della pubblica amministrazione l'attività di verifica dei requisiti di natura generale sia nei confronti del soggetto attuatore della convenzione, sia degli esecutori individuati per l'esecuzione delle opere (in tal senso delibera n. 1077/2020 e delibera n. 1151/2019).

Occorre aggiungere a quanto sopra che secondo le previsioni dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016, l'iscrizione di un operatore economico nel registro degli indagati ai sensi dell'art. 335 c.p.p., non costituisce una causa di esclusione automatica dalle gare d'appalto, né – con riguardo alla fattispecie in esame – determina effetti diretti e automatici sulla capacità del soggetto privato di sottoscrivere una convenzione urbanistica.

Invero, come chiarito dall'Autorità (*ex multis* delibera n. 396/2023), l'art. 80 del d.lgs. 50/2016 elenca, al comma 1, «i reati che incidono sulla moralità del concorrente, facendo espresso riferimento, ai fini dell'esclusione automatica dalla gara, alla sentenza definitiva di condanna o al decreto penale o alla sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. per uno dei predetti reati. Pertanto, ai fini sopra indicati, non è sufficiente che sia in corso un procedimento penale per l'accertamento della commissione dei reati indicati dall'art. 80 o che sia stata emessa in tale ambito una misura cautelare o disposto un rinvio a giudizio a carico dei soggetti indicati dalla medesima norma». Tuttavia, «al di fuori delle cause di esclusione tassativamente previste dal richiamato art. 80 d.lgs. 50/2016, in presenza di gravi fatti di rilevanza penale conosciuti dalla stazione appaltante è demandato alla stessa un margine importante di discrezionalità con riferimento alla verifica del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016, che prevede come causa ostativa alla partecipazione a gare d'appalto e alla stipula dei relativi contratti, previa motivata valutazione della stazione appaltante, la circostanza che il concorrente abbia commesso un errore grave nell'esercizio della sua attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante (parere Funz Cons 9/2022 e 69/2022). [...] Conseguo da quanto sopra che può formare oggetto di valutazione, da parte della stazione appaltante, come grave illecito professionale ex art. 80, comma 5 del Codice, anche la pendenza di indagini penali o il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società, o anche il caso in cui il legale rappresentante o socio di maggioranza della società aggiudicataria sia destinatario di una misura cautelare interdittiva (delibera n. 146/2022; n. 1050/2020). Tali circostanze, astrattamente integranti fattispecie di "grave illecito professionale" in capo all'operatore economico, devono formare oggetto di valutazione in concreto da parte della stazione appaltante (delibera Anac n.

146/2022 cit. e parere Funz Cons 54/2022). La valutazione in ordine alla qualificabilità della fattispecie oggetto del quesito – riferita ad un concorrente iscritto nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p. - come grave illecito professionale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice, è quindi un processo di specifica pertinenza della stazione appaltante, alla quale è rimessa ogni decisione in ordine all'eventuale esclusione dalla gara d'appalto dell'operatore economico interessato, all'esito di un procedimento in contraddittorio con lo stesso. Ciò in quanto, solo la stazione appaltante è nelle condizioni di valutare i rischi cui potrebbe essere esposta aggiudicando l'appalto ad un concorrente la cui integrità o affidabilità sia dubbia, avendo riguardo all'oggetto e alle caratteristiche tecniche dell'affidamento (pareri Funz Cons n. 45/2022, n. 54/2022, n. 69/2022)» (delibera n. 397/2023).

Si aggiunga, per completezza, che nel nuovo Codice dei contratti pubblici recato d.lgs. 36/2023, applicabile alle procedure selettive indette successivamente alla sua entrata in vigore ex art. 229 del medesimo decreto legislativo, l'iscrizione dell'operatore economico nel registro degli indagati ex art. 335 c.p.p., in quanto non espressamente citata nel comma 6 dell'art. 98, tra i "mezzi adeguati di prova", non può formare oggetto di valutazione ai fini della sussistenza di un illecito professionale grave, tenuto anche conto del principio di tassatività sancito dall'art. 95, comma 1, lett. e), nei termini indicati nella citata delibera n. 397/2023 dell'Anac.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette dunque a codesta Amministrazione comunale ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente