

N. 8/2016

Aggiornamento
(16.08.2016)



LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DEGLI ONERI DI URBANIZZAZIONE DOPO IL DECRETO LEGISLATIVO 18.04.2016, N. 50¹

Disposizione tecnico-organizzativa (DTO 8/2016)² *(ai sensi dell'articolo 7/III del RUE e del c. 7, art. 4, L.R. n. 15/2013)*

PREMESSA:

La disciplina relativa all'affidamento delle opere di urbanizzazione "a scomputo" è stata oggetto di numerosi interventi normativi diretti ad emendare una materia che, nelle sue varie formulazioni, era volta a garantire ad un solo soggetto³ la possibilità di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione e ciò in violazione dei principi comunitari, in tema di libera concorrenza di tutti gli operatori interessati.

Negli ultimi quindici anni l'intero settore del convenzionamento urbanistico ha subito una profonda trasformazione. In particolare, la normativa concernente la realizzazione delle opere pubbliche di urbanizzazione a scomputo totale o parziale degli oneri di urbanizzazione è stata oggetto di svariate modifiche e interpretazioni giurisprudenziali, che si sono susseguite a partire dalla fondamentale pronuncia della Corte di Giustizia Europea (c.d. caso "Bicocca" 12.07.2001 - C 399/98).

E' con questa sentenza che i Giudici lussemburghesi introducono un particolare obbligo procedurale a carico dei privati lottizzanti: nel caso in cui singole opere superino i valori di rilevanza europea, esse devono essere affidate, applicando le procedure di gara previste dalla direttiva 37/93/CEE⁴.

Va precisato che sino a quel momento l'affidamento diretto delle opere al privato costituiva nell'ottica del Legislatore lo strumento normalmente utilizzato per realizzare le infrastrutture necessarie per consentire gli insediamenti edilizi che la pubblica Amministrazione spesso non era in grado di effettuare. In altre parole, il privato, che voleva utilizzare il proprio fondo a scopo edificatorio, poteva farlo, ma solo se contemporaneamente forniva alla zona un assetto urbanistico rispondente alle modalità previste dagli accordi con il Comune, ovvero l'Ente preposto alla tutela urbanistica del territorio nel quale la sua proprietà si inseriva.

In questo panorama legislativo la sentenza della Corte di Giustizia, appare del tutto dirimpente. Infatti, introducendo il principio secondo cui anche la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione da parte del privato deve sottostare alle regole delle procedure europee in materia di appalti, mette inevitabilmente a confronto due normative, quella degli appalti pubblici e quella dell'urbanistica, che sino a quel momento erano riuscite a viaggiare in modo parallelo, senza dar luogo a reciproche sovrapposizioni o interferenze.

Il Legislatore nazionale ha, con molta fatica, recepito il principio comunitario ed è stato negli anni quasi costretto, attraverso una serie di modifiche legislative, ad ampliarne la portata.

L'Amministrazione comunale può stipulare con il privato una convenzione⁵, nell'ambito della quale il titolare del titolo edilizio può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, a scomputo⁶ totale o parziale degli oneri.

¹ Si veda anche la DTO 23-2015 "Possibilità di scomputo della quota di contributo di costruzione afferente al costo di costruzione".

² **La presente Disposizione Tecnico Organizzativa riveste carattere regolamentare.**

³ Si tratta del titolare del permesso di costruire o del privato "lottizzante".

⁴ Direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

⁵ Tale accordo tra pubblica Amministrazione ed operatore privato comprende la specificazione delle opere da realizzare, l'individuazione del soggetto che eseguirà i lavori, le modalità e la tempistica di esecuzione degli stessi, la determinazione del valore complessivo degli interventi e le garanzie del loro esatto adempimento.

⁶ Si definiscono opere a scomputo le urbanizzazioni realizzate direttamente dal privato considerate, interamente o parzialmente, sostitutive degli oneri di urbanizzazione dovuti.

Questa opzione, da un lato, consente ai Comuni di evitare i rischi economici e le responsabilità derivanti dalle procedure di gara e, dall'altro, il privato è invece incentivato allo scomputo, perché può realizzare le opere di urbanizzazione (utili ad una più agevole commerciabilità della costruzione da edificare), più velocemente e meglio rispetto alla p.a.

Particolarmente problematico è individuare a chi spetti il potere di disporre lo scomputo. Parte della dottrina ritiene che l'esecuzione delle opere sia un diritto insindacabile del proprietario; altri autori e parte della giurisprudenza, ritengono, invece, all'opposto, che l'ammissione allo scomputo, sia oggetto - da parte dell'Amministrazione - di una valutazione ampiamente discrezionale, legata alla programmazione di espansione urbanistica. Solo con l'atto di "accettazione" del Comune sorgerebbe il corrispondente diritto in capo al proponente. In caso contrario, l'Amministrazione avrà l'onere di motivare dettagliatamente le ragioni del diniego.

Le opere realizzate direttamente dal costruttore entrano a far parte del patrimonio indisponibile del Comune, con la conseguenza che gli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria connessi a tali interventi devono essere successivamente affrontati direttamente dall'ente locale. Generalmente l'acquisto avviene per cessione da parte del lottizzante (previo collaudo sulla regolare esecuzione delle opere, con atto pubblico soggetto a trascrizione nei registri immobiliari).

Se, però, gli interventi sono realizzati su aree di proprietà comunale, l'ente locale diverrà proprietario delle opere per effetto di accessione⁷.

Nel passato, il lottizzante che ha realizzato direttamente le opere di urbanizzazione si è sottratto alla procedura ad evidenza pubblica, che l'Amministrazione avrebbe dovuto espletare (per individuare il soggetto deputato a realizzare le opere) nell'ipotesi in cui il privato le avesse corrisposto gli oneri di urbanizzazione.

La Corte di Giustizia, però, come evidenziato sopra, ha dichiarato che questo iter procedurale è incompatibile con la normativa comunitaria che, per l'affidamento di tali opere, impone agli Stati membri il rispetto dei principi di concorsualità. Il legislatore italiano è stato, pertanto, chiamato ad conformare ai principi comunitari la normativa interna relativa agli appalti pubblici. Ciò è avvenuto con una serie di interventi normativi⁸ diretti a garantire una maggiore concorrenza tra tutti gli operatori interessati. In particolare, con il terzo decreto correttivo al vecchio Codice degli Appalti (D.Lgs. n. 163/2006), il legislatore ha fatto rientrare nell'alveo della disciplina degli appalti pubblici di lavori tutti gli affidamenti delle opere pubbliche a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Infine, particolarmente significativo pare l'art. 45 del Decreto legge n. 201 del 6.12.2011 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici - c.d. "Salva Italia"), convertito nella Legge n. 214/2011, che, tra le diverse misure, nuovamente interviene sulla materia in questione. Con il nuovo comma 2-bis dell'art. 16 del Testo Unico dell'Edilizia (D.P.R. n. 380/2001) viene reintrodotta la possibilità, per il titolare del titolo abilitativo o l'attuatore di un piano di lottizzazione o altro piano attuativo, di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria⁹.

La norma, già prevista dal decreto legge 70/2011 ma poi soppressa in sede di conversione, esclude, così, dall'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici, le strade residenziali, gli spazi di sosta o parcheggio, le fognature, le reti idriche, le reti di approvvigionamento di energia elettrica e gas, il verde attrezzato, che siano di importo inferiore alla soglia comunitaria¹⁰.

In definitiva, nella vigenza del D.Lgs. n. 163/2006, continuavano ad essere assoggettate a procedure pubbliche di affidamento le opere di urbanizzazione sia primarie sia secondarie di rilevanza comunitaria. Per le opere sotto soglia, l'operatore privato, poteva invece, a differenza del passato, eseguire direttamente e senza formalità le opere pubbliche a scomputo degli oneri di urbanizzazione primaria, di importo inferiore alla soglia comunitaria; mentre l'indizione della gara - secondo le regole della procedura negoziata di cui all'art. 57, comma 6 del D.Lgs. 163/2006 - trovava applicazione solo per le opere di urbanizzazione secondaria.

La previsione di un regime differenziato per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria sotto soglia, non è esente da critiche. Infatti, se la ratio della disposizione è quella di rendere più celere la realizzazione di tali opere, esonerando l'Amministrazione dall'onere di espletare una procedura di gara, sarebbe stato preferibile - nell'ottica di semplificazione che ha contraddistinto l'azione del legislatore - estendere ad entrambe le ipotesi l'esecuzione diretta da parte del privato.

Tale situazione non è sostanzialmente mutata con l'introduzione del nuovo "Codice degli appalti", ovvero il D.Lgs. 18.04.2016, n. 50.

PRIMA DEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI (D.LGS. n. 50/2016):

1. RICOSTRUZIONE DEL CONTESTO NORMATIVO DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO ANTE D.LGS N. 163/2006:

⁷ Art. 934 del Codice Civile.

⁸ Con un primo intervento di modifica dell'art. 2 co. 5, legge n. 109/1994, ha introdotto l'obbligo di gara per la realizzazione delle opere di urbanizzazione sopra soglia comunitaria, ammettendo, inoltre, che il privato possa svolgere la funzione di stazione appaltante, in sostituzione della p.a. Successivamente, l'introduzione del Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) ha assoggettato al regime dell'evidenza pubblica le opere di urbanizzazione primaria (sopra soglia) e secondaria (sopra e sotto soglia), con la conseguenza che queste potevano essere aggiudicate solo previo esperimento di una procedura di selezione dei contraenti. Tale disposizione iniziale è stata successivamente modificata con diversi decreti correttivi.

⁹ Il Regolamento Commissione europea 24/11/2015 n. 2015/2172 "Regolamento delegato che modifica la direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie applicabili per le procedure di aggiudicazione degli appalti Concessioni", fissa tale soglia, per gli appalti pubblici di lavori, a partire dal 1.1.2016, in 5.225.000 € (importo ripreso all'articolo 35 del D.Lgs. n. 50/2016).

¹⁰ Una disposizione analoga a quella introdotta dal D.L. n. 201/2011 era infatti stata prevista dal D.L. n. 70/2011 (art. 5, c. 2, lett. a), n. 2), ma è stata in seguito espunta dalla legge di conversione. Nella relazione illustrativa al decreto legge tale intervento veniva motivato con "l'esigenza di progettare unitariamente le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria e di fare in modo che le stesse fossero eseguite contestualmente e in maniera coordinata con gli interventi principali. L'esecuzione di tali opere, infatti, essendo un onere connaturato alla trasformazione urbanistica del territorio, pone problemi di interferenze con la realizzazione degli edifici previsti all'interno dell'ambito territoriale oggetto di trasformazione".

L'individuazione delle opere di urbanizzazione risale ancora oggi alla Legge 29 settembre 1964 n. 847, che all'art. 4 le ha suddivise in primarie¹¹ (c. 1) e secondarie¹² (c. 2)¹³.

La norma è rimasta sostanzialmente inalterata fino ad oggi, ed è stata essenzialmente riprodotta nell'art. 16 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 (Testo Unico dell'Edilizia)¹⁴, comma 7 per le opere di urbanizzazione primaria e comma 8 per le opere di urbanizzazione secondaria.

Si tratta di un'elencazione, relativamente alle opere primarie, considerata tassativa dalla giurisprudenza amministrativa¹⁵.

L'elemento caratterizzante entrambe le categorie consiste nell'assicurare alla collettività l'effettivo utilizzo del territorio comunale edificato. Bisogna tuttavia operare una distinzione.

Le opere primarie, garantendo le fondamentali condizioni di vita dei soggetti sotto il profilo della sicurezza, viabilità, salute, costituiscono presupposto necessario per il rilascio del permesso di costruire e risultano, pertanto, indispensabili per qualsiasi intervento edilizio. Con riguardo, invece, a quelle secondarie, non essendo indispensabili all'utilizzo immediato degli edifici da edificare, il comune può liberamente scegliere quando e dove procedere alla loro realizzazione.

Ulteriore fattore di comunanza attiene ai profili economici collegati al rilascio del permesso di costruire. Per coloro che aspirano a realizzare un edificio oppure ad ampliarne uno già esistente sorge l'obbligo di corrispondere¹⁶ una somma di denaro per i costi che le amministrazioni comunali sostengono per urbanizzare il proprio territorio.

Il contributo a cui il cittadino è tenuto si articola in due voci relative al costo di costruzione ed agli oneri di urbanizzazione. Per questi ultimi il Legislatore ha previsto che il privato possa contrattare¹⁷ con l'Amministrazione l'esecuzione diretta delle opere in esame¹⁸, decurtandole¹⁹ - totalmente o parzialmente - dagli oneri che, altrimenti, avrebbe dovuto versare. Questa facoltà è riconosciuta anche nelle ipotesi in cui alla realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione proceda il privato lottizzante sulla base di una specifica convenzione di lottizzazione²⁰ approvata dall'Amministrazione comunale.

¹¹ Le strade residenziali; gli spazi di sosta o di parcheggio; le fognature; la rete idrica; la rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas; la pubblica illuminazione; gli spazi di verde attrezzato. L'elencazione originaria è stata successivamente integrata dall'art. 26-bis d.l. n. 415/1989 (convertito in legge n. 38/1990) e dalla circolare 31 marzo 1972, n. 2015 del Ministero dei lavori pubblici. Questa elencazione riveste carattere tassativo, pertanto possono essere considerate opere di urbanizzazione primaria solo quelle indicate.

¹² Gli asili nido e le scuole materne; le scuole dell'obbligo nonché le strutture e i complessi per l'istruzione superiore all'obbligo; i mercati di quartiere; le delegazioni comunali; le chiese e gli altri edifici religiosi; gli impianti sportivi di quartiere; i centri sociali e le attrezzature culturali e sanitarie (nelle attrezzature sanitarie sono ricomprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti urbani, speciali, pericolosi, solidi e liquidi, alla bonifica di aree inquinate, ai sensi dell'articolo 266, comma 1, decreto legislativo n. 152 del 2006); le aree verdi di quartiere. Questa enumerazione non è esaustiva di tutte le possibili opere di urbanizzazione secondaria che la pubblica Amministrazione può individuare nella sua pianificazione generale con riferimento alle particolari esigenze del suo territorio.

¹³ Occorre tener presente che la qualificazione delle singole tipologie di opere all'interno dell'una o dell'altra classe, richiede spesso un'interpretazione da parte degli organi preposti. Ad esempio, il Consiglio di Stato, con la pronuncia n. 3637, del 25/07/2007, ha ritenuto che la realizzazione di piste ciclabili, percorsi pedonali, ponti, segnaletica stradale ed alberature, rientri nell'ambito delle opere di urbanizzazione primaria, trattandosi di lavori afferenti ad un migliore utilizzo delle strade residenziali da parte dei cittadini. In tale prospettiva, potremmo affermare che le urbanizzazioni primarie, mirando a realizzare servizi ed infrastrutture di base, assolvono allo scopo di rendere l'area edificabile effettivamente abitabile e fruibile da parte dei futuri residenti; di contro, le opere di urbanizzazione secondarie mirano a dotare la comunità di servizi di interesse generale, come ospedali, edifici di culto, impianti sportivi, scuole.

¹⁴ Alla luce della normativa sopravvenuta, tra le opere di urbanizzazione primaria sono incluse oggi anche le infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici e le opere relative, in forza dell'art. 86, comma 3, del D.Lgs. 259 del 2003. Inoltre tra gli interventi di urbanizzazione primaria rientrano i cavevi multiservizi e i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni. (art. 40, comma 8, della legge n. 166 del 2002).

Inoltre, a norma dell'art. 2, comma 5, del D.L. 112/2008, convertito dalla legge 133/2008, le infrastrutture destinate all'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria.

Ed infine, a norma dell'art. 26 bis del D.L. 415/1989, convertito dalla legge 38/1990, gli impianti cimiteriali sono servizi indispensabili parificati alle opere di urbanizzazione primaria.

¹⁵ T.A.R. Sicilia, Palermo, 10 maggio 2006 n. 1045; T.A.R. Lombardia, Brescia, 25 luglio 2005 n. 784; T.A.R. Toscana, Sez. III, 6 dicembre 2001 n. 1819. In senso opposto, tuttavia, si veda: Consiglio di Stato, Sez. V, 18 settembre 2003 n. 5315.

¹⁶ La corresponsione di questo contributo, all'Amministrazione comunale, può avvenire sia attraverso l'esborso di una somma di denaro da parte del soggetto che richiede il permesso di costruire, sia mediante una forma alternativa che consente di pagare gli oneri di urbanizzazione mediante l'esecuzione delle opere. Vale la pena sottolineare che la facoltà di scelta circa la modalità di pagamento fa scaturire importanti conseguenze per ciò che attiene la tutela della concorrenza. Infatti, appaltando direttamente l'opera al costruttore si vanificano le aspettative degli altri operatori economici. Per quanto riguarda le differenze tra esecuzione diretta ed attuazione a scomputo di opere.

¹⁷ La pubblica Amministrazione può rinunciare ad incassare le somme che il costruttore avrebbe dovuto versare per contribuire alla realizzazione delle opere di urbanizzazione.

¹⁸ Le opere, realizzate attraverso tale modalità, essendo volte a soddisfare interessi generali ed entrando nel patrimonio indisponibile del comune, costituiscono delle vere e proprie opere pubbliche.

¹⁹ Questo modus operandi è stato previsto al fine di garantire alla Amministrazione comunale la possibilità di assicurarsi opere di urbanizzazione senza assumersi direttamente i rischi economici legati alla loro realizzazione, nonché, evitando l'ordinario procedimento di evidenza pubblica, di ridurre i tempi e i costi di affidamento dell'opera. Analogamente, per il costruttore il ricorso allo scomputo rappresenta un vantaggio dal punto di vista economico. Infatti, la contestuale realizzazione di edifici privati e opere di urbanizzazione, aumenta la negoziabilità dei primi.

²⁰ Il piano di lottizzazione (o meglio Piano Urbanistico Attuativo nella legislazione dell'Emilia Romagna) rappresenta uno strumento urbanistico attuativo del piano regolatore generale (Piano Operativo Comunale in Emilia Romagna) e si realizza per urbanizzare nuove aree e completare l'edificazione nelle zone di nuova previsione. Nel caso in cui i Comuni non abbiano formato il piano attuativo, viene data la possibilità ai privati, che intendono apportare modifiche all'assetto del territorio comunale, di presentare dei piani di lottizzazione. Ove conforme agli strumenti urbanistici sovraordinati è approvato dalla Giunta Comunale (secondo quanto disposto dall'articolo 5, comma 13, del D.L. n. 70/2011, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, a decorrere dall'11 settembre 2011), che stipula una convenzione con il privato con cui, quest'ultimo, si impegna a cedere gratuitamente le aree per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria ed a corrispondere gli oneri per la loro realizzazione.

La realizzazione di tali opere è stata inscindibilmente correlata all'esercizio dell'attività edilizia fin dalla legge urbanistica fondamentale (Legge 17 agosto 1942 n. 1150), la quale prescriveva che il rilascio della licenza edilizia fosse comunque subordinato alla sussistenza delle opere di urbanizzazione primarie o alla previsione da parte dei Comuni dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero, ancora, all'impegno dei privati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alle costruzioni oggetto di licenza (art. 31).

Successivamente, con la Legge 28 gennaio 1977 n. 10, il rilascio della concessione edilizia è stato subordinato al pagamento di un contributo determinato in base all'ammontare delle spese di urbanizzazione e dei costi di costruzione, in ragione della regola generale di cui all'art. 1 della stessa Legge, secondo cui ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale dovesse partecipare agli oneri ad essa relativi.

Al di là delle diverse tesi dottrinarie e giurisprudenziali relative alla natura (corrispettiva o tributaria) degli oneri di urbanizzazione, appare indubbio che, fin dal 1977, il legislatore abbia inteso affermare il principio generale secondo cui le trasformazioni territoriali alterano il sistema di relazioni costituitosi in un determinato ambiente ed è necessario che anche colui che le realizza sopporti l'onere delle spese necessarie per riportare in equilibrio il sistema urbano alterato.

Ne deriva che gli oneri posti a suo carico non sono riferiti soltanto alle opere di urbanizzazione rese necessarie dalla specifica attività che egli intendere realizzare, ma devono altresì essere correlate al fabbisogno arretrato e ad un organico sviluppo urbano.

L'art. 11 della Legge n. 10 del 1977, inoltre, attribuiva all'operatore edilizio l'alternativa fra il versare il contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione ovvero, previo consenso della P.A, obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione stesse, sia pure con le modalità e le garanzie stabilite dall'Amministrazione comunale interessata²¹.

Con riguardo a questo quadro normativo (poi trasfuso nel D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, Testo Unico dell'Edilizia), è intervenuta la citata sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 12 luglio 2001. Con tale pronuncia, l'esecuzione diretta, a scomputo dei relativi oneri, delle opere di urbanizzazione dedotte in una convenzione di lottizzazione da parte del privato lottizzante è stata assimilata ad un appalto pubblico e, in quanto tale, assoggettata al regime della direttiva 93/37/CEE.

Questa assimilazione è stata riferita alle opere di urbanizzazione tanto primarie che secondarie, sempreché il relativo valore eguagli o superi la soglia comunitaria, con la precisazione che a tal fine occorre considerare l'investimento complessivo (quindi l'importo sia delle opere primarie sia di quelle secondarie) e fermo il divieto di procedere alla suddivisione in lotti con il fine di eludere l'obbligo dell'evidenza pubblica.²²

Il citato principio, in particolare, fu giustificato, da un lato, in considerazione dell'idoneità funzionale delle opere di urbanizzazione a soddisfare esigenze pubblicistiche non limitate al solo intervento edilizio da realizzare e, dall'altro, in virtù della permanenza in capo all'Amministrazione competente del pieno controllo delle opere stesse, in forza di un titolo giuridico che ne assicura alla stessa la disponibilità al fine di garantire la fruizione collettiva da parte di tutti gli utenti della zona: tali elementi, secondo il ragionamento della Corte di Giustizia, confermerebbero la destinazione pubblica impressa, fin dall'origine, alle opere di urbanizzazione da realizzare a scomputo dei relativi oneri²³.

Da questa premessa, quale logica conseguenza ai fini della realizzazione a scomputo di dette opere, è fatta discendere la necessità di rispettare le norme dettate per l'esecuzione di opere pubbliche e, quindi, salvo che non ricorrano i presupposti per la procedura negoziata, l'obbligo di procedere al relativo affidamento previo esperimento di gara.

In particolare, il giudice comunitario ha affermato che l'obbligo di realizzare direttamente le opere è assunto dal privato nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale (quale appunto è una convenzione urbanistica), nel quale la controprestazione dell'Amministrazione va individuata nella rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo per gli oneri relativi alle opere di urbanizzazione sia primaria sia secondaria.

Il titolare della lottizzazione (o della concessione convenzionata), dunque, secondo tale ragionamento, deve considerarsi obbligato ad affidare la costruzione dell'opera nel rispetto della procedura ad evidenza pubblica, poiché agisce come una sorta di mandatario dell'Amministrazione, conseguentemente gli atti da questo compiuti, ancorché formalmente di diritto privato, costituiscono esercizio di una funzione oggettivamente pubblica.

La prevalenza del diritto comunitario, pertanto, determinava l'immediata operatività del principio enunciato dalla Corte di Giustizia e la conseguente disapplicazione delle disposizioni interne eventualmente con esso contrastanti, quantomeno in

²¹ art. 11 Versamento del contributo afferente alla concessione (abrogato dall'articolo 136 del d.P.R. n. 380 del 2001)

1. La quota di contributo di cui al precedente articolo 5 è corrisposta al comune all'atto del rilascio della concessione. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e le garanzie stabilite dal comune.

2. La quota di contributo di cui al precedente articolo 6 è determinata all'atto del rilascio della concessione ed è corrisposta in corso d'opera con le modalità e le garanzie stabilite dal comune e, comunque, non oltre sessanta giorni dalla ultimazione delle opere.

²² Con deliberazione n. 46 del 03/05/2012, l'ANAC ha stabilito che a seguito delle modifiche, introdotte dall'art. 45, comma 1, del d.l. n. 201 del 6 dicembre 2011, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, alla disciplina della realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione, qualora l'importo dei lavori afferenti le opere di urbanizzazione primaria sia inferiore alla soglia comunitaria, i lavori stessi possono essere eseguiti direttamente dai soggetti attuatori di piani urbanistici e dai titolari di un permesso di costruire, essendo esclusa, dalla norma in questione l'applicazione, del Codice dei contratti. Ai fini del calcolo per la determinazione della predetta soglia di riferimento occorre, quindi, valutare separatamente l'importo complessivo delle opere di urbanizzazione primaria da quello relativo alle opere di urbanizzazione secondaria. Ove invece l'importo delle opere di urbanizzazione primaria sia superiore alla soglia comunitaria, rimane fermo, ai fini del calcolo dell'importo dell'affidamento, il criterio indicato nella determinazione AVCP n. 7 del 2009, vale a dire la valutazione cumulativa di tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria che sono da affidare nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica di cui all'art. 55 del Codice.

²³ La Corte di Giustizia, nella sentenza cit. afferma «67. A questo proposito, come rilevato dal giudice di rinvio, le opere di urbanizzazione menzionate all'art. 4 della legge n. 847/1964 possono ben costituire opere pubbliche in senso stretto, da un lato, a motivo della loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze di urbanizzazione non limitate al semplice insediamento individuale e, dall'altro, a motivo del fatto che l'Amministrazione competente ha il pieno controllo di tali opere, in forza di un titolo giuridico che ne assicura alla stessa la disponibilità al fine di garantirne la fruizione collettiva da parte di tutti gli utenti della zona. 68. Tali elementi sono importanti in quanto confermano la destinazione pubblica impressa, sin dall'origine, alle opere da realizzare».

relazione alle opere di urbanizzazione sopra soglia, come peraltro espressamente riconosciuto dalla Circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 18 dicembre 2001 n. 462²⁴.

A seguito di tale pronuncia, venne segnalata la necessità di assicurare la concorrenza anche in relazione alle opere di urbanizzazione sotto soglia, sull'assunto che le amministrazioni aggiudicatrici fossero, anche per gli appalti sotto soglia, comunque tenute a rispettare le norme fondamentali dei Trattati UE, quali i principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Al fine di recepire formalmente la regola enunciata nella citata pronuncia della Corte di Giustizia, l'art. 7 della Legge 1 agosto 2002 n. 166 (c.d. *Merloni quater*) ha innestato nell'art. 2, comma quinto, della Legge 11 febbraio 1994 n. 109 (cd. *Legge Merloni*), l'obbligo, per i privati che si obbligano ad eseguire direttamente, a scomputo dei relativi oneri, le opere di urbanizzazione (sia primarie sia secondarie) funzionali ad un certo intervento edilizio, di affidarle ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva 93/37/CEE, nel solo caso in cui le singole opere appaltate risultassero di importo superiore alla soglia comunitaria.

La stessa norma escludeva espressamente dall'obbligo dell'evidenza pubblica la realizzazione di tutti gli altri interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo oneri di urbanizzazione.

In relazione a siffatta disposizione si è pronunciata nuovamente la Corte di Giustizia (a seguito di una procedura di infrazione sollevata dalla Commissione Europea) con la sentenza del 21 febbraio 2008, n. 412, nella quale si è affermata l'incompatibilità con il diritto comunitario della disciplina italiana nella parte in cui escludeva l'applicazione dei principi comunitari di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento con riferimento alla realizzazione di opere di urbanizzazione che, benché di importo inferiore alla soglia, fossero ritenute di interesse transfrontaliero certo.

In tale ultima pronuncia si è inoltre rilevato come la disposizione della legge Merloni limitasse il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica ai casi in cui ogni singola opera realizzata dai privati a scomputo oneri fosse di importo superiore alla soglia, laddove, invece, per determinare l'ambito di applicazione della direttiva, è necessario considerare il valore complessivo delle opere comprese in ciascuna convenzione tra il privato esecutore e l'Amministrazione.

1.1 LA MUTEVOLE DISCIPLINA DEL "VECCHIO" CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. N. 163/2006):

Il "vecchio" codice dei contratti pubblici, recependo le direttive comunitarie n. 2004/17 e 2004/18, ha ridisegnato la materia degli appalti, garantendo una maggiore corrispondenza tra la normativa nazionale e quella comunitaria.

Dunque delle pronunce comunitarie il legislatore italiano ha tenuto conto, sia pure parzialmente, nella redazione della prima versione del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (*"Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE"*).

In proposito, occorre esaminare il combinato disposto degli artt. 32 comma 1 lett. g), 121 e 122, comma 8, del vecchio Codice.

L'art. 32 prevedeva, nella sua originaria versione, l'obbligo a carico dell'operatore edilizio di indire una gara per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo oneri, di valore superiore alla soglia comunitaria, ovvero, purché previsto dall'Amministrazione comunale, di attivare una procedura strutturata sul modello del *project financing*.

Si prevedeva, infatti, che l'operatore edilizio, in qualità di promotore, previa presentazione della progettazione preliminare²⁵ delle opere, potesse esperire una procedura di gara all'esito della quale eventualmente esercitare, entro il termine di quindici giorni dall'aggiudicazione, il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, attraverso la corresponsione del 3% del valore dell'appalto aggiudicato²⁶.

Era, invece, previsto un diverso regime per le opere di urbanizzazione sotto soglia.

Infatti, mentre in virtù della generica estensione alle opere sotto soglia della normativa di quelle sopra soglia prescritta dall'art. 121, l'operatore edilizio doveva considerarsi tenuto al rispetto delle norme del Codice di cui al Titolo I della parte II, nonché delle parti I, IV e V per le opere di urbanizzazione secondaria (e, dunque, ad affidarle con procedure ad evidenza pubblica in favore di soggetti qualificati per l'esecuzione dei lavori pubblici), con riferimento alle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, il comma 8 del citato art. 122 introduceva un'espressa deroga, stabilendo che l'operatore avrebbe potuto eseguire direttamente e, dunque, senza previo esperimento di gara le opere correlate al singolo intervento edilizio licenziato.

Anche in relazione a tale originaria versione del Codice, tuttavia, da più parti era stata messa in dubbio la compatibilità con i principi comunitari in tema di concorrenza e paventato il rischio di fenomeni distortivi del mercato, quali l'artificioso frazionamento delle opere di urbanizzazione primaria sopra soglia al fine di sottrarle alle regole dell'evidenza pubblica.

Nella sua prima ed originaria formulazione il Codice prevedeva l'assoggettamento al regime dell'evidenza pubblica delle opere di urbanizzazione primaria (sopra soglia) e secondaria (sopra e sotto soglia), con la conseguenza che queste potevano essere aggiudicate solo previo esperimento di una procedura di selezione dei contraenti.

L'affidamento diretto era circoscritto, in sostanza, alle sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, per le quali l'art. 122 delineava una particolare ipotesi di trattativa privata.

²⁴ "...D'altro canto, il principio di primazia del diritto comunitario comporta l'immediata operatività della prescrizione comunitaria e la conseguente disapplicazione delle disposizioni interne eventualmente contrastanti, a prescindere dalle modifiche de iure condendo della legislazione nazionale".

²⁵ D.Lgs. n. 163/2006 - Art. 93. Livelli della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori, comma 3:

3. Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzo dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio, della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione, dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti, nonché in schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare; il progetto preliminare dovrà inoltre consentire l'avvio della procedura espropriativa.

²⁶ Quanto alla messa in gara con le ordinarie procedure aperte o ristrette, l'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. n. 163/2006 (come modificato dall'art. 1, comma 1, lettera f), D.Lgs. n. 152 del 2008), disponeva inoltre che "L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare 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 preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55".

Tuttavia, al fine di eludere le regole dell'evidenza pubblica si erano creati fenomeni distorsivi del mercato, quali l'artificioso frazionamento delle opere di urbanizzazione primaria sopra soglia, così da ricondurne il valore economico sotto la soglia comunitaria.

Il Legislatore nazionale, pertanto, di fronte alla netta presa di posizione della giurisprudenza comunitaria e, soprattutto, all'avvio della procedura d'infrazione, aveva individuato una soluzione volta a contemperare la tutela della concorrenza con la facoltà del costruttore di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione primaria e secondaria. In tal senso, l'art. 32 consentiva alla pubblica Amministrazione di avvalersi di una procedura²⁷, ispirata al modello del *project financing*, in base alla quale il titolare del permesso di costruire assumeva la veste di promotore, elaborava la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione sulla quale bandiva la gara e, successivamente, poteva esercitare il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, corrispondendogli il 3% del valore dell'appalto aggiudicato.

Al fine di superare il residuo contrasto con le norme del diritto comunitario, la materia è stata modificata ad opera del D.Lgs. 31 luglio 2007 n. 113 (c.d. secondo decreto correttivo del Codice²⁸).

Con l'introduzione del secondo decreto correttivo la novella confermava in buona parte l'ambito di applicazione delle procedure di gara pubbliche, nonché la possibilità per il costruttore di mantenere la qualità di promotore ed essere titolare del diritto di prelazione.

Le modifiche apportate riguardavano, in particolare, l'art. 32 co. 1 lett. g), nella parte riferita all'individuazione della stazione appaltante: se l'originaria formulazione prevedeva che la gara fosse bandita ed effettuata dal promotore, la disciplina del 2007 chiariva che la stessa dovesse essere condotta dall'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire. Tale modifica poteva essere interpretata nel senso di escludere la possibilità per il costruttore di svolgere le funzioni di stazione appaltante, e, ove egli se ne fosse avvalso, di non beneficiare della qualifica di promotore e del diritto di prelazione. Tutto ciò al fine di evitare che il promotore si trovasse ad assumere, allo stesso tempo, su di sé la qualifica di concorrente e aggiudicatario²⁹.

La novella legislativa del secondo decreto correttivo del vecchio Codice aveva dunque apportato all'art. 32 comma primo lett. g), parziali ma significative modifiche.

In relazione alle opere di urbanizzazione di importo superiore alla soglia comunitaria, infatti, è stata mantenuta l'alternativa tra l'indizione della gara da parte dell'operatore edilizio e l'indizione di una procedura elaborata sul modello del *project financing*.

In quest'ultimo caso, peraltro, è stato previsto che la gara avrebbe dovuto essere bandita ed effettuata non più dal promotore, bensì dall'Amministrazione Comunale, al fine di evitare il cumulo in capo al soggetto promotore delle due figure, evidentemente incompatibili, di concorrente e al contempo di soggetto aggiudicatario.

Era poi stato specificato che il promotore doveva essere in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dall'art. 40 del Codice, in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione.

Giova tuttavia sottolineare che, se il secondo correttivo aveva eliminato il diritto di prelazione dalla disciplina del *project financing*, poiché, a seguito delle censure comunitarie, ritenuto lesivo dei principi di par condicio, tuttavia, nessun intervento in tal senso era stato compiuto nel caso del promotore finanziario di opere di urbanizzazione a scomputo.

Le novità di maggior interesse introdotte dal legislatore si riferivano, in special modo, all'affidamento delle opere di urbanizzazione sotto soglia. Per le opere di urbanizzazione primaria l'art. 122, c. 8, prevedeva la facoltà di affidare i lavori direttamente al titolare del permesso di costruire, in ossequio alle disposizioni dell'art. 16, c. 2 del Testo Unico dell'Edilizia, a condizione che tali opere fossero "*correlate all'intervento edilizio assentito*".

Il secondo decreto correttivo aveva quindi esteso il principio generale dell'applicabilità della disciplina dell'evidenza pubblica anche alla realizzazione delle opere di urbanizzazione sotto soglia a scomputo degli oneri concessori, fatta eccezione, in forza della deroga contenuta nell'art. 122, comma ottavo, per quelle di tipo primario da ritenersi correlate all'intervento edilizio assentito o, comunque, ad esso funzionalmente connesse.

In merito a tale ultima disposizione, occorre segnalare come il citato secondo correttivo, conformandosi alle osservazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere del 6 giugno 2007 n. 1750, reso in relazione allo schema del decreto correttivo, avesse sostituito la locuzione "*correlate al singolo intervento edilizio assentito*" con l'espressione: "*correlate all'intervento edilizio assentito, comprensivo dell'ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio*".

In particolare, il Consiglio di Stato aveva evidenziato le sostanziali difficoltà applicative poste dalla locuzione normativa in esame, in considerazione dell'obiettivo difficoltà di ipotizzare l'esistenza di opere di urbanizzazione primaria correlate ad un

²⁷ Tale disciplina lasciava, tuttavia, aperto il problema della compatibilità con i principi comunitari in tema di concorrenza, questo procedimento poteva infatti determinare fenomeni distorsivi della concorrenza quali il frazionamento artificioso delle opere pubbliche sopra soglia affinché il loro valore economico risultasse inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria e fossero, così, sottratte al mercato.

²⁸ Il c.d. "*primo decreto correttivo*", ovvero il Decreto Legislativo 26 gennaio 2007, n. 6, non è intervenuto sulla materia.

²⁹ L'ANAC, con Determinazione n. 7 del 16/07/2009, ha statuito che l'articolo 32, comma 1, lett. g), primo periodo, del Codice (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) configura una titolarità "*diretta*", *ex lege*, della funzione di stazione appaltante in capo al privato titolare del permesso di costruire (ovvero titolare del piano di lottizzazione o di altro strumento urbanistico attuativo contemplante l'esecuzione di opere di urbanizzazione) che in quanto "*altro soggetto aggiudicatario*" è tenuto ad appaltare le opere di urbanizzazione a terzi nel rispetto della disciplina prevista dal Codice e, in qualità di stazione appaltante, è esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento e di esecuzione delle opere di urbanizzazione primarie e secondarie, ferma restando la vigilanza da parte dell'Amministrazione consistente, tra l'altro, nell'approvazione del progetto e di eventuali varianti. Gli eventuali risparmi di spesa rimangono nella disponibilità della stazione appaltante privata, così come eventuali costi aggiuntivi sono a carico dello stesso privato. Il collaudo, come già affermato nella determinazione n. 2 del 25 febbraio 2009 dell'Autorità, costituisce attività propria della stazione appaltante e, quindi, del soggetto privato titolare del permesso di costruire, ferma restando la funzione di vigilanza da parte dell'Amministrazione che va esplicitata nell'approvazione degli atti di collaudo. Nell'ipotesi in cui, ai sensi dal secondo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g) del Codice, la gara sia bandita dall'Amministrazione pubblica, non è preclusa la partecipazione alla stessa del privato titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo) purché qualificato ex art. 40 del Codice e purché non abbia direttamente curato la redazione della progettazione preliminare. Il privato, ai fini dell'affidamento della progettazione delle opere a scomputo, deve rispettare l'art. 91 del Codice, eccezion fatta per i casi in cui, non sussistendo né il presupposto contrattuale né il carattere di onerosità della prestazione, poiché il valore del progetto non è compensato con gli oneri di urbanizzazione in quanto predisposto in un momento antecedente alla stipula della convenzione urbanistica, non ricorrono i principi che impongono la gara.

singolo intervento edilizio. Era quindi stata prospettata l'opportunità di far riferimento ad un intervento complesso ma unitario, comprensivo di tutte le opere di urbanizzazione ad esso funzionalmente connesse.

Alla norma in esame veniva altresì aggiunto un ultimo periodo che imponeva agli uffici tecnici delle Amministrazioni locali interessate di trasmettere, prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli atti adottati e tutta la documentazione relativa agli interventi edilizi da realizzare a scomputo degli oneri di urbanizzazione alle competenti Procure Regionali della Corte dei Conti.

In definitiva, dal quadro complessivamente scaturente dal secondo correttivo, risultava soggetta all'applicazione della normativa comunitaria l'esecuzione a scomputo di tutte le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, sopra e sotto soglia, ad eccezione delle sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia correlate all'intervento edilizio assentito, compresa l'ipotesi di opere funzionalmente connesse all'intervento edilizio in questione.

Nonostante lo sforzo chiarificatore compiuto, specie in relazione alla deroga contenuta nell'art. 122, comma 8, erano comunque stati paventati dubbi di compatibilità della stessa con il Trattato, stante la possibilità di interpretazioni estensive potenzialmente suscettibili di sottrarre opere pubbliche anche di rilevante entità ai principi comunitari di concorrenza.

Le doglianze avverso la disciplina dettata dal secondo decreto correttivo del Codice dei Contratti trovavano, poi, conferma nell'apertura da parte della Commissione Europea avverso lo Stato Italiano, di una nuova procedura di infrazione (n. 2007/2309), specie in relazione al mantenimento del diritto di prelazione a favore dell'operatore edilizio laddove questi avesse assunto la veste di promotore presentando al Comune la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione³⁰.

Il c.d. terzo Correttivo del Codice (D.Lgs. 11 settembre 2008 n. 152) ha, ancora una volta sotto la spinta della giurisprudenza comunitaria, significativamente innovato la disciplina di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri. Sono stati, infatti, sostituiti sia il primo comma, lettera g), dell'art. 32, relativo alle c.d. opere sopra soglia, sia l'ottavo comma dell'art. 122, relativo alle c.d. opere sotto soglia.

In risposta alle censure della Commissione europea, il legislatore nazionale, al fine di contemperare il principio di tutela della concorrenza con la *ratio* originaria dell'istituto, ha dunque ancora novellato il regime degli affidamenti delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Tra le numerose modifiche³¹ apportate dal terzo correttivo, veniva eliminata ogni sostanziale distinzione tra opere di urbanizzazione primaria e secondaria che, a prescindere dalla natura degli interventi, erano ora inquadrate nell'ambito dei lavori pubblici e, quindi, sottoposte alla disciplina del Codice dei contratti. La procedura di scelta del soggetto esecutore delle opere variava, invece, a seconda del loro valore: più rigorosa per le opere di rilevanza comunitaria, meno per quelle sotto soglia.

a) Opere di urbanizzazione sopra soglia:

la nuova versione della lettera g) del primo comma dell'art. 32 del Codice dei Contratti Pubblici, dopo aver ribadito (con previsione rimasta inalterata fin dalla prima versione della norma) l'estensione dell'applicazione del Titolo I (Contratti pubblici nei settori ordinari) della Parte II (Contratti di rilevanza comunitaria), nonché delle Parti I (Principi e disposizioni comuni), IV (Contenzioso) e V (Disposizioni coordinamento, finali e transitorie) dello stesso Codice, anche all'esecuzione di opere di urbanizzazione di valore superiore alla soglia comunitaria assunte in via diretta da privati a scomputo dei relativi oneri, modificava invece radicalmente l'ipotesi alternativa, stabilendo che il Comune potesse prevedere il ricorso ad una procedura aperta o ristretta sulla base del progetto preliminare fornito dal privato in sede di richiesta del permesso di costruire o di approvazione del piano di lottizzazione.

In tale seconda ipotesi, la gara doveva avere ad oggetto la progettazione esecutiva³² e l'esecuzione delle opere, previa acquisizione di quella definitiva³³ in sede di offerta, ricalcandosi così l'istituto dell'appalto integrato complesso di cui all'art. 53, secondo comma, lettera c) del Codice.

³⁰ In particolare, la Commissione delle Comunità europee, nell'ambito della citata procedura di infrazione, nella nota di costituzione in mora trasmessa il 1° febbraio 2008 alla rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea osserva: "L'art. 32, par. 2, lett. g), del codice, infatti, permette al titolare del permesso di costruire di presentare una proposta per la realizzazione di tali opere in qualità di "promotore". Sulla base di tale proposta, l'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire bandisce una gara per l'attribuzione dei relativi appalti di lavori, in tale gara, il "promotore" beneficia di un diritto di prelazione che gli permette di aggiudicarsi l'appalto corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato. In merito a tale disposizione, la Commissione ricorda che le regole applicabili alla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi dovuti per il rilascio del permesso di costruire, precedentemente previste dalla l. n. 109/1994 sono state parimenti oggetto del ricorso per inadempimento sopra citato. La nuova disciplina introdotta dal codice resta problematica. Oltre a presentare i medesimi problemi di compatibilità con il diritto comunitario sollevati dalle disposizioni del codice in materia di promotore, infatti, la procedura particolare di cui all'art. 32 mantiene il diritto di prelazione in favore del promotore, che peraltro può essere solo il titolare del permesso di costruire. Inoltre, è da rilevare che l'art. 32, par. 2, del codice ha vocazione ad applicarsi all'attribuzione di appalti pubblici di lavori, che è soggetta a regole comunitarie ben più dettagliate di quelle applicabili all'attribuzione delle concessioni di lavori. A maggior ragione, dunque, la procedura sopra descritta non sembra suscettibile di assicurare il rispetto delle regole della direttiva 2004/18/CE applicabili all'aggiudicazione degli appalti di lavori".

³¹ Rispetto al testo previgente scompare anche il diritto di prelazione in favore del titolare del permesso di costruire, non più esercitabile qualora quest'ultimo non risulti aggiudicatario della gara indetta dalla pubblica Amministrazione.

³² D.Lgs. n. 163/2006, art. 93, c. 5: il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. In particolare il progetto è costituito dall'insieme delle relazioni, dei calcoli esecutivi delle strutture e degli impianti e degli elaborati grafici nelle scale adeguate, compresi gli eventuali particolari costruttivi, dal capitolato speciale di appalto, prestazionale o descrittivo, dal computo metrico estimativo e dall'elenco dei prezzi unitari. Esso è redatto sulla base degli studi e delle indagini compiuti nelle fasi precedenti e degli eventuali ulteriori studi e indagini, di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che risultino necessari e sulla base di rilievi planoaltimetrici, di misurazioni e picchettazioni, di rilievi della rete dei servizi del sottosuolo. Il progetto esecutivo deve essere altresì corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti da redigersi nei termini, con le modalità, i contenuti, i tempi e la gradualità stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 5.

³³ D.Lgs. n. 163/2006, art. 93, c. 4: il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni e approvazioni. Esso consiste in una relazione descrittiva dei criteri utilizzati per le scelte progettuali, nonché delle caratteristiche dei materiali prescelti e dell'inserimento delle opere sul territorio; nello studio di impatto ambientale ove previsto; in disegni generali nelle opportune scale descrittivi delle principali caratteristiche delle opere, e delle soluzioni architettoniche, delle superfici e dei volumi da realizzare, compresi quelli per l'individuazione del tipo di fondazione; negli studi e indagini preliminari occorrenti con riguardo alla natura e alle caratteristiche

Rispetto alla precedente versione della norma, veniva quindi abbandonata, come soluzione alternativa alla gara bandita dall'operatore edilizio, quella in virtù della quale egli poteva agire come promotore delle opere di urbanizzazione (presentando il relativo progetto preliminare) e veniva, conseguentemente, eliminato il diritto di prelazione in capo a quest'ultimo, con pagamento a favore dell'aggiudicatario del 3% del corrispettivo offerto per la realizzazione delle opere.

b) Opere di urbanizzazione sotto soglia:

l'art. 122, comma 8, del Codice disponeva, nel testo modificato dal terzo correttivo, che per l'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, di importo inferiore alla soglia comunitaria, a scomputo oneri si dovesse seguire la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, invitando almeno cinque soggetti.

Tale nuova disposizione non distingueva dunque più fra opere di urbanizzazione primaria e secondaria e sopprimeva l'obbligo del Comune di trasmettere alla Procura Regionale della Corte dei Conti copia degli atti relativi agli interventi che il privato poteva direttamente realizzare a scomputo oneri.

Ma il quadro normativo sopra delineato si è arricchito ancora successivamente con la previsione del comma 2-bis, innestato nell'art. 16 del D.P.R. n. 380 del 2001 (Testo Unico dell'Edilizia) dal decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. *Decreto Salva Italia*, convertito con la Legge 22 dicembre 2011, n. 214), secondo cui «*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, 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*».

Tale norma introduceva, ma introduce ancora oggi, in quanto perfettamente vigente, una disciplina speciale delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia rispetto a quella generale di cui all'art. 122, comma 8, del Codice, che il decreto Salva Italia non ha modificato e che non distingue più tra opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

Le modifiche apportate esprimono l'intento del legislatore di sottrarre le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia a qualsiasi forma di intervento da parte dell'Amministrazione Comunale, sia in qualità di stazione appaltante, sia come mero controllore della procedura di evidenza pubblica posta in essere dal privato. Risulta inoltre evidente che, con la realizzazione diretta delle opere pubbliche da parte dei lottizzanti, che sono in prevalenza anche imprenditori edili, viene eliminata la componente di profitto che l'appaltatore avrebbe inevitabilmente inserito nell'offerta, determinando, così, un contenimento dei costi di urbanizzazione.

L'ambito di applicazione di tale speciale disciplina risulta quindi più circoscritto di quello di cui al citato art. 122 sotto un duplice profilo:

- 1) le opere di urbanizzazione primarie devono essere previste nei piani urbanistici attuativi (o atti equivalenti) o deve trattarsi di interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale;
- 2) inoltre tali opere devono altresì risultare funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio.

Entrambi i profili sono particolarmente importanti, poiché dirimono il rapporto tra la disciplina generale di cui all'art. 122 e quella particolare di cui all'art. 16, comma 2-bis.

A questo punto della vicenda quindi, in sintesi la situazione della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione era la seguente:

Tipologia di opere private	Sotto soglia	Sopra soglia
Opere di urbanizzazione primaria	Esecuzione diretta da parte del privato titolare del permesso di costruire, senza assoggettamento ad alcuna delle procedure di evidenza pubblica, ma solo se trattasi di opere funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio <i>(art. 16, c. 2-bis, D.P.R. n. 380/2001)</i>	Gara pubblica per le opere di urbanizzazione realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione <i>(art. 32, c. 1, lett. g, D.Lgs. 163/2006; si applicano le ordinarie procedure aperte o ristrette, previste dall'art. 55 del Codice)</i>
	Se le opere non sono funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio: occorre applicare la procedura prevista dagli artt. 122, c. 8 e 57, c. 6	
Opere di urbanizzazione secondaria	Gara pubblica con procedura negoziata per le opere di urbanizzazione realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione <i>(art. 122, c. 8, D.Lgs. 163/2006, per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'art. 32, c. 1, lett. g; si applica la procedura prevista dall'art. 57, c. 6, del Codice)</i>	

La procedura di cui all'art. 122, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006, che a sua volta fa riferimento all'art. 57, c. 6. Consiste in una procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando di gara, con invito da rivolgere ad almeno cinque soggetti – se sussistenti in tal numero aspiranti idonei – da individuarsi sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, desunte dal mercato, ed aggiudicazione secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo, mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata, previo bando.

Relativamente infine alle opere realizzate a scomputo in base ad una convenzione urbanistica, nell'impianto del D.Lgs. n. 163/2006,, la disciplina in questione si applicava non solo nei casi di opere soggette alla richiesta di permesso di costruire, ma anche alla realizzazione di opere da parte del privato in forza di una convenzione urbanistica stipulata con l'Amministrazione Comunale, a contenuto edificatorio e/o urbanistico, come chiarito dall'ANAC con la propria Determinazione n. 4, del 02/04/2008.

dell'opera; nei calcoli preliminari delle strutture e degli impianti; in un disciplinare descrittivo degli elementi prestazionali, tecnici ed economici previsti in progetto nonché in un computo metrico estimativo. Gli studi e le indagini occorrenti, quali quelli di tipo geognostico, idrologico, sismico, agronomico, biologico, chimico, i rilievi e i sondaggi, sono condotti fino ad un livello tale da consentire i calcoli preliminari delle strutture e degli impianti e lo sviluppo del computo metrico estimativo.

Quanto invece alla fattispecie di esecuzione diretta disciplinata dall'art. 16, comma 2-bis, del D.P.R. n. 380/2001 (Testo Unico dell'Edilizia), il suo ambito di applicazione include esplicitamente non solo la realizzazione diretta degli *"interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale"* da parte del titolare del permesso di costruire, ma si estende anche alle opere di urbanizzazione primaria previste *"nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati"*.

Tale quadro disciplinare è rimasto in vigore sino al 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del D.Lgs. 18.04.2016, n. 50, ovvero il cosiddetto nuovo *"Codice"* dei contratti e degli appalti pubblici³⁴.

Ma prima di esaminare la nuova disciplina, il tema merita ancora una serie di approfondimenti, che restano per la gran parte validi ed applicabili anche alla luce della nuova disciplina dettata dal Codice 50/2016.

1.2 LA NOZIONE DI "OPERE FUNZIONALI":

Si tratta di una nozione che resta attuale, in relazione, come si vedrà, a quanto stabilito dall'articolo 36, comma 4, del D.Lgs. 18.04.2016, n. 50³⁵.

Il profilo di cui al precedente punto 1) non sembra sollevare particolari problemi interpretativi: le opere di urbanizzazione primaria devono essere previste dal piano attuativo, salvo che si tratti di interventi di diretta attuazione dello strumento urbanistico generale.

Il secondo profilo reintroduce invece il criterio di *"funzionalità"* già previsto dalla vecchia versione dell'art. 122, comma 8, del Codice che richiedeva che le opere fossero *«funzionalmente connesse»* all'intervento edilizio.

Il concetto causale di *"funzionalità"* ha il compito di ampliare l'ambito di applicazione rispetto alla prospettiva che considera la sola connessione all'intervento edilizio.

Se, infatti, ci si riferisse alle opere di urbanizzazione primaria strumentali soltanto al singolo edificio, la fattispecie è difficilmente rinvenibile in fatto, risultando obiettivamente difficile che vi siano opere di urbanizzazione primaria di tale natura, con la conseguenza di una incerta e assai difficile applicabilità della norma, pure volta a facilitare la diretta e più rapida realizzazione di opere essenziali, come quelle di urbanizzazione primaria, quando di minore importo.

La norma consente quindi di riferirsi agli interventi complessi ma unitari, afferenti cioè, ad una fattispecie più ampia di quella del solo edificio in quanto distinto da unitaria funzionalità per il profilo edilizio ed urbanistico.

Il concetto di funzionalità va del resto valutato con riferimento all'*«intervento di trasformazione urbanistica del territorio»* che già di per sé è un concetto funzionale rispetto a quello di *«intervento edilizio»* previsto dal vecchio testo dell'art. 122, comma 8, del Codice.

Tentando di esemplificare, non può essere considerata funzionale all'intervento, seppur considerata opera di urbanizzazione primaria, la realizzazione di un impianto di illuminazione di un parco pubblico o la realizzazione di spazi a verde attrezzato, se realizzati a distanza delle funzioni residenziali previste e quindi non direttamente connessi ad esse.

Più problematica è siffatta valutazione nel caso di interventi realizzati a carico di opere infrastrutturali e quindi funzionalmente unitarie.

Sembra potersi ritenere che costituisca certamente opera primaria funzionale all'intervento la realizzazione, ad esempio, di una fognatura al servizio di un nuovo complesso residenziale, mentre tale funzionalità difetterebbe nel caso di lavori più generici per il miglioramento generale della rete fognaria, non occasionati dall'incremento del carico urbanistico determinato dal nuovo insediamento.

Certamente funzionale alla realizzazione di un centro commerciale è il tratto viario di accesso al medesimo centro, mentre non possono essere considerati funzionali interventi su altri assi viari (ad es. la realizzazioni di svincoli e rotonde) che sono destinati ad eliminare criticità già preesistenti e solo indirettamente connesse all'aumento del traffico generato dal nuovo centro commerciale.

Il requisito della *"funzionalità"* rischia di essere ridondante, in ragione del fatto che è tratto comune a tutte le opere di urbanizzazione primaria. Come ha riconosciuto anche l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (si veda AVCP, deliberazione n. 46 del 3 maggio 2012), le opere di urbanizzazione primaria hanno una funzione servente rispetto ai singoli organismi edilizi, in quanto ne garantiscono le condizioni minime di fruibilità ed assicurano i servizi indispensabili alla civile convivenza.

1.3 L'ESCLUSIONE DEL "VECCHIO" CODICE:

Ancora preliminare è l'interpretazione della locuzione *«non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163»*, che sarebbe risultata molto meno gravosa se il Decreto Salva Italia avesse ritenuto di inserire la nuova disciplina delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia nel Codice, anziché nell'ambito dell'art. 16 del D.P.R. n. 380 del 2001. Scelta confermata anche nel nuovo Codice, che, al comma 4 dell'articolo 36, rimanda direttamente al TUE.

Infatti, il Codice prende in considerazione al Titolo II della Parte I (art. 16 ss.) i *«contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice»*.

Per tali contratti, l'art. 27, comma 1, del Codice prevedeva che l'affidamento *«avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto»*.

³⁴ Il nuovo Codice dei contratti pubblici adottato con decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, in attuazione della legge delega n. 11/2016, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016 – S.O. n. 10, è entrato in vigore il giorno stesso della pubblicazione (per espressa previsione dell'articolo 220). Anche il comunicato congiunto (del 22.04.2016) di MIT e ANAC precisa che il Codice doveva ritenersi entrato in vigore il 19 aprile e, quindi, applicabile ai bandi pubblicati a partire da quella data. Tuttavia, a seguito di segnalazioni da parte di numerose stazioni appaltanti che evidenziavano come il Codice fosse stato pubblicato, il 19 aprile 2016, dopo le ore 22.00, si è individuata una diversa soluzione equitativa con riferimento ai soli bandi o avvisi pubblicati nella giornata del 19 aprile. Per essi continua ad operare il pregresso regime giuridico, mentre le disposizioni del D.Lgs. 50/2016 riguarderanno i bandi e gli avvisi pubblicati a decorrere dal 20 aprile 2016 (successivo Comunicato ANAC del 03.05.2016).

³⁵ 4. Nel caso di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.

Il comma 2, stabilisce che, in ogni caso, «*si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4*» che richiama le disposizioni della Legge n. 241 del 1990 e quelle del Codice Civile. Se infatti la nuova disposizione fosse stata inserita tra i contratti esclusi dal Codice non vi sarebbe stato dubbio alcuno che, ai fini realizzazione delle opere di urbanizzazione primarie sotto soglia, trovasse applicazione l'art. 27.

Trovando invece collocazione in un corpus normativo diverso (l'art. 16, comma 2-bis, D.P.R. 380 del 2001) potrebbe sostenersi legittimamente e ragionevolmente che con l'espressione «*non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*» il legislatore abbia voluto escludere l'applicazione anche dell'art. 27 del Codice, ovvero non trova applicazione tutto il Codice.

Taluna dottrina peraltro, ma soprattutto l'Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale, ritiene che tale conclusione non possa essere condivisa, poiché i principi richiamati dall'art. 27 citato trovano il loro fondamento direttamente nei Trattati europei e la loro applicazione anche ai contratti sotto soglia è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia.

Viene sostenuto che se è pur vero che tale principio è stato affermato dalla Corte di Giustizia in ordine alle opere di interesse transfrontaliero, è altrettanto vero che nell'ambito della previsione di cui all'art. 16, comma 2-bis, possono ricadere opere di importo assai prossimo alla soglia comunitaria.

La questione dell'individuazione della soglia di impatto transfrontaliero è stata affrontata dal legislatore dopo l'intervento della Corte di Giustizia che ha ritenuto incompatibile con i principi comunitari la disciplina nazionale che prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale anche nel caso di appalti sotto soglia, in ragione appunto dell'interesse transfrontaliero che i medesimi possono attirare.

In sede di adattamento al *decisum* del giudice comunitario, il legislatore aveva previsto l'importo di 1.000.000 di euro (cfr. art. 122, comma 9, del vecchio Codice³⁶) come soglia al di sotto della quale può ritenersi escluso l'impatto transfrontaliero dell'appalto.

In definitiva, taluni reputavano che all'art. 16 del Testo Unico dell'Edilizia debba riservarsi un'interpretazione «*comunitariamente*» orientata e, quindi, anche per le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia debba essere vigente il rispetto dei principi richiamati dall'art. 27 del Codice, allorché l'importo di tali opere superi la soglia di 1.000.000 di euro e l'operatore edilizio non esegua direttamente le opere, salvo quanto precisato in seguito a proposito dell'affidamento delle sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia secondo l'art. 16, comma 2-bis, D.P.R. 380 del 2001³⁷.

Tale interpretazione tuttavia non pare degna di accoglienza, come sostenuto da altra dottrina, in quanto l'esclusione dall'applicazione del vecchio Codice, ma anche del nuovo Codice, dettata dal comma 2-bis, dell'art. 16, del D.P.R. n. 380/2001, appare totale e senza alcuna deroga espressa.

A ben vedere infatti, l'interpretazione proposta da ITACA più che essere «*comunitariamente orientata*» pare doversi considerare *praeter legem*, posto che né il Codice dei contratti, né tanto meno il Testo Unico dell'Edilizia individuano una soglia ai fini dell'individuazione dell'interesse transfrontaliero con riguardo alla realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria.

2. INDICAZIONI OPERATIVE RELATIVE ALL'AFFIDAMENTO ED ALLA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO NEL "VECCHIO" CODICE:

2.1 ASPETTI PRELIMINARI ALLA PROCEDURA DI GARA:

Rapporti con la programmazione triennale:

Il primo aspetto operativo attiene ai rapporti tra la realizzazione delle opere a scomputo e la programmazione triennale.

Il combinato disposto degli artt. 32 c. 2 e 128 del vecchio Codice sanciva la non obbligatorietà della programmazione preventiva per quanto riguarda le opere di urbanizzazione a scomputo di oneri, non rendendo per le stesse obbligatorio l'inserimento all'interno del programma opere pubbliche.

Del resto, opinando diversamente si sarebbe ricaduti nella deroga dello stesso articolo 128, comma 8, secondo periodo; peraltro le opere di urbanizzazione proposte (e finanziate) dai privati paiono radicalmente incompatibili con le previsioni dei commi 1, 2 e 10 del citato articolo 128.

In sintesi, non era necessario che l'opera da realizzare a scomputo fosse inserita nel programma triennale e nell'elenco annuale dei lavori pubblici.

Individuazione delle opere di urbanizzazione:

Il secondo aspetto operativo da affrontare attiene all'incidenza urbanistica e alla corretta individuazione degli «*oneri*» connessi all'intervento edilizio da realizzare.

Sono distintamente individuabili due diversi approcci alla questione.

Secondo il primo, più tradizionale, che trova un diretto fondamento del dato di diritto positivo interno, l'onere (con riferimento al quale determinare lo scomputo) dovrebbe determinarsi esclusivamente in base ai parametri tabellari, in via quindi automatica.

³⁶ 9. Per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3 (comma modificato dall'art. 1, comma 1, lettera bb), d.lgs. n. 152 del 2008, poi dall'art. 4-quater, comma 1, lettera e), legge n. 102 del 2009).

³⁷ Si è sostenuto infatti, in particolare, che nell'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, ma di valore superiore al milione di euro, non trovi applicazione la disciplina di cui all'art. 16, comma 2-bis, d.P.R. n. 380 del 2001, bensì quella dettata dall'art. 122, comma 8, del Codice (i.e. la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando). In altri termini, dal momento che il Codice dei contratti, recependo un orientamento dei giudici europei in relazione all'esclusione automatica delle offerte anomale, considera come aventi un impatto transfrontaliero gli appalti pubblici di importo pari o superiore a un milione di euro, si è ritenuto, per analogia, che, al ricorrere di tale condizione, il predetto impatto sia riferibile anche alle opere di urbanizzazione primaria. Muovendo da tali premesse, si è pervenuti alla conclusione che agli affidamenti inerenti alla realizzazione di tali opere di urbanizzazione, il cui valore sia compreso tra un milione di euro e l'importo fissato per la soglia di rilevanza europea, trovino applicazione i principi richiamati dall'art. 27 del Codice sui contratti esclusi.

L'art. 16, comma 4, D.P.R. n. 380 del 2001 stabilisce infatti che «l'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del Consiglio Comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comun».

Il secondo, più recente, coniato in ragione dell'obbligo di procedere alla gara pubblica di matrice comunitaria, secondo cui invece rientrerebbe nel concetto di opera di urbanizzazione ogni opera realizzata direttamente dal soggetto attuatore in cambio di qualsiasi utilità che il medesimo ricaverebbe dal rilascio del titolo edilizio.

In questa prospettiva sembra porsi l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che, nella determinazione del 2 aprile 2008 n. 4, ha ritenuto, con riferimento ai piani di riqualificazione urbana e ai piani integrati di intervento, che «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».

Si ritiene che nessuno dei due predetti approcci sia del tutto e pienamente condivisibile, in ragione della necessità di considerare il concetto di opera urbanizzazione accolto sopra (par. 1), come qualsiasi opera effettivamente necessaria a ripristinare l'equilibrio delle relazioni ambientali e urbanistiche alterato dalla realizzazione della trasformazione urbanistica del territorio.

In questa prospettiva, il primo orientamento si appalesa eccessivamente restrittivo poiché non tiene conto della necessità di valutare l'effettiva consistenza delle opere di urbanizzazione che l'intervento comporta di realizzare in ragione del contesto urbanistico in cui si inserisce.

Si ritiene quindi che l'incidenza urbanistica dell'intervento non possa essere stabilita in via automatica e parametrica, ma richieda comunque di considerare l'effettiva incidenza urbanistica dell'intervento in base alle previsioni di urbanizzazione previste dallo strumento urbanistico generale e dai piani attuativi.

Nella stessa prospettiva, il secondo orientamento appare eccessivamente estensivo includendo tutte le opere pubbliche che il privato si assume l'obbligo di realizzare, oltre il limite non solo dell'onere di urbanizzazione riportato a scomputo (e quindi a titolo gratuito), ma anche oltre a quanto necessario per l'inserimento urbanistico dell'intervento.

L'assoggettamento a gara delle opere pubbliche che, nell'ambito di una convenzione urbanistica, il privato si assume l'obbligo di realizzare a titolo gratuito, ossia oltre il limite dello scomputo degli oneri di urbanizzazione, contrasta del resto con la natura onerosa del contratto d'appalto che lo stesso giudice comunitario richiede, osservando che «nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale constata che, contrariamente alla tesi sostenuta dalla parte resistente e dagli intervenienti nella causa principale, il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato che realizzi le opere di urbanizzazione non effettua alcuna prestazione a titolo gratuito, in quanto egli estingue un debito di pari valore salvo conguaglio in denaro che sorge in favore del Comune, ossia il contributo per gli oneri di urbanizzazione, senza che il carattere alternativo dell'obbligazione contributo pecuniario o esecuzione diretta delle opere consenta di differenziarne la causa a seconda della modalità di adempimento prescelta (o prestabilita dal legislatore). Tale interpretazione della normativa nazionale è conforme all'obiettivo della direttiva, [...] ed è pertanto idonea ad assicurare l'effetto utile della direttiva medesima. Da ciò consegue che l'elemento relativo al carattere oneroso del contratto deve ritenersi sussistente»³⁸.

In sintesi: da quanto sopra derivano due rilevanti conseguenze operative, che restano attuali anche alla luce del nuovo Codice:

1. tutte le dotazioni territoriali necessarie all'urbanizzazione delle aree (intese come opere necessarie a ripristinare l'equilibrio alterato dalla trasformazione urbanistica) devono essere realizzate a scomputo dei corrispondenti oneri di urbanizzazione, anche per importi superiori agli oneri tabellari dovuti per legge, senza eventuale conguaglio;
2. se la convenzione prevede la realizzazione di opere di urbanizzazione oltre lo scomputo dei relativi oneri, l'obbligo di rispettare i principi dell'evidenza pubblica sussiste se tali opere sono comunque a ristabilire l'equilibrio alterato; diversamente, se le opere sono volte a risolvere criticità già esistenti prima della trasformazione urbanistica, tale obbligo sarà escluso in ragione del carattere gratuito delle medesime e del conseguente difetto del carattere sinallagmatico dell'impegno assunto.

La determinazione dell'importo ai fini del superamento delle soglie di rilevanza comunitaria:

Come già osservato, secondo la Corte di Giustizia, se nel caso di specie si prevede la realizzazione a scomputo di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, l'importo di entrambe deve essere computato ai fini della verifica del superamento o meno della soglia.

Ciò non esclude, ed anzi appare auspicabile, che nella convenzione si preveda la suddivisione, nel rispetto delle soglie di rilevanza comunitaria, delle opere primarie da quelle secondarie attraverso lotti funzionali, come previsto dal nuovo comma 1-bis dell'art. 2 del vecchio Codice.

L'affidamento può quindi avvenire anche separatamente per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria e con appalti separati per lotti, a condizione che questa suddivisione non sottragga le opere dall'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica.

³⁸ Corte Giust. Ce, del 12 luglio 2001.

Se la convenzione prevede la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, di importo complessivamente inferiore alla soglia, si ritiene, per le ragioni sopra illustrate, che debba trovare applicazione l'art. 122 con l'esclusione della possibilità di incorporare quelle primarie al fine di assoggettarle al regime di cui all'art. 16, comma 2-bis, D.P.R. 380 del 2001.

Ciò deriva dall'accoglimento di un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 16, comma 2-bis e quindi, dalla sostanziale identità tra il regime della gara informale di cui all'art. 57 del vecchio Codice e i principi ricavabili dall'art. 27 del medesimo Codice con riferimento agli appalti esclusi, salva la realizzazione diretta delle opere da parte dell'operatore edilizio come precisato in seguito a proposito dell'affidamento delle sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia secondo l'art. 16, comma 2-bis, D.P.R. 380 del 2001.

Va peraltro sottolineato che spesso vi è la tendenza ad escludere dal valore delle opere di urbanizzazione una serie di voci di spesa (allacciamenti, interferenze, etc.). Tale tendenza non pare corretta poiché la determinazione del valore delle opere deve essere effettuata in ragione dell'investimento complessivo, ossia del "valore lordo" delle opere, ponendosi cioè nella prospettiva che sia il Comune a doverle realizzare.

Le opere di urbanizzazione vanno pertanto considerate nel loro nel "valore lordo", comprensivo del costo delle opere e relativa IVA, delle spese tecniche tutte per la progettazione esecutiva, direzione lavori, sicurezza, collaudo (e relativa IVA) e quant'altro configurabile come costo effettivo nell'ipotesi che sia il Comune a sostituirsi al soggetto attuatore nella realizzazione delle opere (interferenze, imprevisti, allacciamenti, ecc).

Mentre ai fini della verifica del superamento o meno delle soglie comunitarie deve essere presa in considerazione soltanto la parte del quadro economico costituito dall'"importo a base d'asta".

In sintesi: ai fini della verifica della soglia comunitaria vanno considerate congiuntamente le opere di urbanizzazione sopra e sotto soglia. Ove fossero state previste opere di urbanizzazione primaria e secondaria sotto soglia si applicava in ogni caso l'art. 122, comma 8, del Codice, ovvero la procedura di cui all'articolo 57, c. 6 del vecchio Codice ("Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara").

2.2 LE DIVERSE PROCEDURE DI GARA:

Si potrà certamente criticare la scelta del legislatore di sottoporre ad un differente regime le opere di urbanizzazione primaria e quelle di urbanizzazione secondaria sotto soglia (scelta peraltro confermata anche nel nuovo Codice), ma occorre tener conto che non risulta ad oggi che sia stata avviata una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, né tanto meno che i giudici di Lussemburgo si siano pronunciati su fattispecie assimilabili.

La procedura di gara espletata dall'operatore edilizio per le opere di urbanizzazione sopra soglia:

Nonostante la non felice stesura della lettera g), del primo comma dell'art. 32 del Codice (non solo diversa da tutte le altre lettere dello stesso comma, che sono articolate secondo la medesima e ben più chiara sequenza, tipologia contratto/soggetto affidatario, ma che pure prevede, come detto, al proprio interno due ipotesi ben distinte fra loro), nell'ipotesi descritta nel primo periodo della norma, il soggetto committente è rappresentato non dal Comune, bensì dall'operatore edilizio, che riveste, pertanto, la qualifica di "altro soggetto aggiudicatore" (come indicato nella rubrica dell'art. 32).

Depone a favore di tale conclusione, la lettura del primo periodo della norma *de qua*, che fa riferimento all'assunzione in via diretta delle opere di urbanizzazione da parte dell'operatore edilizio, in rapporto invece ai successivi periodi della stessa norma che, in relazione all'ipotesi alternativa, prevedono espressamente che la gara sia indetta dal Comune.

Al fine di garantire il rispetto della prescrizione in commento è dunque necessario che l'atto d'obbligo accessorio al permesso di costruire (in caso di interventi diretti), ovvero la convenzione di lottizzazione o di altro piano attuativo, contengano non solo quanto già contemplato, rispettivamente, all'art. 16 del D.P.R. n. 380 del 2001, e all'art. 28 della Legge 17 agosto 1942 n. 1150, ma anche l'espresso ed aggiuntivo impegno ad applicare, per l'esecuzione di tali opere, le richiamate norme del Codice.

In altre parole, si ritiene che verso il Comune continui ad essere responsabile solamente e direttamente l'operatore edilizio, il quale a propria volta dovrà adeguatamente tutelarsi nei confronti dell'aggiudicatario della procedura di gara e materiale esecutore delle opere di urbanizzazione, anche attraverso il richiamo nel relativo contratto di appalto delle prescrizioni contenute nell'atto d'obbligo o nella convenzione stipulata con il Comune. Per quanto concerne lo svolgimento della fase ad evidenza pubblica valgono ancora le regole generali dettate dal vecchio Codice.

L'operatore edilizio affidava quindi, nel vecchio Codice, le opere di urbanizzazione primaria pari o sopra soglia mediante procedura di evidenza pubblica scelta tra quelle di cui all'articolo 55 del Codice ed in particolare:

- l'operatore doveva redigere e pubblicare apposito bando di gara, osservando le modalità di cui agli articoli 66 e 67 e i termini di cui agli articoli 70, 71 e 72 del Codice;
- poteva utilizzarsi liberamente una delle tipologie contrattuali di cui all'articolo 53, comma 2, lettere a), b) o c), del Codice;
- era altresì possibile ricorrere ad un contratto d'appalto con corrispettivo parzialmente o totalmente costituito da cessione di beni o diritti reali, ivi comprese cose future ai sensi dell'articolo 1472 del codice civile, in applicazione analogica dell'articolo 53, commi 6, 7, 8 e 9, Codice;
- il Comune, tramite il Responsabile per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, aveva il compito di vigilare in merito alla regolarità della procedura di gara;
- l'aggiudicazione veniva effettuata a favore dell'operatore economico che aveva offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In sintesi: nel caso di gara bandita dall'operatore edilizio, nell'atto d'obbligo accessorio al permesso di costruire ovvero nella convenzione di lottizzazione avrebbe dovuto essere richiamato l'obbligo di applicare le pertinenti norme del Codice e nel contratto tra l'operatore edilizio e l'appaltatore doveva essere richiamata la convenzione tra il primo e il Comune.

La gara espletata dal Comune per le opere di urbanizzazione sopra soglia:

Costituiva, invece, soltanto un'ipotesi eventuale, quella contemplata dal secondo al quarto periodo della lettera g), dell'art. 32 del vecchio Codice.

Essa era, infatti, subordinata all'esistenza di una previa indicazione in tal senso da parte dell'Amministrazione comunale, in difetto della quale, dunque, al privato non pareva autonomamente possibile ricorrervi.

Era cioè il Comune che aveva la facoltà di prevedere che il privato presentasse, in sede di richiesta del permesso di costruire o nella proposta di piano di lottizzazione, il progetto preliminare delle opere di urbanizzazione da realizzare, indicando quindi su di esso apposita gara che avesse ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione delle opere medesime.

La sede più consona in cui l'Amministrazione potesse inserire una siffatta previsione era certamente rappresentata dalla convenzione accessoria ad un piano di lottizzazione o ad altro strumento urbanistico attuativo.

Infatti, la norma pareva costruita non è dato comprendere quanto consapevolmente nel senso (uso del congiuntivo "presenti") che ove il Comune eserciti tale facoltà, il privato fosse poi tenuto a seguirla, non potendo cioè più procedere ad appaltare egli stesso le opere di urbanizzazione, secondo l'ipotesi principale prevista dall'art. 32³⁹.

Se così davvero fosse stato e se così ancora oggi è (vedi nota 36), è evidente che una siffatta previsione non avrebbe potuto essere contemplata, in via generale, ad esempio nel Regolamento Urbanistico Edilizio, ma appunto soltanto, caso per caso, nelle convenzioni accessorie a piani attuativi.

Ciò posto, la fattispecie contemplava la presentazione da parte dell'operatore edilizio del progetto preliminare delle opere di urbanizzazione, accompagnato dalla specifica indicazione del tempo massimo in cui esse debbono essere completate, nonché dallo schema del contratto di appalto.

