

L'articolo 16, comma 2-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001

all'esame della Commissione Europea

Lo scorso 24 gennaio la Commissione Europea ha aperto la procedura di infrazione n. 2018/2273 trasmettendo alla Rappresentanza Permanente dell'Italia presso l'Unione Europea una lettera di costituzione in mora nella quale ha esposto i profili rispetto ai quali una serie di disposizioni normative vigenti nel nostro paese in materia di appalti e concessioni non sarebbero conformi al diritto UE. La seconda delle disposizioni legislative rispetto alla quale la Commissione Europea ha esposto i propri rilievi è il comma 2-bis dell'art. 16 del D.P.R. 380/2001. Si tratta del comma introdotto con il Decreto Legge n. 201 del 6 dicembre 2011 (il cosiddetto SalvaItalia) con il quale si consente agli operatori (titolari del permesso di costruire) di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione primaria (strade, fogne, etc.) *"funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio"* di importo inferiore alla soglia comunitaria, disponendo altresì che rispetto alla suddetta fattispecie giuridica non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - vigente al momento della conversione in legge del decreto 6 dicembre 2011, n. 201 - e dunque ora il Codice dei Contratti di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Lo scrutinio, da parte della Commissione Europea, dell'art. 16 comma 2-bis del D.P.R. 380/2001 è stato propiziato da una denuncia pervenuta alla medesima Commissione specificatamente riferita alle modalità attraverso le quali la Giunta Comunale di Milano, con la Deliberazione n. 1117 del 10 giugno 2013, aveva dato applicazione all'art. 16 comma 2-bis del D.P.R. 380/2001. Come si può leggere nella lettera del 24 gennaio 2019 soprarichiamata, a seguito della presentazione della denuncia è stata dapprima aperta l'indagine EUP(2015)7994, e ad esito delle risultanze di detta indagine si è proceduto a mettere in mora le Autorità Italiane.

L'esame effettuato dalla Commissione e l'obbligo, a carico dell'Autorità Italiane, di fornire entro la fine del mese di marzo le proprie osservazioni in merito offrono l'opportunità di riprendere in considerazione l'art. 16 del D.P.R. 380/2001 e di tentare di esporre i presupposti che ne sono all'origine e le implicazioni attuative conseguenti.

Con questa norma il legislatore, nel 2011, ha tentato di individuare nel nostro ordinamento una specifica fattispecie giuridica - le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla cosiddetta soglia comunitaria *"funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio"* - e di definire per detta fattispecie giuridica un regime normativo derogatorio ad hoc del tutto sottratto alle disposizioni contenute nelle direttive UE in materia e del Codice dei Contratti con il quale dette Direttive sono state recepite nel nostro paese, prestando altresì attenzione a non precisare espressamente che l'esecuzione diretta della suddetta fattispecie giuridica avvenisse a scembo totale o parziale del dovuto contributo per il rilascio del permesso di costruire. Su quest'ultimo aspetto, il legislatore ha potuto confidare sul fatto che le Amministrazioni chiamate a dare applicazione alla norma in questione, non possono pretendere che il soggetto sul quale grava un'obbligazione - nel caso di specie quella di versare il contributo di cui all'art. 16 comma 2 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dunque il corrispettivo dovuto per la partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione - vi adempia due volte, e

dunque sia versando il contributo di cui all'art. 16 comma 2, sia accollandosi le spese per la realizzazione di una quota parte delle medesime opere di urbanizzazione.

L'ispirazione alla base dell'introduzione dell'art. 16 comma 2-bis - introdurre una specifica tipologia di opera pubblica e sottrarla all'applicazione delle norme comunitarie e nazionali in materia di appalti e concessioni - trova conferma nel fatto che al momento della conversione in legge del decreto 6 dicembre 2011, n. 2011 il legislatore non ha ritenuto necessario precisare, all'interno del medesimo comma 2-bis, ovvero nel Codice dei Contratti allora vigente come è stato fatto soltanto con il Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 e per la ragione che verrà illustrata in seguito, che la verifica dell'eventuale superamento della cosiddetta soglia comunitaria dovesse essere effettuata tenendo conto del valore complessivo delle opere di infrastrutturazione e di urbanizzazione riferite al progetto di trasformazione urbanistica del territorio autorizzato. Il tentativo di definire una nuova e specifica fattispecie di opera pubblica appare, altresì, piuttosto approssimativo e dunque destinato a determinare problemi interpretativi ed un'applicazione disomogenea dal momento che detta fattispecie viene definita facendo riferimento da un lato all'importo dei lavori da realizzare, e dall'altro ad una non meglio definita funzionalità *"all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio"*, come se esistessero opere di urbanizzazione per le quali è ammessa la realizzazione da parte del titolare del permesso di costruire che non siano funzionali all'intervento per il quale il medesimo permesso è stato rilasciato.

Ma il tentativo di sottrarre la nuova fattispecie di opera pubblica dal campo di applicazione delle direttive UE e delle norme nazionali in materia di appalti e concessioni e di consentire frazionamenti artificiali delle opere di infrastrutturazione e di urbanizzazione - l'esecuzione dei quali può essere affidata al titolare del permesso di costruire - non è sfuggita, come scritto all'inizio, allo scrutinio della Commissione Europea.

Con la lettera del 24 gennaio 2019 la Commissione Europea ha evidenziato come l'indagine EUP(2015)7994 menzionata all'inizio avesse consentito di rilevare che - così come era nelle intenzioni del legislatore deducibili dal tenore letterale della norma - le Autorità italiane si attennero ad una interpretazione non conforme dell'art. 16 comma 2-bis del DPR 380/2001. Per detta interpretazione non conforme, la Commissione Europea intende quella descritta nella stessa lettera del 24 gennaio nel modo seguente: *"Il comma 2-bis può, tuttavia, essere interpretato anche nel senso che le amministrazioni aggiudicatrici possono ignorare tutte le disposizioni del codice dei contratti pubblici, inclusa quella che recepisce la disposizione della direttiva in questione (cioè l'articolo 9, paragrafo 5, lettera a), secondo comma, della direttiva 2004/18/Ce o l'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE). In base a tale interpretazione, l'articolo 16, comma 2-bis del DPR 380/2001 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare ciascun lotto senza applicare il codice, non soltanto se il valore cumulato dei lotti è inferiore alla soglia UE, ma anche se il valore di ciascun singolo lotto, considerato in modo isolato rispetto agli altri lotti, è inferiore alla soglia UE. Tale interpretazione è incompatibile con la direttiva (in appresso l'interpretazione non conforme)".*

Questa interpretazione - che a giudizio della Commissione Europea fa sì che l'art. 16 comma 2-bis non attui la direttiva 2014/24/UE *"con la necessaria chiarezza e certezza giuridica"* - non trova conferma soltanto nella citata Deliberazione della Giunta Comunale di Milano n. 1117 del

10 giugno 2013, successivamente riformata e sospesa nelle more della conclusione della indagine EUP(2015)7994. L'interpretazione dell'art. 16 comma 2-bis del D.P.R. 380/2001 che elude le norme anti-frazionamento artificioso previste dalla normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti e concessioni – come messo in rilievo dalla Commissione Europea – è stata confermata e legittimata, in qualche modo, dalla Delibera n. 46 del 3 maggio 2012 dell'Autorità allora preposta alla Vigilanza sui Contratti Pubblici ma anche e soprattutto dalla Delibera dell'ANAC n. 206 del 1° marzo 2018 avente come oggetto: *“Linee Guida n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, 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”.* Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016. Aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1° marzo 2018”.

La Commissione Europea ha messo in evidenza il fatto che la Delibera dell'ANAC n. 206/2018 ha vanificato la modifica all'art. 36 comma 4 del Codice dei Contratti Pubblici introdotta con il Decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 in risposta alle osservazioni della Commissione nell'ambito della citata indagine EUP(2015)7994. Con il suddetto decreto correttivo, infatti, all'art. 36 comma 4 del Codice dei Contratti – laddove si richiama espressamente l'applicabilità dell'art. 16 comma 2-bis per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia - è stato introdotto un esplicito riferimento all'art. 35 comma 9 del medesimo Codice ai fini del calcolo dell'importo delle opere di urbanizzazione da aggiudicare e della verifica dell'eventuale superamento della suddetta soglia. In questo modo, fermo restando la formulazione assolutamente derogatoria dell'art. 16 comma 2-bis – *“non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”* – si introduceva una puntualizzazione con l'intento esplicito di tenere espressamente ferma la disposizione della Direttiva UE che impone di considerare il valore cumulato dei lotti attraverso i quali un lavoro possa essere suddiviso ed appaltato, e dunque impedire un'interpretazione applicativa dell'art. 16 comma 2-bis non conforme all'art. 5 paragrafo 8 secondo comma della direttiva 2014/24/UE.

Come puntualmente rilevato dalla Commissione Europea, con la Delibera ANAC n. 206/2018 - in contraddizione con quanto il legislatore ha cercato di precisare al momento della modifica dell'art. 36 comma 4 del Codice dei Contratti - è stata riproposta, con un marginale aggiustamento rispetto alle indicazioni prospettate nella richiamata Delibera AVCP n. 46/2012, quella che per la medesima Commissione è una interpretazione non conforme al diritto UE. Nelle Linee Guida n. 4 approvate con la Delibera ANAC n. 206/2018 si ammette, infatti, che in applicazione dell'art. 16 comma 2-bis l'importo delle opere di urbanizzazione primaria a carico del titolare del permesso di costruire - se affidate da quest'ultimo a terzi e se il loro valore è inferiore alla soglia UE - possa essere scorporato dal valore complessivo delle opere di urbanizzazione da eseguirsi nel quadro del progetto di trasformazione urbanistica del territorio autorizzato.

La parola, ora, passa al Governo. Escludendo l'ipotesi di non fornire una risposta nel merito e dunque di incorrere, inevitabilmente, in un deferimento del nostro Paese alla Corte di Giustizia, il Governo Conte potrà rispondere alla Commissione Europea dando conto di una eventuale riforma della Delibera ANAC n. 206/2018 affidando ad una riformulazione della parte delle

Linee Guida dedicata all'art. 16 comma 2-bis del DPR 380/2001 il compito di dare prova del fatto che le Autorità Italiane intendono attenersi ad una interpretazione conforme al diritto UE di detta norma e fanno sì che ciò venga fatto applicare e rispettare da tutte le Amministrazioni chiamate in causa. Altrimenti può procedere attraverso un più coraggioso e nitido intervento legislativo che sopprimendo sia il comma 2-bis dell'art. 16 del D.P.R. 380/2001 sia il comma 4 dell'art. 36 del Codice dei Contratti consenta di mettere in archivio una delle tante norme di semplificazione approvate nel corso degli ultimi anni – delle quali si fa sempre una gran difficoltà a trovare apprezzabili effetti – visto e considerato anche che il regolatore, al quale ci si voleva sottrarre, ha finito per accorgersene.

Marco Eramo