La gara doveva essere, quindi, indetta dal Comune, con procedura aperta o ristretta, e doveva prevedere la presentazione da parte dei concorrenti, in sede di offerta, del progetto definitivo delle opere da realizzare, indicando separatamente il corrispettivo richiesto per la progettazione, per l'esecuzione delle opere e per gli oneri di sicurezza.

La norma in esame non chiariva chi dovesse essere, per parte committente, il soggetto che stipulava il contratto di appalto: se, cioè, esso andasse rinvenuto nel Comune, che bandiva la gara, ovvero l'operatore edilizio, che, precedentemente ad essa, aveva l'onere di predisporre lo schema del contratto.

Sebbene appaia più logica la prima soluzione per la naturale coincidenza fra il soggetto che bandisce la gara e la parte committente del contratto di appalto, ciò si prestava, nella fattispecie, sia alla problematica dell'individuazione delle risorse necessarie al pagamento delle opere da realizzare, quasi mai interamente coperte dall'importo degli oneri di urbanizzazione, sia a quella della redazione dello schema di contratto ad opera di un soggetto che poi non ne sarebbe parte, sia a quella della realizzazione di lavori da parte della pubblica Amministrazione su beni ancora di proprietà privata.

Peraltro, se davvero l'ipotesi disciplinata dal secondo al quarto periodo della lettera g), dell'art. 32 rappresentava l'alternativa a quella di cui al primo periodo, doveva pur sempre trattarsi di opere di urbanizzazione realizzate a scomputo dei relativi oneri, e quindi deve ritenersi che, fermo restando l'onere di bandire la gara in capo al Comune, fosse poi parte committente del contratto direttamente l'operatore edilizio, che beneficiava dello scomputo degli oneri, e sopporta, per contro, il corrispettivo dell'appalto (eventualmente anche maggiore rispetto all'importo degli oneri scomputati).

Anche in questo caso, la materia avrebbe potuto essere oggetto di specifica e puntuale disciplina in sede di convenzione di lottizzazione o di altro piano attuativo.

Si sarebbe potuto anche ipotizzare un rapporto negoziale a tre (Comune, operatore edilizio e soggetto esecutore delle opere), in cui, ferma restando la veste di committente in capo all'Amministrazione (con i connessi poteri di verifica in corso d'opera e di collaudo delle opere), il corrispettivo dell'appalto era versato all'operatore edilizio, direttamente o in via mediata passando da un previo pagamento finalizzato alle casse comunali.

La corretta individuazione delle parti firmatarie del contratto di appalto si riverbera anche sulla problematica della possibilità, da parte dell'operatore edilizio, s'intende ove fosse in possesso dei requisiti previsti dal Codice, di partecipare (e quindi di rendersi potenzialmente aggiudicatario) alla gara bandita dal Comune.

Ovviamente, tale ipotesi, ritenuta ammissibile da alcuni commentatori, non sarebbe stata neppure percorribile ove si fosse propeso ritenere che l'operatore edilizio fosse poi parte del contratto di appalto, perché altrimenti si sarebbero confusi nello stesso soggetto il ruolo di committente ed appaltatore.

In ogni caso, tale soluzione non appariva condivisibile, sia perché avrebbe costituito una potenziale elusione del principio della concorrenza, che la disposizione mirava invece a tutelare, sia perché è in contrasto anche con la regola, stabilita dall'art. 90 del Codice dei Contratti, in virtù della quale chi ha effettuato l'attività di progettazione non può poi partecipare alla gara.

Tale ipotesi non ricorreva, ove, come ammesso dall'Autorità di Vigilanza, l'operatore edilizio non avesse partecipato all'attività di progettazione, affidando in tutto la redazione del progetto ad un terzo professionista.

Resta da chiarire se il permesso di costruire potesse essere rilasciato dal Comune soltanto all'esito della stipula del contratto di appalto o anche in precedenza.

³⁹ Peraltro la formulazione della nuova norma è sostanzialmente identica alla precedente:

Art. 32, c. 1, lett. g), D.Lgs. n. 163/2006:

L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare 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 preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55.

Art. 1, c. 2, lett. e), D.Lgs. n. 50/2016:

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.

Il "progetto di fattibilità tecnica ed economica" del nuovo Codice, definito all'art. 23, prende il posto del "progetto preliminare" definito all'articolo 93 del vecchio Codice:

Art. 23, D.Lgs. n. 50/2016, comma 5:

Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire. Il progetto di fattibilità comprende tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche, ivi compresa la scelta in merito alla possibile suddivisione in lotti funzionali. Il progetto di fattibilità deve consentire, ove necessario, l'avvio della procedura espropriativa.

La prima soluzione, anche se faceva ricadere sull'istante i tempi necessari per l'esecuzione della gara, appariva preferibile, in quanto solo dopo l'aggiudicazione era possibile conoscere i termini precisi della progettazione delle opere di urbanizzazione. In sintesi: nel caso di gara bandita dal Comune, la convenzione doveva prevedere che l'operatore edilizio presentasse il progetto preliminare; lo stesso operatore avrebbe potuto partecipare alla gara solo ove non avesse preso parte in nessun modo alla progettazione. In ogni caso, il contratto con l'appaltatore era stipulato sempre dall'operatore in veste di committente.

Le opere di urbanizzazione sotto soglia comunitaria secondo l'art. 122, comma 8, del vecchio Codice:

Si tratta di ipotesi diversa da quella in cui debbano essere realizzate "sola" opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento edilizio prevista dall'art. 16, comma 2-bis, D.P.R. 380 del 2001, di cui in seguito.

L'art. 122, comma 8, del Codice disponeva che per l'affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo oneri si debba seguire la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, invitando almeno cinque soggetti⁴⁰.

La norma poneva non pochi dubbi interpretativi.

Al fine della sua corretta applicazione, occorre muovere dalla sua collocazione all'interno del Titolo concernente i contratti sotto soglia comunitaria, per i quali secondo il precedente art. 121 si applicano le disposizioni del Codice relative a quelli sopra soglia, se e in quanto non espressamente derogate. Dunque, in materia di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri, la disciplina dettata dall'art. 32, primo comma, lettera g), doveva ritenersi applicabile anche a quelle sotto soglia comunitaria salvo le specifiche deroghe stabilite dal comma 8 dell'art. 122.

Ne consegue che, alla stregua della citata norma dell'art. 32, il soggetto tenuto all'applicazione della procedura semplificata per la scelta dell'esecutore delle opere di urbanizzazione di valore complessivamente inferiore alla soglia comunitaria, era, in via principale e normale, l'operatore edilizio, mentre, soltanto nella seconda alternativa ipotesi prevista per le opere sopra soglia, poteva essere l'Amministrazione comunale.

In ogni caso, chiunque fosse il soggetto che ricorreva alla procedura per la scelta del contraente, doveva trattarsi di una vera e propria gara ufficiosa, seppur non preceduta da alcun bando.

La disciplina di tale procedura si evince da quanto disposto dall'art. 57, comma 6, del Codice, così come integrato dallo stesso art. 122, comma 8, che lo richiama.

Dunque la stazione appaltante (sia essa l'operatore edilizio, piuttosto che il Comune) doveva invitare a presentare la propria offerta almeno cinque soggetti, aspiranti idonei, individuati sulla base di caratteristiche di qualificazione sia economiche-finanziarie che tecnico organizzative, e scelti nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Pur nella sintesi della disciplina normativa, l'utilizzo dei termini "*aspiranti idonei*", lasciava intendere, da un lato, che il soggetto invitato avesse manifestato, in via preliminare (magari attraverso una preventiva indagine di mercato curata dalla stessa stazione appaltante), un potenziale interesse alla partecipazione alla gara e, dall'altro lato, che si trattasse comunque di un soggetto qualificato ad eseguire lavori pubblici di pari importo a quelli appaltati⁴¹.

Di particolare importanza, al fine del vaglio della compatibilità di tale disciplina dell'appalto delle opere di urbanizzazione sotto soglia con i principi dei Trattati comunitari, specie con quelli di pubblicità, trasparenza e non discriminazione (sanciti dagli artt. 43 e 49), rivestiva il richiamo, contenuto all'art. 57, comma 6 del Codice, ai criteri di trasparenza, concorrenza e rotazione nella valutazione della scelta dei soggetti da invitare⁴².

La procedura negoziata in questione doveva poi svolgersi, secondo quanto previsto dall'art. 57, comma 6, del vecchio Codice, attraverso l'invito a presentare la propria offerta, formulato da parte della stazione appaltante (fosse essa l'operatore edilizio o il Comune) ai soggetti prescelti, mediante apposita lettera che assumeva la valenza di *lex specialis*.

Tale lettera di invito doveva contenere gli elementi essenziali della prestazione richiesta, cioè quantomeno consentire la visione del progetto delle opere di urbanizzazione da realizzare ed indicare il termine per la loro consegna, le garanzie finanziarie da prestare e il prezzo base, nonché il capitolato prestazionale.

La scelta del contraente doveva avvenire secondo il criterio del prezzo più basso, ovvero quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo i parametri prestabiliti nella stessa lettera di invito. Era quindi escluso che la stazione appaltante, ancorché si trattasse dell'operatore edilizio, fosse libera nella individuazione dell'appaltatore, dovendo comunque osservare, sia in fase di predisposizione dell'invito che di esame delle offerte, tutti i parametri tecnico-discrezionali generalmente propri della pubblica Amministrazione, ed in particolare quello di motivazione della scelta dell'aggiudicatario.

Va da sé, che, qualora, come si ritiene, il regime per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di valore inferiore alla soglia comunitaria, dovesse essere evinto attraverso una lettura, in combinato disposto degli art. 122, comma 8, e 32, comma 1, lettera g), del Codice dei Contratti Pubblici, la procedura poteva essere gestita dal Comune.

In sintesi: l'operatore edilizio affidava le opere di urbanizzazione sotto soglia mediante procedura negoziata ai sensi del combinato disposto degli articoli 57, comma 6, e 122, comma 8, del Codice ed in particolare:

- nella procedura negoziata venivano consultati non meno di 5 (cinque) operatori economici, adeguatamente qualificati ai sensi dell'articolo 40 del Codice e del regolamento unico di attuazione;

⁴⁰ Tale disposizione si applicava alle sole opere di urbanizzazione secondaria; le opere di urbanizzazione primaria, di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, erano sottratte all'obbligo di gara ai sensi dell'art. 16, comma 2-bis, del D.P.R. n. 380 del 2001, introdotto dall'art. 45, comma 1, della legge n. 214 del 2011.

⁴¹ La necessità che si trattasse di soggetti "*idonei*" fin dal momento dell'invito, escludeva, secondo la giurisprudenza, la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento ai fini della presentazione dell'offerta nell'ambito della gara ufficiosa (TRGA Trento, 5 dicembre 2012, n. 357).

⁴² La disposizione appariva peraltro, sul punto, costruita più per confermare in astratto tale compatibilità, che per essere destinata ad avere una reale applicazione, sia perché la propria efficacia era già smorzata dall'incipit "ove possibile", sia perché non erano affatto chiarite le modalità operative attraverso le quali i predetti criteri si dovessero estrinsecare. Inoltre, ove la stazione appaltante fosse rappresentata dal destinatario del titolo abilitativo, il rispetto di tali criteri risultava essere di fatto assai mitigato dalla tendenziale non ripetitività della sua veste di soggetto aggiudicatario. Comunque, la disciplina in esame, in assenza dell'onere di pubblicazione di ogni qualsivoglia bando, risultava di discutibile conformità con il principio comunitario della pubblicità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e ciò, quantomeno, per gli appalti relativi ad opere di urbanizzazione che, pur di valore inferiore alla soglia comunitaria, manifestassero un interesse transfrontaliero certo. Ciò avrebbe potuto esporre il nostro Paese ad una nuova procedura di infrazione della normativa comunitaria.

- gli operatori economici invitati erano selezionati sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione;
- gli operatori economici selezionati venivano contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto del negoziato, con lettera contenente gli elementi essenziali del lavoro da eseguire;
- il termine per la ricezione delle offerte non poteva mai essere inferiore a 10 giorni in caso di affidamento della sola esecuzione; restavano fermi i maggiori termini nei casi di cui all'articolo 122, comma 6, lettera e);
- l'operatore edilizio sceglieva l'operatore economico che aveva offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- delle operazioni di gara doveva essere redatto apposito verbale, contenente: elenco soggetti invitati, elenco offerenti, verifica documentazione a corredo delle offerte, eventuali cause di esclusione, nominativo dei soggetti ammessi all'apertura delle offerte, elenco offerte presentate.

Affidamento delle sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, secondo l'art. 16, comma 2 bis, D.P.R. 380 del 2001:

Ove si trattasse solo di opere di urbanizzazione primarie sotto soglia funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio trovava applicazione, e la trova anche oggi con il nuovo Codice, il comma 2-bis del citato art. 16 del Testo Unico dell'Edilizia (comma introdotto dall'art. 45, comma 1, della legge n. 214 del 2011 e non modificato dal D.Lgs. n. 50/2016).

La lettera della norma, «*a carico del titolare del permesso di costruire*», escludeva (ed esclude anche oggi, dal momento che il TUE non è stato modificato) in tale ipotesi, diversamente da quanto possibile nel caso dell'art. 122, comma 8 del Codice, che le funzioni di stazione appaltante potessero essere svolte dal Comune.

Secondo l'interpretazione sopra esposta della locuzione «*non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*» si ritiene, come precisato sopra, che il privato non fosse (e non lo sia ancora oggi, a maggior ragione, stante la formulazione dell'art. 4 del nuovo Codice) tenuto comunque ad individuare l'appaltatore nel rispetto dell'art. 27 del vecchio Codice⁴³.

In particolare in riferimento al rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e l'affidamento, come illustrato in precedenza, secondo taluni, doveva essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti «*se compatibile con l'oggetto del contratto*».

Inoltre dovevano essere rispettate le disposizioni previste dalla Legge n. 241 del 1990 ed in particolare l'obbligo di motivazione degli atti di individuazione dell'appaltatore.

Tuttavia anche i propugnatori di tale tesi, non ritenevano escluso che l'operatore edilizio potesse comunque realizzare direttamente le opere in questione, soprattutto in caso in cui tali opere dovessero essere realizzate contestualmente all'intervento di trasformazione urbanistica cui accedevano.

Allorché l'importo di tali opere si attestasse sopra la soglia di «*impatto transfrontaliero*», da individuarsi, come sopra rilevato, nell'importo di 1.000.000 di euro e l'operatore edilizio decidesse di affidare a terzi l'esecuzione delle opere era tenuto, secondo tale tesi non condivisa, come spiegato prima, a rispettare i principi comunitari e cioè ad invitare ad offrire almeno cinque operatori del settore dandone contezza all'Amministrazione.

In conclusione, i privati realizzatori delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia non erano e non sono assoggettati al rispetto di alcuna procedura di evidenza pubblica ex art. 16, comma 2-bis, D.P.R. n. 380 del 2001, posto che non trova neppure applicazione l'art. 27 del Codice dei contratti, parimenti al caso in cui i medesimi realizzino opere di urbanizzazione non a scomputo ovvero senza che sia previsto alcun corrispettivo.

2.3 L'ESECUZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO:

Nell'espletamento della procedura per l'affidamento della realizzazione delle opere di urbanizzazione e nella successiva fase di esecuzione assumeva rilievo il ruolo assunto dal Comune nel caso più frequente in cui il medesimo non esercitasse le funzioni di stazione appaltante.

Il potere di vigilanza del Comune: la natura del rapporto tra Comune ed operatore edilizio:

Secondo taluni l'Amministrazione non sarebbe onerata dal controllare che l'operatore edilizio rispetti, nell'affidamento e nell'esecuzione delle opere di urbanizzazione, le disposizioni del Codice, dovendosi limitare a verificare che tali opere siano eseguite conformemente al progetto presentato.

Piuttosto, l'operatore edilizio che bandisce la gara, nella sua qualità di soggetto aggiudicatore, sarebbe subordinato ai poteri di controllo, ispettivi e sanzionatori dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, nonché al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo.

⁴³ Art. 27 - Principi relativi ai contratti esclusi

1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. L'affidamento dei contratti di finanziamento, comunque stipulati, dai concessionari di lavori pubblici che sono amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori avviene nel rispetto dei principi di cui al presente comma e deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti. (comma modificato dall'art. 4, comma 2, lettera a), legge n. 106 del 2011, poi dall'art. 20, comma 1, lettera c), legge n. 35 del 2012)

2. Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4.

3. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118.

Tali principi sono stati ripresi nel nuovo Codice 50/2016:

Art. 4 - Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi

1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.

La modifica più evidente è stata quella che ha eliminato la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, invitando almeno cinque soggetti.

Al Comune non sarebbe, infatti, attribuito alcun potere, né conseguentemente alcun onere, di verifica dell'aderenza alle prescrizioni del Codice, del comportamento seguito dall'operatore edilizio, né, per altro verso, l'ottemperanza da parte dello stesso della procedura ad evidenza pubblica sembra poter condizionare la legittimità del titolo rilasciato, né tanto meno la certificazione di conformità edilizia ed agibilità.

Si ritiene invece che il Comune conservasse e conservi tuttora il potere di vigilanza in merito al rispetto da parte dell'operatore edilizio degli obblighi derivanti dalle previsioni del Codice e delle altre disposizioni che disciplinano la procedura di affidamento e la realizzazione delle opere di urbanizzazione.

Tale potere deriva certamente dal profilo oggettivo relativo alla natura pubblica delle opere da realizzare, a cui si aggiunge il profilo soggettivo relativo alla ricostruzione del rapporto tra il Comune e il privato che si assume l'onere di espletare la procedura di affidamento.

Con riferimento a tale ricostruzione si pone la seguente alternativa:

- a) la disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo configura una delega da parte del Comune all'operatore edilizio della funzione di stazione appaltante;
- b) la disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo conferisce al titolare del titolo edilizio la titolarità "*diretta*" delle funzioni di stazione appaltante in virtù del primo periodo della lett. g), dell'art. 32, comma 1, del vecchio Codice secondo cui i "*soggetti privati, titolari di permesso di costruire, 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 decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150*" dovrebbero ritenersi gli "*altri soggetti aggiudicatori*", in quanto "*soggetti privati tenuti all'osservanza del presente codice*" (ex art. 3, comma 31)⁴⁴.

Si tratta di questione fondamentale poiché dalla sua soluzione derivano rilevanti conseguenze in merito alla disciplina applicabile e, più in generale ai rapporti tra l'operatore edilizio e il Comune.

Nell'ipotesi sub a), che si ritiene di condividere:

- il momento amministrativo che attua la predetta previsione normativa va individuato nella convenzione urbanistica;
- ciò che costituisce oggetto della delega non è la titolarità della posizione di stazione appaltante bensì il mero esercizio dei poteri ad essa connessi;
- conseguentemente, il privato è assoggettato alle stesse regole alle quali sarebbe assoggettato il Comune se esercitasse direttamente i poteri di stazione appaltante, salvo le deroghe espressamente previste dal vecchio Codice nel caso di specie;
- conseguentemente, il Comune ha nei confronti del privato che esercita il potere di stazione appaltante:
 - il potere di impartire direttive circa gli atti e le procedure da compiere;
 - il potere di sostituzione in caso di inerzia;
 - il potere di annullamento in sede di autotutela di atti illegittimamente posti in essere dall'operatore edilizio, ex articolo 21-nonies, e di revoca nei casi previsti dall'articolo 21-quinquies della legge n. 241 del 1990;
 - il potere di revoca dell'esercizio dei poteri attribuiti all'operatore edilizio;
 - un penetrante potere di intervento sull'intero operato del privato sino al momento dell'acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune stesso;
 - il privato risponde del suo cattivo operato.

Nell'ipotesi sub b) il Comune avrebbe un potere di controllo ed intervento nell'affidamento ed esecuzione dell'appalto assai più limitato in ragione della sostanziale "*autonomia*" dell'operatore edilizio che deriva dalla sua qualificazione come "*altro soggetto aggiudicatore*".

In tale prospettiva, gli unici poteri riconosciuti al Comune si fondano sul diritto privato, potendo considerarsi le inadempienze dell'operatore edilizio come inadempienze alle obbligazioni di fare assunti dai soggetti attuatori con la convenzione e quindi ragione per la richiesta di condanna all'adempimento o per la risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.): in questi casi, la convenzione può prevedere una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) per gravi violazioni da parte del soggetto attuatore, in qualità di stazione appaltante, alla disciplina di affidamento delle opere.

In ogni caso, pare opportuno, prevedere espressamente il potere di controllo e intervento del Comune nell'ambito della convenzione urbanistica.

In sintesi: nel caso in cui la gara sia bandita dall'operatore edilizio, la convenzione o l'atto unilaterale d'obbligo deve prevedere il potere di vigilanza che spetta al Comune nel corso dell'intero procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione.

Ma sussistono conseguenze anche sul piano della disciplina applicabile con riferimento a profili organizzativi assai rilevanti.

Nell'ipotesi sub a) il Comune dovrebbe comunque provvedere alla nomina del responsabile del procedimento, anche se non in qualità di RUP.

Nell'ipotesi sub b) la nomina del responsabile del procedimento dovrebbe avvenire in seno all'operatore edilizio ai sensi dell'art. 10, comma 9, del Codice.

Infine, nell'ipotesi sub a) risulterebbe confermata l'opzione interpretativa che riserva al Comune la spettanza dei ribassi d'asta⁴⁵. Nell'ipotesi sub b), al contrario, l'autonomia del titolare del titolo edilizio in quanto soggetto aggiudicatore dovrebbe condurre alla conseguenza che allo stesso siano riservati i vantaggi (ribassi d'asta)⁴⁶ e gli svantaggi (varianti in aumento) della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Come si è visto, secondo la prospettiva qui seguita, anche ove la gara sia espletata dall'operatore edilizio, il Comune è tenuto a nominare il responsabile del procedimento ai sensi della legge n. 241 del 1990, al fine precipuo di assicurare il costante controllo sull'intero procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione, nonché il necessario coordinamento con, a monte, il responsabile del procedimento urbanistico e, a valle, con il responsabile del settore patrimonio nella fase di acquisizione delle opere al patrimonio comunale.

⁴⁴ D.G.R. Veneto n. 436 del 24 febbraio 2009.

⁴⁵ Corte dei conti sezione regionale di controllo per il Veneto, parere n. 148/2009, pubblicato il 7 agosto 2009.

⁴⁶ Determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, 16 luglio 2009 n. 7.

In sintesi: è necessario che il Comune nomini un responsabile del procedimento per la realizzazione delle opere di urbanizzazione con il compito di sovrintendere a tutte le fasi di realizzazione e di collaudo delle opere; quindi a titolo esemplificativo:

- interviene nelle Conferenze di Servizi convocate dal responsabile del procedimento urbanistico;
- provvede alla trasmissione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici dei dati relativi all'operatore edilizio⁴⁷;
- è competente alla verifica tecnica di cui all'art. 112 del vecchio Codice (validazione);
- coordina, acquisisce i pareri dei settori e uffici comunali a vario titolo competenti in merito alle opere di urbanizzazione;
- è il referente nel rapporto con l'operatore edilizio ed in particolare nel rapporto con i professionisti incaricati dall'operatore medesimo per la progettazione esecutiva e la direzione dei lavori;
- fornisce le informazioni e le prescrizioni di dettaglio che si rendessero necessarie durante la realizzazione delle opere, prescrizioni che l'operatore edilizio è tenuto a recepire;
- svolge le funzioni di vigilanza sulla procedura di affidamento dei lavori;
- nomina il collaudatore tecnico in corso d'opera e finale;
- affianca e supporta il collaudatore durante la sua attività, rilascia il nulla osta alla approvazione del certificato di collaudo provvisorio emesso dal collaudatore;
- rilascia al competente settore urbanistico i nulla osta allo svincolo delle fidejussioni;
- segnala al responsabile del procedimento urbanistico, durante l'esecuzione dei lavori, eventuali criticità che possono influire sostanzialmente sul rispetto dei tempi fissati dalla convenzione per l'ultimazione delle opere;
- sospende i lavori e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento urbanistico in caso di difformità o varianti rispetto al progetto esecutivo eseguite senza formale condivisione e autorizzazione;
- coordina con il settore per il patrimonio l'acquisizione delle aree al patrimonio comunale.

Obblighi dell'operatore edilizio e del Comune:

Come si è illustrato, il contratto relativo alla realizzazione delle opere di urbanizzazione vede sempre, anche nel caso in cui la gara sia bandita dal Comune, nella veste di committente l'operatore edilizio.

Per tale motivo, si pone il problema del soggetto destinatario dei molteplici obblighi previsti dal Codice e della altre leggi di settore.

In relazione a tali obblighi si ritiene, di regola, che spettino all'operatore edilizio quando lo stesso ha assunto la qualità di soggetto aggiudicatore, mentre spetteranno al Comune nel caso in cui la gara sia indetta direttamente da quest'ultimo, anche se il contratto è poi stipulato dall'operatore edilizio.

Nella prima ipotesi, fermo restando la necessità che il Comune nomini un responsabile del procedimento, l'operatore nomina un responsabile del procedimento ai sensi dell'art. 10, comma 9 del vecchio Codice, che dovrà ottemperare a tutti gli obblighi previsti dalla legge.

In sintesi: è necessario che l'operatore edilizio nomini il Responsabile unico del procedimento con i compiti di:

- richiedere l'iscrizione al Sistema Informativo dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (SIMOG);
- richiedere il C.I.G. (codice d'identificazione del procedimento di selezione del contraente di cui all'art.1, commi 65 e 67, della legge 23.12.2005, n. 266) necessario per i pagamenti dei diritti, all'Autorità di Vigilanza, da parte della stazione appaltante e dei partecipanti alla gara d'appalto, così come stabilito dalla relativa normativa d'attuazione;
- curare l'inoltro dei dati, relativi ai lavori oggetto di gara, all'Autorità di Vigilanza, nonché alle competenti Sezioni regionali dell'Osservatorio Contratti Pubblici;
- ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa antimafia (tracciabilità dei flussi finanziari (Legge n. 136/2010 e s.m.);
- comunicare al responsabile del procedimento designato dal Comune:
 - tutte le fasi del procedimento di affidamento ed esecuzione dei lavori;
 - il nominativo dell'aggiudicatario e presentare allo stesso autocertificazione, ai sensi del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, che tutte le operazioni di selezione del contraente e aggiudicazione dei lavori sono avvenute nel rispetto della vigente normativa in materia (procedura di selezione, requisiti generali, tecnici e economici dei concorrenti e dell'aggiudicatario);
 - l'avvenuta sottoscrizione, presentazione e regolarità di tutte le garanzie previste dalla normativa vigente (a mero titolo esemplificativo e non esaustivo: cauzione provvisoria, cauzione definitiva, polizza CAR, garanzia del progettista);
 - i verbali definitivi di aggiudicazione e i contratti stipulati con gli aggiudicatari.

La direzione dei lavori e il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione sono affidati e svolti da soggetti abilitati liberamente individuati dall'operatore edilizio, con oneri a proprio carico, e comunicati al Responsabile del procedimento per la realizzazione delle opere di urbanizzazione con le modalità previste dal D.P.R. n. 380 del 2001.

Tempi di esecuzione, garanzie e collaudo:

Le opere possono essere realizzate in un intervallo di tempo anche superiore al triennio, in maniera correlata alle edificazioni delle aree e tali da garantirne la utilizzabilità.

La convenzione deve disciplinare la durata di validità dei titoli edilizi e le condizioni di proroga degli stessi, in relazione alla complessità ed estensione delle opere di urbanizzazione da realizzare.

La costruzione e il collaudo delle opere di urbanizzazione primaria devono essere conclusi prima del rilascio di qualsiasi autorizzazione all'agibilità.

La costruzione delle dette opere può essere effettuata gradualmente mediante la suddivisione in lotti funzionali precedentemente individuati, approvati ed autorizzati dal Comune, in modo da assicurare sempre i servizi primari ai fabbricati costruiti ed alle aree di uso pubblico. In tal caso la costruzione e il collaudo delle opere di urbanizzazione primaria comprese in ciascun lotto devono essere concluse prima del rilascio di qualsiasi autorizzazione all'agibilità dei fabbricati inseriti nel lotto medesimo, salvo per quegli interventi la cui costruzione prima di altre opere possa compromettere l'integrità o la corretta esecuzione dei lavori. I tempi di esecuzione devono essere espressamente previsti da un crono programma autorizzato dal

⁴⁷ Cfr. il comunicato del Presidente dell'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici in data 21 luglio 2010.

Comune. La convenzione può consentire di accettare il deposito del certificato di agibilità dei fabbricati conclusi a fronte della realizzazione degli allacciamenti ai servizi a rete e dell'accessibilità carrabile e pedonale al fabbricato in condizioni di sicurezza.

Il termine entro cui le opere di urbanizzazione devono essere ultimate e collaudate è quello indicato nell'apposita convenzione. Il Comune può prevedere di concedere proroghe ai termini di ultimazione per cause di forza maggiore, a seguito di richiesta del contraente, debitamente documentate.

In sintesi: è necessario che la convenzione disciplini dettagliatamente il termine di esecuzione delle opere di urbanizzazione, l'eventuale proroga di tale termine, le sanzioni in caso di inosservanza, nonché la possibilità di proroga del termine di validità dei titoli edilizi.

A garanzia degli obblighi assunti dall'operatore edilizio, la convenzione o l'atto d'obbligo sono corredati da apposita fideiussione prestata con le modalità di cui all'art. 75, commi 3, 4 e 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006, per un importo pari all'intero valore dell'investimento, ossia pari al valore lordo delle opere di urbanizzazione.

L'ammontare della fideiussione prestata andrà integrata, se necessario, a seguito della validazione del progetto esecutivo e prima del rilascio del permesso di costruire per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, per il valore corrispondente all'eventuale maggior costo delle medesime.

La garanzia, seppure commisurata all'importo delle opere di urbanizzazione, è prestata per tutte le obbligazioni a contenuto patrimoniale, anche indiretto, connesse all'attuazione della convenzione, comprese a titolo di garanzia di qualsiasi inadempimento che possa arrecare pregiudizio al Comune, sia come ente territoriale sia come autorità che cura il pubblico interesse.

La garanzia deve includere la possibilità di escussione da parte del Comune, in proporzione all'entità delle eventuali inadempienze verificatesi.

In sintesi: a garanzia degli obblighi assunti dall'operatore edilizio, la convenzione o l'atto d'obbligo devono prevedere il deposito di apposita fideiussione per un importo pari al valore lordo delle opere di urbanizzazione con le modalità di cui all'art. 75, commi 3, 4 e 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

Tutte le opere di urbanizzazione, a lavori ultimati, sono soggette al collaudo o alla emissione di certificato di regolare esecuzione (in base all'importo delle opere) secondo quanto previsto dal vecchio Codice e dal Regolamento unico di attuazione.

Spetta al Comune nominare, anche in corso d'opera, un collaudatore, secondo le procedure previste dalla legge, fra professionisti abilitati; in sede di convenzione o di atto d'obbligo l'operatore edilizio si accolla l'onere di sottoscrizione del contratto e del pagamento delle relative competenze.

La conclusione effettiva dei lavori deve essere attestata con verbale sottoscritto in contraddittorio fra l'operatore edilizio, il Responsabile del procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione, il Direttore dei lavori e l'impresa esecutrice dei lavori.

Dopo la sottoscrizione del predetto verbale, l'operatore edilizio dovrà chiedere al Comune la nomina del collaudatore finale, che deve avvenire nel termine di 30 giorni dalla richiesta.

Il collaudo deve essere effettuato su tutte le opere di urbanizzazione realizzate e deve attestare la regolare esecuzione delle opere stesse rispetto al progetto esecutivo ed alle modifiche in corso d'opera formalmente condivise ed approvate dal Comune medesimo.

Le attività di collaudo devono concludersi entro sei mesi dalla data di sottoscrizione del verbale di ultimazione dei lavori.

Entro tale termine il collaudatore deve emettere il certificato di collaudo provvisorio trasmettendolo al Responsabile del procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione e al RUP nominato dall'operatore edilizio.

La convenzione deve prevedere l'esplicito impegno dell'operatore edilizio a fornire la massima collaborazione e assistenza al collaudatore in termini di consegna e/o produzione della documentazione richiesta dallo stesso nonché al tempestivo ripristino dei difetti costruttivi riscontrati.

In caso di inerzia da parte dell'operatore edilizio il collaudatore dichiara la "*non collaudabilità*" di tutte o parte delle opere con conseguente applicazione, da parte del Comune, della disciplina sanzionatoria.

L'approvazione da parte del Comune del certificato di collaudo comporta la conseguente presa in carico manutentiva da parte del Comune e apertura all'uso pubblico di tutte le opere realizzate.

La presa in carico da parte del Comune delle opere e la loro apertura all'uso pubblico comporterà la contestuale attribuzione allo stesso delle responsabilità civili e penali conseguenti all'uso medesimo, nonché della manutenzione delle opere.

L'operatore edilizio è tenuto, a favore del Comune, per le opere ed i manufatti di urbanizzazione, alla garanzia ed agli obblighi disciplinati dagli artt. 1167, 1168 e 1169 del Codice Civile, entro i limiti ivi contenuti.

Tutte le aree sulle quali sono state realizzate le opere di urbanizzazione primaria dovranno essere trasferite a titolo gratuito con rogito notarile entro 6 mesi dall'approvazione del certificato di collaudo provvisorio.

A tal fine l'operatore edilizio consegna tempestivamente al Comune tutta la documentazione e le certificazioni necessarie, ivi compresi eventuali elaborati grafici e catastali atti a individuare precisamente la localizzazione e qualità delle opere in funzione della diversa destinazione d'uso (strade, parcheggi, verde, cabine elettriche, ecc).

Le spese dei frazionamenti e degli atti notarili necessari per la cessione delle aree al Comune vanno poste a carico dell'operatore edilizio.

In sintesi: è opportuno che la convenzione disciplini il procedimento di collaudo, anche al fine di sancire l'obbligo di cooperazione da parte dell'operatore edilizio e le conseguenze in caso di inadempimento.

Sanzioni:

In caso di inosservanza da parte dell'operatore edilizio degli obblighi assunti con la convenzione operano le sanzioni penali e amministrative contenute nel D.P.R. n. 380 del 2001 e successive modifiche e integrazioni e nell'eventuale legge regionale in materia.

In caso di inadempimento alle obbligazioni di fare assunte dai soggetti attuatori con la convenzione, il Comune può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto (art. 1453 del Codice Civile).

Oltre all'esercizio dei poteri di vigilanza di cui si è detto sopra, la convenzione può prevedere una clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) per gravi violazioni della disciplina di affidamento delle opere da parte dell'operatore edilizio.

E' opportuno che la convenzione preveda meccanismi di contestazione dell'inadempimento e ove persista l'inadempimento preveda l'escussione della fideiussione nel caso di:

- 1) mancata ultimazione delle opere di urbanizzazione entro i tempi stabiliti, previa comunicazione scritta di messa in mora dell'operatore edilizio; in tal caso la fideiussione verrà escussa per la quota parte corrispondente al costo delle opere non realizzate, quantificato dal Responsabile del procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione;
- 2) non collaudabilità delle opere di urbanizzazione realizzate; in tal caso la fideiussione verrà escussa, a seguito di inottemperanza da parte dell'operatore edilizio all'invito a provvedere da parte del Responsabile del procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione, per la quota parte corrispondente al costo delle opere non collaudate, quantificato dal medesimo responsabile;
- 3) inadempienza rispetto a tutti gli altri impegni e obblighi posti in capo all'operatore edilizio dalla convenzione; in tal caso la fideiussione verrà escussa, a seguito di inottemperanza da parte dell'operatore edilizio all'invito a provvedere, per la quota parte corrispondente al costo o valore delle opere o prestazioni, quantificato dal Responsabile del procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione.

In caso di inadempimento il Comune potrà realizzare le opere mancanti o non collaudabili o qualsivoglia intervento previsto e non realizzato, anche su aree dell'operatore edilizio non ancora cedute al Comune ma ricomprese nel perimetro dell'area oggetto d'intervento. La convenzione urbanistica dovrà riportare l'assenso dell'operatore edilizio, proprietario delle aree, ad autorizzare "ora per allora", i lavori necessari sulle suddette aree.

In sintesi: è opportuno che la convenzione preveda meccanismi di contestazione dell'inadempimento e le relative conseguenze, in particolare per ciò che riguarda l'escussione della garanzia fideiussoria.

LA REALIZZAZIONE DI OPERE INTEGRATIVE NON SCOMPUTABILI DAL CONTRIBUTO CONCESSORIO (c.d. OPERE EXTRASTANDARD:

È sempre più frequente che nelle convenzioni urbanistiche stipulate tra pubblica Amministrazione e privato quest'ultimo si obblighi nei confronti del Comune ad eseguire opere ulteriori rispetto a quelle di urbanizzazione primaria e secondaria. Si tratta di interventi (le cd. *opere aggiuntive*) che il lottizzante si impegna a realizzare, non a scomputo del contributo di costruzione afferente agli oneri di urbanizzazione, ma in aggiunta a quanto dovuto secondo gli oneri tabellari.

Sorge allora la questione, attualmente irrisolta in giurisprudenza e scarsamente approfondita in dottrina, se sia necessario, o meno, sottoporre a gara d'appalto la loro esecuzione.

Secondo un primo orientamento dottrinale, l'applicazione delle procedure previste dal Codice dei contratti pubblici va esclusa ed il privato è libero di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione. Infatti, un'interpretazione letterale dell'art. 32, comma 1, lettera g), che si riferisce ai soli "lavori a scomputo", sembrerebbe vincolare il privato a seguire una procedura ad evidenza pubblica soltanto nell'ipotesi ivi testualmente prevista.

Va specificato, inoltre, che la Corte di Giustizia⁴⁸ ha stabilito che l'esecuzione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" è soggetta ad appalto pubblico di lavori solo quando tali opere siano il corrispettivo di una controprestazione da parte della pubblica Amministrazione. In caso contrario, secondo la Corte, la fattispecie risulta estranea all'obbligo di appalto pubblico.

Nella prassi, gli strumenti di pianificazione urbanistica spesso prevedono che, a fronte di premialità, il privato debba eseguire opere d'interesse generale (come ad esempio, nel caso del Piano Strutturale del Comune di Castel San Giovanni, le cosiddette "Dotazioni Territoriali di II Livello"). Ci si domanda allora se tali premialità possano essere qualificate come una forma di pagamento o, più precisamente, un corrispettivo per l'esecuzione delle opere richieste al privato.

Uno spunto per trovare una soluzione viene offerto da due importanti pronunce della Corte Costituzionale⁴⁹, secondo cui ricade nella disciplina comunitaria in materia di procedure ad evidenza pubblica anche l'ipotesi in cui la pubblica Amministrazione riconosca al privato, in cambio della realizzazione delle opere, il diritto di gestirle. L'obbligo assunto dal lottizzante di eseguire l'opera in cambio del corrispondente diritto a scomputarne il costo fa sì che l'accordo sostanzialmente un contratto a titolo oneroso, con obbligazioni a carico di entrambi i contraenti. Al privato viene, quindi, riconosciuto un giusto ristoro, volto a compensare i costi sopportati per l'esecuzione delle opere. Tale "premio" si identifica nell'affidamento diretto della gestione del pubblico servizio che, altrimenti, sarebbe subordinata all'espletamento di una procedura di gara. La Corte soddisfa, così, l'obbligo di concorrenza, trasferendolo dalla gestione del servizio alla realizzazione degli interventi urbanizzativi e, conseguentemente, demandando al privato il compito di esperire l'appalto.

I principi appena enunciati sono stati fatti propri anche dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici che, nella determinazione n. 4/2008⁵⁰, ha cercato di chiarire quale regime debba essere applicato alla realizzazione delle opere pubbliche nell'ambito di accordi convenzionali stipulati per la disciplina dei piani di riqualificazione urbana (Legge 4 dicembre 1993 n. 493) e dei piani integrati di intervento (Legge 17 febbraio 1992 n. 179). Tali accordi vengono fatti rientrare nella più ampia categoria dei c.d. programmi complessi, i quali si caratterizzano per uno "scambio di prestazioni"⁵¹. Sempre a giudizio dell'Autorità, gli accordi non appena menzionati trovano forma nelle convenzioni urbanistiche ed, in particolare, nelle convenzioni di lottizzazione ex art. 28 L. n. 1150/1942, un tipico esempio di "Amministrazione negoziata".

L'Autorità riconosce che anche in tali convenzioni sussistono tutti gli elementi⁵², individuati dalla Corte di Giustizia, per far

⁴⁸ Si tratta della sentenza della Corte di Giustizia, Sez. VI, del 12 luglio 2001 nella procedura n. 399/98.

⁴⁹ Ci si riferisce, in particolare, alle sentenze della Corte Costituzionale, 28 marzo 2006, n. 129 e 13 luglio 2007, n. 269.

⁵⁰ Secondo taluna dottrina, l'Autorità tradisce lo spirito della legislazione urbanistica in quanto considera le modificazioni della destinazione urbanistica come controprestazioni sinallagmatiche, senza tener conto che le scelte effettuate dall'Amministrazione in sede di pianificazione urbanistica sono esercizio di un potere discrezionale della stessa.

⁵¹ Il soggetto privato cede aree oppure realizza opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio in cambio del sinallagmatico riconoscimento di diritti edificatori.

⁵² Secondo la pronuncia più volte richiamata: 1) il Comune deve rivestire la qualifica di Amministrazione aggiudicatrice; 2) le opere di

ricadere nella nozione di appalto pubblico di lavori la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo. Tale disciplina viene, così, estesa⁵³ a quelle forme di "urbanistica negoziata" che non contemplano il diritto del privato allo scomputo.

In sostanza, il criterio discriminante per applicare la procedura ad evidenza pubblica va ricercato nel requisito di onerosità⁵⁴ della prestazione. Essa sussiste, non solo quando venga richiesta una corresponsione in denaro, ma anche quando vi sia uno "scambio di prestazioni" nel quale, da una parte, il privato realizza opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio e, dall'altra, la pubblica Amministrazione riconosce, ad esempio, maggiori volumetrie rispetto a quelle garantite dallo strumento urbanistico generale o operativo. Poiché si tratta di prestazioni suscettibili di valutazione economica, il sinallagma determina l'esigenza di sottoporre al mercato la realizzazione dell'opera urbanistica che, poi, andrà trasferita alla p.a. Ovvero anche le ipotesi in cui non è previsto lo scomputo devono essere qualificate come contratti a titolo oneroso.

Un ulteriore passaggio della determinazione prevede che, nella diversa ipotesi in cui l'Amministrazione individui il soggetto con cui concludere la convenzione urbanistica attraverso un confronto concorrenziale tra vari operatori economici, l'aggiudicatario possa eseguire in proprio l'intervento. E', inoltre, necessario che la pubblica Amministrazione pubblicizzi adeguatamente l'iniziativa.

Secondo quanto previsto dall'Autorità, l'Amministrazione comunale può pagare le opere realizzate dal privato anche riconoscendo diritti edificatori. Parte della Dottrina ritiene che non si tratti di un trasferimento di diritti a titolo oneroso, perché l'attribuzione di un determinato indice di edificabilità dipende dalle caratteristiche oggettive del bene e dalle scelte di sviluppo urbanistico della zona.

In tal modo, l'indice di edificabilità riconosciuto non costituirebbe "un corrispettivo", ma un carattere connaturato alla vocazione edificatoria del terreno e alla funzione che l'ente pianificatore intende attribuire a quella parte del territorio.

Secondo altra teoria, le convenzioni urbanistiche, in cui il privato si obbliga a realizzare opere pubbliche non scomputabili a fronte di nuovi diritti edificatori, andrebbero escluse dall'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici. In tali ipotesi, il soggetto attuatore sarebbe esonerato dall'obbligo di esperire una procedura di gara in quanto, utilizzando fonti di finanziamento proprie, sarebbe naturalmente portato a ricercare sul mercato le imprese che gli garantiscano le condizioni economiche più favorevoli.

Altra Dottrina non condivide l'interpretazione estensiva di onerosità prospettata dall'Authority perché contraria sia all'orientamento della giurisprudenza comunitaria, che di quella interna. Entrambe riconducono tale concetto ad una controprestazione apprezzabile in termini monetari. Nel caso di specie, siamo in presenza dei cosiddetti contratti esclusi, disciplinati dall'art. 27 del "vecchio" Codice degli Appalti. Tale fattispecie contrattuale, che non comporta alcun onere economico per l'Amministrazione, deve comunque rispettare i principi comunitari di economicità e parità di trattamento, che impongono un obbligo di trasparenza.

L'istituto delle premialità edilizie, di recente applicazione, prevede che l'ente locale riconosca al privato un diritto edificatorio aggiuntivo rispetto a quello previsto in via ordinaria dagli strumenti urbanistici, in ragione del conseguimento di un obiettivo di rilievo pubblico (perequazione urbanistica). Si tratta, in particolare, di interventi volti a migliorare la qualità urbana, architettonica ed ambientale, a favorire l'efficienza energetica attraverso l'utilizzo di fonti rinnovabili, o alla conservazione di edifici sottoposti a vincolo nonché alla realizzazione di interventi di *social housing*.

Secondo parte della dottrina il trasferimento dei diritti premiali sarebbe caratterizzato dalla mancanza, non solo del requisito di corrispettività – come nell'ipotesi di cessione dei diritti edificatori –, ma anche di una controprestazione in favore dell'Amministrazione. L'assenza di questi due elementi propri del contratto di appalto pubblico avvicinerrebbe il fenomeno delle premialità allo schema delle sovvenzioni. L'operatore privato, in base all'art. 12 della L. 241/90, sarebbe soggetto solamente alla predeterminazione dei criteri di assegnazione delle premialità e alla loro pubblicità, ma non ad appaltare con gara gli interventi rispetto ai quali ha ricevuto un beneficio. La scelta di seguire procedure competitive, non necessariamente vincolate alle regole comunitarie, troverebbe applicazione solo ove l'erogazione di benefici economici debba riguardare, per motivi di bilancio, non un'indistinta categoria di soggetti, ma una cerchia limitata di beneficiari.

Va, infine, valutata l'ipotesi in cui il privato, nella convenzione urbanistica, si assuma l'obbligo di eseguire in proprio determinate opere, trasferendole alla pubblica Amministrazione senza ricevere a compenso alcun beneficio economico.

Anche in questo caso, occorre accertare se il lottizzante, in relazione alle opere aggiuntive, debba esperire - alla stregua di quanto previsto per le opere di urbanizzazione - una procedura di gara o possa realizzarle direttamente.

Una prima risposta si può trarre dai provvedimenti della Regione Veneto⁵⁵, di alcune amministrazioni comunali lombarde⁵⁶ e della Corte dei Conti del Piemonte⁵⁷. Tali enti, attraverso un'applicazione estensiva del principio fornito dall'Autorità, hanno

urbanizzazione primaria e secondaria costituiscono lavori edilizi o di genio civile riconducibili alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto; 3) nella convenzione urbanistica deve ricorrere l'elemento contrattuale fra l'Amministrazione ed il privato lottizzante; 4) tale contratto deve avere forma scritta; 5) nella convenzione urbanistica deve, inoltre, essere presente il carattere sinallagmatico, tale da rendere onerosa per il Comune la realizzazione delle opere di urbanizzazione. In altre parole, il privato attuatore "non effettua alcuna prestazione gratuita", ma estingue un debito di pari valore che sorge nei confronti dell'Amministrazione comunale.

⁵³ L'Autorità per la Vigilanza sostiene, infatti, che è la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 129/2006, a ritenere 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. Tuttavia significativa dottrina sostiene che la Corte Costituzionale non ha in alcun modo ritenuto sostanzialmente assimilabili le opere di urbanizzazione a scomputo con la c.d. urbanistica negoziata in genere. E' stata, invece, l'Autorità per la Vigilanza ad equiparare le opere di urbanizzazione a scomputo con le opere previste da convenzioni urbanistiche, allo scopo di accomunarle nell'applicazione della disciplina dei lavori pubblici.

⁵⁴ In giurisprudenza si veda Cons. St., Sez. V, 14 gennaio 2003, n. 86, I giudici di Palazzo Spada hanno dato atto nelle motivazioni che, in mancanza del requisito di onerosità relativamente agli oneri di progettazione assunti dall'attuatore, è esclusa la necessità di ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica.

⁵⁵ Deliberazione di Giunta Regione Veneto, 24 febbraio 2009, n. 436, "Allegato A: Indirizzi interpretativi per l'applicazione delle disposizioni in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti", nonché Deliberazione, 3 febbraio 2010, n. 202 "Allegato A: Ulteriori indirizzi interpretativi per l'applicazione delle disposizioni in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del

stabilito che, nella realizzazione delle opere di urbanizzazione, il privato e l'Amministrazione sono obbligati ad applicare il Codice degli Appalti Pubblici⁵⁸. Ciò per il solo fatto di essere entrambi vincolati da una convenzione urbanistica. Nonostante l'obbligo del privato non si ponga in una logica di scambio, poiché l'impegno sorge in forza della convenzione, ciò è sufficiente ad attrarre la fattispecie nell'alveo del contratto d'appalto di lavori pubblici.

Appare invece pacifico che la mera stipulazione della convenzione non determini l'automatico obbligo di applicare il Codice degli Appalti. Come è stato puntualizzato dalla giurisprudenza comunitaria, esso sorge solo quando il privato, con la realizzazione delle opere, estingua un debito corrispondente al contributo per gli oneri urbanizzazione, in favore dell'Amministrazione.

In applicazione di tale principio, altra dottrina ritiene che il privato possa eseguire direttamente le opere, proprio perché l'Amministrazione comunale non offre alcuna controprestazione. Secondo tale prospettazione, infatti, questa tipologia di convenzioni urbanistiche deve essere ricondotta al *genus* dei contratti a titolo gratuito, in quanto al soggetto attuatore non viene riconosciuto alcun diritto a contenuto patrimoniale.

Questa soluzione, apparentemente corretta, necessita, tuttavia, di alcune puntualizzazioni.

Per comprendere la natura della convenzione urbanistica e, conseguentemente, stabilire se si tratti di un negozio a titolo gratuito non bisogna limitarsi ad esaminare la singola obbligazione assunta dal privato. L'accordo va, invece, valutato nella sua interezza, tenendo conto, non solo degli *"interventi aggiuntivi"*, ma anche delle opere di urbanizzazione che il privato deve realizzare a fronte del rilascio del titolo abilitativo. Ne consegue che siamo in presenza di un contratto a titolo oneroso anche quando nella convenzione il privato assume obblighi a titolo gratuito. Ciò dipende dal rapporto sinallagmatico che ricorre tra l'esecuzione dei lavori pubblici da parte del lottizzante ed il titolo abilitativo rilasciato dall'Amministrazione.

Per verificare se vi sia la necessità di esperire una gara pubblica è, invece, essenziale valutare, caso per caso, se, in relazione all'opera trasferita a titolo gratuito, ricorra un effettivo scambio di prestazioni. Qualora le ulteriori opere eseguite comportino un'utilità per la p.a., senza che vi sia l'attribuzione di un corrispettivo vantaggio per il privato, non può trovare applicazione la nozione comunitaria di onerosità dell'appalto pubblico ed i conseguenti obblighi concorrenziali.

A fugare ogni dubbio, nel concetto di *"corrispettivo"* non può rientrare l'utilità che il soggetto attuatore ha comunque conseguito dalla realizzazione del nuovo assetto urbanistico del territorio. Infatti, il titolo abilitativo rilasciato dalla p.a. non rappresenta altro che il corollario di prerogative edificatorie derivanti dall'esercizio dello *ius aedificandi*, secondo quanto previsto dallo strumento di pianificazione attuativa. In forza di queste premesse⁵⁹, si ritiene che il titolare del permesso di costruire potrà eseguire direttamente gli ulteriori interventi urbanistici contrattualmente ottenuti dall'Amministrazione.

Un'ulteriore argomentazione a sostegno della tesi esposta si può trarre dal raffronto delle diverse esigenze e dei correlativi interessi che spingono l'Amministrazione a chiedere ed ottenere le opere integrative. In presenza di opere di urbanizzazione, ove sia riconosciuta al lottizzante la possibilità di scomputarne i costi per la realizzazione dal relativo contributo, il privato deve versare al Comune la differenza tra l'importo degli oneri (quantificato in base alle tabelle parametriche) ed il ribasso d'asta (ottenuto all'esito della gara per individuare l'esecutore degli interventi pubblici). In questa ipotesi con l'appalto pubblico si vuole evitare che il lottizzante, eseguendo direttamente le opere, le scomputi ad un valore superiore rispetto a quello di mercato, causando in tal modo un grave danno economico alla collettività.

Questa esigenza ed il correlativo interesse pubblico non ricorre in presenza di opere aggiuntive. Fonte dell'obbligo integrativo assunto dal privato è un patto contenuto nella convenzione urbanistica, frutto della contrattazione con l'Amministrazione, che è riuscita ad imporre al lottizzante un numero più elevato di interventi edilizi da destinare a scopi pubblici e sociali. L'interesse del Comune, in questo caso, è unicamente la realizzazione dell'opera in sé, senza che assumano rilevanza il valore di mercato o i costi sostenuti dal privato per la sua esecuzione. In definitiva, la collettività è disinteressata all'espletamento di una procedura competitiva, che non le garantirebbe alcun vantaggio.

È, infine, opportuno effettuare uno specifico richiamo alla fattispecie, presente in alcune legislazioni regionali⁶⁰, che ammette la realizzazione delle opere a scomputo degli standard urbanistici⁶¹. Si tratta del c.d. standard qualitativo⁶², ovvero dell'ipotesi in

Codice dei Contratti?

⁵⁶ Comune di Biassono (MB), Linee guida generali da adottare per la gestione di opere a scomputo assunte da soggetti privati titolari di permesso di costruire.

⁵⁷ Corte dei Conti, Sezione Regionale Piemonte, Parere n. 95/2009, Scomputo oneri di urbanizzazione.

⁵⁸ Degna di nota la diversa posizione tenuta dal Comune di Cascina (PI). Secondo l'Amministrazione Toscana, ove il privato, al di fuori di rapporti convenzionali, decida di realizzare a sue spese opere classificabili di urbanizzazione, al fine di dare maggiore funzionalità e servizi all'intervento edificatorio, va esclusa l'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto non si ravvisa alcuno "scambio di prestazioni" tra il Comune e la parte privata. Sul punto si vedano le Linee guida ed indirizzi interpretativi per l'applicazione delle disposizioni in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti.

⁵⁹ Tali premesse sono condivise anche dal Consiglio di Stato (14 gennaio 2003, n. 86) e dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti (circolare 18 dicembre 2001, n. 462), che, sulla base delle medesime argomentazioni, hanno escluso l'applicabilità dei principi enunciati dai giudici del Kirchberg ai rapporti convenzionali privi di utilità per una delle parti.

⁶⁰ Ci si riferisce all'art. 90, c. 3 della L.R. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12 secondo cui: "Qualora le attrezzature e le aree risultino idonee a supportare le funzioni previste, può essere proposta la realizzazione di nuove attrezzature indicate nel piano dei servizi di cui all'articolo 9, se vigente, ovvero la cessione di aree, anche esterne al perimetro del singolo programma, purché ne sia garantita la loro accessibilità e fruibilità". Si veda, inoltre, l'art. A-6, L.R. Emilia Romagna, 24 marzo 2000, n. 20.

⁶¹ Con questo termine si intendono i rapporti massimi tra gli spazi destinati ad insediamenti produttivi o residenziali e spazi destinati ad attività collettive, parcheggi, verde pubblico attrezzature scolastiche, ospedaliere e sanitarie. In altri termini, con standard urbanistici ci si riferisce ai m²/ab da destinare alle attrezzature necessarie per la vita associata. Per garantire alla popolazione una dotazione minima il D.M. 2 aprile 1968, n. 1444 stabilisce i limiti minimi inderogabili che devono essere osservati nella formazione degli strumenti urbanistici. Secondo la giurisprudenza la legislazione regionale può prevedere il superamento di tali parametri legali, previa motivazione, ma non la loro riduzione (v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 10 ottobre 2007, n. 5834; TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010, n. 869).

⁶² Sul punto si veda TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010, n. 869, secondo cui: 1) gli standard urbanistici si distinguono dalle opere di urbanizzazione primaria in quanto rispetto all'infrastrutturazione di base sono qualcosa di aggiuntivo, che può essere considerato necessario solo in una visione urbanistica di qualità; 2) il concetto di standard urbanistico non deve essere definito formalisticamente ma si estende a qualunque

cui, in luogo della cessione delle aree ed in alternativa alla monetizzazione⁶³, al titolare del permesso di costruire è concessa la facoltà di eseguire infrastrutture⁶⁴ e servizi di interesse generale in misura superiore alla dotazione minima richiesta dalla norma in relazione alle funzioni insediate o da insediare. Il valore economico di tale sovra-standard corrisponde a quello delle aree che il soggetto attuatore avrebbe dovuto cedere all'Amministrazione. L'intento del Legislatore regionale è quello di valorizzare l'attivazione di servizi concretamente fruibili dalla collettività in rapporto ad effettive esigenze del territorio, rendendo tale obiettivo prevalente e prioritario rispetto alla mera acquisizione da parte dell'ente comunale di aree libere rispondenti esclusivamente a parametri di tipo quantitativo. Allo stesso modo il lottizzante conserva una maggior e superficie fondiaria pronta ad essere edificata.

Sono tre le modalità attraverso le quali le attrezzature di interesse pubblico possono essere messe a disposizione del Comune.

La prima – c.d. standard privato - prevede che il lottizzante, a seguito di una convenzione o di un atto di accreditamento, mantenga la destinazione ad uso collettivo delle opere eseguite a titolo di standard qualitativo, conservando la proprietà delle stesse anche dopo la loro esecuzione, oltretutto dell'area oggetto di intervento.

Secondo parte della dottrina a tale ipotesi non si applicherebbe la disciplina sull'affidamento mediante gara prevista dall'art. 32, comma primo, lett. g), D.Lgs. n. 163 del 2006, in quanto l'opera non entra a far parte della sfera patrimoniale del Comune. Alla medesima conclusione perviene anche la giurisprudenza amministrativa⁶⁵ che esclude l'applicabilità del codice degli appalti in quanto tali opere non rientrano nella categoria dei lavori pubblici, né tra le opere di urbanizzazione secondaria a scomputo degli oneri afferenti una licenza di costruzione. Si tratterebbe, invece, di esercizio dello *jus aedificandi* da parte del proprietario nel rispetto della destinazione ad uso collettivo dell'intervento edilizio.

Come è stato giustamente evidenziato in dottrina, l'ipotesi in cui lo standard non venga ceduto ma semplicemente "convenzionato" suscita numerosi dubbi in quanto l'operazione non porta ad un incremento del patrimonio dell'ente comunale né offre certezze circa la durata del servizio offerto al pubblico. L'estinzione o il fallimento della società di gestione, a distanza di qualche tempo dalla stipula della convenzione lascerebbero, infatti, la cittadinanza nell'impossibilità di fruire delle infrastrutture.

Di parere contrario la giurisprudenza costituzionale⁶⁶ e altra parte della dottrina che ritengono applicabili a siffatta fattispecie le norme che disciplinano l'affidamento mediante gara.

Ulteriori ipotesi ricorrono nel caso in cui vengano cedute al Comune le attrezzature di interesse pubblico unitamente all'area sulla quale le stesse insistono, ovvero, pur rimanendo nella proprietà del privato, siano asservite in modo perpetuo all'uso pubblico. Si tratta di opere che entrano a far parte del patrimonio del Comune o che sono destinate alla fruizione pubblica, in adempimento di un onere imposto dalla legge a carico del costruttore. Per tale ragione vanno assimilate alle opere di urbanizzazione, con la conseguenza che vanno affidate attraverso una procedura di evidenza pubblica.

LA SITUAZIONE ATTUALE DOPO IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI (D.LGS. n. 50/2016):

La nuova disciplina non prevede un regolamento di attuazione. Il legislatore ha optato per il c.d. "decreto unico" che non necessita, teoricamente, di provvedimenti attuativi, poiché è autoapplicativo.

Il Regolamento 207/2010 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*), verrà progressivamente abrogato. Al suo posto, saranno adottate linee guida ANAC e decreti ministeriali - una quarantina - il cardine principale della cosiddetta "soft law" che definiranno la disciplina di dettaglio di molti e rilevanti istituti del codice (tra i quali, ad esempio: la qualificazione delle imprese e delle stazioni appaltanti, il sistema di *rating* reputazionale, gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, la gestione dell'Albo dei commissari, ecc.).

Gli atti attuativi non saranno emanati immediatamente.

Per tale ragione, il nuovo Codice, prevede un periodo transitorio piuttosto articolato, al fine di assicurare un miglior passaggio tra le vecchie e le nuove regole.

In particolare, è prevista l'ultra-vigenza di ampie parti del Regolamento 207/2010, fino a quando non vedranno la luce i provvedimenti di attuazione sostitutivi.

servizio di interesse pubblico e generale, sia esso gestito dall'Amministrazione o dai privati; 3) per alcuni standard urbanistici sono fissate dalla legge regionale le misure minime, tuttavia, ogni Comune; 4) nel dimensionamento degli standard urbanistici si devono considerare anche eventuali flussi di utenza aggiuntivi rispetto a quelli della popolazione residente; 5) qualora i servizi siano svolti dai privati l'Amministrazione deve assicurarne la destinazione pubblica attraverso convenzioni; 6) qualora le previsioni di standard urbanistici si traduca nell'imposizione di vincoli espropriativi è necessaria una valutazione economica relativa alla sostenibilità della spesa per gli indennizzi; 7) in alternativa (o anche congiuntamente) agli indennizzi può essere utilizzata la perequazione urbanistica nella forma dell'attribuzione di cubatura su altri terreni.

⁶³ La monetizzazione sostitutiva della cessione degli standard afferisce al reperimento delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria all'interno della specifica zona di intervento. Essa è ammessa soltanto nel caso in cui il Comune dimostri specificamente che tale soluzione sia la più funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico. Sul tema si veda la sentenza del TAR Veneto, Venezia, Sez. II, 25 ottobre 2012, n. 1293, secondo cui all'interno di un piano di lottizzazione, in considerazione del livello di urbanizzazione presente nelle aree interessate, è da reputarsi illegittima la previsione convenzionale che escluda la possibilità per il lottizzante, ai fini del rilascio dei titoli edilizi, di scomputare gli importi già corrisposti per la monetizzazione delle aree a standard; salva l'ipotesi di imporne comunque l'integrazione a conguaglio degli eventuali maggiori costi sostenuti per la realizzazione delle opere di urbanizzazione rispetto a quelli preventivati al momento della stipula della convenzione.

⁶⁴ Tali opere pubbliche possono essere realizzate anche al di fuori del perimetro dell'ambito di intervento, purché siano previste nel piano dei servizi.

⁶⁵ TAR Puglia, Bari, Sez. I, 30 gennaio 2009, n. 157.

⁶⁶ Corte Cost., 13 luglio 2007, n. 269.

L'applicazione del nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. n. 50/2016 alla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo è disposta principalmente dall'art. 1, comma 2, il quale alla lettera e) prevede:

Art. 1 (Oggetto e ambito di applicazione), comma 2:

2. Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti:

.....
 e) *lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di 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 decreto del Presidente della Repubblica 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 le esecuzioni 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'affidamento di tali tipologie di opere è contemplato dall'art. 36, commi 3 e 4, del D.Lgs. 50/2016, il quale ha apportato limitate ma significative modifiche al regime precedente, ponendo di fatto maggiori vincoli per queste tipologie di affidamento, sempre e comunque da sottoporre alle procedure ordinarie aperte o ristrette anche se di importo inferiore alla soglia (art. 36, comma 3), fatta eccezione per la confermata applicazione dell'esecuzione diretta per le opere di urbanizzazione primaria "funzionali" ai sensi del D.P.R. 380/2001 (art. 36, comma 4).

Art. 36 (Contratti sotto soglia), commi 1, 3 e 4:

1. *L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.*

.....
 3. *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 di importo inferiore alla soglia comunitaria, si fa ricorso alla procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara.*

4. *Nel caso di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.*

Resta inoltre pienamente vigente l'articolo 16, comma 2-bis, del D.P.R. n. 380/2001 (Testo Unico dell'Edilizia), comma introdotto dall'art. 45, comma 1, della legge n. 214 del 2011:

Art. 16 (Contributo per il rilascio del permesso di costruire):

.....
 2-bis. *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, 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.*

La realizzazione di opere a scomputo è pertanto ora assoggettata, in sintesi, al seguente regime:

- **opere di urbanizzazione primaria:**

- **se di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria**, continua ad essere ammessa l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso di costruire senza assoggettamento ad alcuna delle procedure ad evidenza pubblica previste dal D. Leg.vo 50/2016, **ove si tratti di opere "funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio"** ai sensi dell'art. 16, comma 2-bis, del D.P.R. 380/2001, esplicitamente richiamato dal comma 4 dell'art. 36 del D. Lgs. n. 50/2006;
- **se di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria nonché in caso di opere "non funzionali", seppure di importo inferiore alla soglia**, occorre invece applicare le ordinarie procedure aperte o ristrette con pubblicazione di avviso o bando di gara previste dal D. Lgs. n. 50/2016;

- **opere di urbanizzazione secondaria:**

- occorre in ogni caso fare riferimento alle ordinarie procedure aperte o ristrette previa pubblicazione di un bando o avviso di gara, sia se di importo inferiore che di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Questo dunque è il quadro normativo attuale all'interno del quale muoversi.

In sintesi tale quadro determina la situazione seguente:

Tipologia di opere private	Sotto soglia e funzionali	Sotto soglia e non funzionali	Sopra soglia
Opere di urbanizzazione primaria	Esecuzione diretta da parte del privato titolare del permesso di costruire. (art. 16, c. 2-bis, D.P.R. n. 380/2001) Disapplicazione del Codice	Procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara (procedure aperte o ristrette) (artt. 60 e 61)	
Opere di urbanizzazione secondaria	Procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara (procedure aperte o ristrette) (artt. 60 e 61)		

Da una interpretazione letterale della norma - a nostro giudizio dello stato dei fatti, ed in assenza di ulteriori chiarimenti ufficiali da parte dell'ANAC, l'unica possibile - sembrerebbe pertanto che con riferimento a tale tipologia di lavori debbano considerarsi

derogate le ordinarie procedure di scelta del contraente ammissibili ai sensi del D. Lgs. n. 50/2016, il quale ammette di norma il ricorso all'affidamento diretto per i lavori di importo inferiore a 40.000 Euro, e la procedura negoziata per importi inferiori ad 1.000.000 € (con invito da estendere ad almeno 5 operatori per importi inferiori a 150.000 € e ad almeno 10 operatori per importi pari o superiori a 150.000 € ed inferiori ad 1.000.000 €).

Tale impostazione emerge da un'attenta lettura delle norme, ed in particolare:

- a) dell'art. 1, comma 2, lettera e), del D. Lgs.n. 50/2016 il quale con riferimento a queste tipologie di lavori dispone espressamente che *"l'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61"*, i quali a loro volta disciplinano le procedure aperte e le procedure ristrette;
- b) dell'art. 36, comma 3, il quale dispone espressamente 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 di importo inferiore alla soglia comunitaria, si fa ricorso alla procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara"*.

Quanto sopra fa dunque propendere per la necessità di applicare sempre e comunque le ordinarie procedure aperte o ristrette con pubblicazione di avviso o bando di gara in caso di realizzazione di opere a scomputo di qualsiasi importo, fatto salvo il caso delle urbanizzazioni primarie sotto soglia e *"funzionali"*, per le quali, si ribadisce, resta fermo il disposto dell'art. 16, comma 2-bis, del D.P.R. 380/2001, che ne consente l'esecuzione diretta da parte del privato titolare del permesso di costruire.

Quella sopra descritta è probabilmente una impostazione eccessivamente restrittiva, poiché se da un lato vi è l'interesse del costruttore alla realizzazione diretta delle opere a scomputo sia per il probabile risparmio sui costi sia per la possibilità di controllare direttamente i tempi di esecuzione delle opere, in modo che al momento dell'ultimazione dei lavori gli edifici privati siano dotati delle urbanizzazioni necessarie alla loro effettiva fruibilità esplicitando il pieno il proprio valore di mercato, dall'altro è evidente anche l'interesse dell'amministrazione all'esecuzione diretta da parte del costruttore.

È infatti più che plausibile in questi casi il contenimento dei costi di realizzazione delle opere di urbanizzazione, posto che - essendo in prevalenza imprenditori edili i proprietari di lotti da urbanizzare - la realizzazione diretta da parte degli stessi eliminerebbe la componente di profitto che l'impresa individuata attraverso il confronto pubblico inserirebbe inevitabilmente inserire nell'offerta. Questo ovviamente senza nulla togliere alla necessità di rispettare i principi generali alla base del Codice, che potrebbero essere pienamente soddisfatti anche dall'utilizzo delle procedure negoziate.

È auspicabile un chiarimento ufficiale in proposito.

E' poi opportuno evidenziare quanto disposto all'art. 20 in tema di opere pubbliche realizzate a spese del privato che possono, ad esempio, essere individuate nelle opere cd. *"extrastandard"* previste dalla convenzione urbanistica e poste a carico del privato in base non alla normativa statale o regionale, ma ad un accordo negoziale con l'ente locale. Nel quadro dei nostri strumenti urbanistici, ovvero in particolare il PSC ed il POC, ed il PUA che ne deriva in fase attuativa, tali opere sono perfettamente riconducibili alle c.d. *"Dotazioni territoriali di II Livello"*.

La disposizione riguarda tutti gli strumenti urbanistici, ma di fatto quelli di livello attuativo e subordina l'esclusione dal regime pubblicitario di queste opere ad una serie di adempimenti posti in capo alla pubblica Amministrazione anteriormente alla stipula della convenzione urbanistica che porta quindi alla precisa individuazione delle opere da realizzare (anche se è richiesto un progetto di fattibilità, cronoprogramma).

Art. 20 - Opera pubblica realizzata a spese del privato:

1. Il presente codice non si applica al caso in cui un'Amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto dell'articolo 80.

2. L'Amministrazione, prima della stipula della convenzione, valuta che il progetto di fattibilità delle opere da eseguire con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate e lo schema dei relativi contratti di appalto presentati dalla controparte siano rispondenti alla realizzazione delle opere pubbliche di cui al comma 1.

3. La convenzione disciplina anche le conseguenze in caso di inadempimento comprese anche eventuali penali e poteri sostitutivi.

Tali incombenze poste a carico dell'Amministrazione comunale sono tutte esperite in sede di approvazione del progetto di Piano Urbanistico Attuativo.

La nuova disciplina *"ordinaria"* e generale sul tema delle opere a scomputo è dettata dunque dall'articolo 1, comma 2, lettera e) e riguarda tutte le opere di urbanizzazione, senza distinzione tra opere primarie e secondarie e neppure se di importo minore o maggiore della soglia comunitaria.

Per le opere a scomputo sopra soglia, l'art. 1, comma 2, lett. e) del Codice riproduce in larga parte i contenuti dell'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006 e disciplina il regime di realizzazione delle opere a scomputo di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (art. 35, attualmente pari a 5.225.000 €), alle quali continuano a trovare applicazione le procedure ordinarie di gara.

Per le opere di urbanizzazione a scomputo sopra soglia la disciplina è dunque sostanzialmente identica alla precedente (di cui art. 32, comma 1, lett. g) che viene oggi inserita nell'articolo 1, comma 2, lettera e).

Il comma 3 dell'art. 1 specifica che:

- ai soggetti che realizzano opere di urbanizzazione a scomputo non si applicano le norme in tema di programmazione dei lavori pubblici (art. 21), di avvisi di preinformazione (art. 70) e di incentivi per funzioni tecniche (art. 113);
- in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo.

La *"regola generale"* dunque prevede che i soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di altro titolo abilitativo, possano assumere in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo.

La P.A. che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere (non è un obbligo) che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'Amministrazione stessa, un progetto di fattibilità tecnica ed economica (ex progetto preliminare) delle opere da eseguire. L'Amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità indice una gara con procedura aperta (art. 60) o ristretta (art. 61).

Viene eliminata, rispetto al D.Lgs. n. 163/2006, la possibilità di esperire una procedura negoziata invitando almeno 5 imprese⁶⁷. L'articolo 36, comma 3, definisce poi una prima distinzione, facendo riferimento alle opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria, senza tuttavia ancora distinguere tra primarie e secondarie.

Per tali fattispecie viene stabilito che occorre fare ricorso alla procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara.

Il comma 4 dello stesso articolo 36 infine, effettua una successiva e più delimitata distinzione, facendo riferimento alle opere di urbanizzazione che abbiano le seguenti caratteristiche (tutte ed ognuna):

1. siano qualificabili quali opere di urbanizzazione primaria;
2. siano di importo inferiore alla soglia comunitaria;
3. siano funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio.

Per la realizzazione quindi delle opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, qualora siano funzionali alla realizzazione dell'intervento, non si applica il Codice e possono essere realizzate direttamente dal proponente, come previsto dall'art. 16, comma 2-bis del Testo unico per l'edilizia (D.P.R. n. 380/2001).

E' necessario, infine, il coordinamento con il già citato art. 20 del nuovo Codice secondo cui il D.Lgs 50/2016 non si applica al caso in cui una P.A. stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegna alla realizzazione, a sua totale cura e spesa, e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici.

La P.A., prima della stipula della convenzione, deve valutare il progetto di fattibilità delle opere.

Appare evidente che tra le opere ricomprese nella disciplina dell'art. 20 rientrano anche quelle da realizzarsi da parte del privato in aggiunta a quanto previsto per lo scomputo oneri, cioè il cosiddetto «*standard quantitativo*».

Fino ad oggi invece tali opere, sebbene aggiuntive, non erano considerate gratuite, in quanto comunque considerate come corrispettivo per l'attuazione dell'intervento urbanistico come proposto.

E' stata modificata la disciplina sulle opere di urbanizzazione secondarie sotto soglia, per le quali si prevede la necessità di svolgere una procedura di gara ordinaria in luogo di quella negoziata con 5 soggetti prevista in precedenza (per le opere di urbanizzazione a scomputo sopra soglia la disciplina è sostanzialmente identica alla precedente (di cui art. 32, comma 1, lett. g) che viene inserita nell'articolo 1, comma 2, lettera e).

Si segnala infine che a norma del comma 7, dell'art. 36, tuttavia, «*L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9*»⁶⁸.

Livello di progettazione a base di gara:

Il già menzionato art. 1, comma 2, lettera e), del D. Lgs. n. 50/2016 dispone anche - analogamente a quanto prima previsto dal D. Lgs. n. 163/2006 - che l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che l'avente diritto a richiedere il titolo presenti 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. Oggetto del contratto - previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta - sono in questi casi la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori, in deroga alla regola generale disposta dal D. Lgs. n. 50/2016 che prevede di mettere in gara sempre il progetto esecutivo. 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.

Nell'ambito del quadro delineato dal D. Lgs. n. 50/2016 possono sorgere dubbi anche relativamente alle opere non realizzate a scomputo nell'ambito della richiesta del permesso di costruire, ma eseguite in base a convenzioni di lottizzazione o urbanistiche. Da un lato infatti l'art. 1, comma 2, lettera e), del D. Lgs. n. 50/2016 ricomprende esplicitamente tali fattispecie tra quelle soggette all'applicazione del Codice stesso («*lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di 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 (...) ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione*»).

Viceversa però, l'art. 20, comma 1, del medesimo D. Lgs. n. 50/2016 sottrae all'ambito di applicazione del Codice l'ipotesi di opera pubblica o di lotto o parte di essa realizzata a cura e spese di un privato: «*Il presente codice non si applica al caso in cui un'amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua totale cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un'opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell'opera prevista nell'ambito di strumenti o programmi urbanistici*». Resta fermo in questo caso unicamente il rispetto dell'art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016 sui requisiti generali di partecipazione.

Come anche fatto rilevare dal Consiglio di Stato nell'ambito del parere formulato preventivamente all'approvazione del Codice, la norma in questione si appalesa molto generica e non chiarisce la finalità e le modalità attuative della stessa. Questa fattispecie sembra pertanto doversi applicare unicamente nei casi in cui non sia prevista alcuna controprestazione da parte dell'amministrazione a fronte della realizzazione da parte del privato delle opere di urbanizzazione, sia tale controprestazione adempiuta sotto forma di «*scomputo*» dagli oneri di urbanizzazione che sotto altra forma. Si tratterebbe in pratica dei casi in cui la realizzazione delle opere da parte del privato sia caratterizzata dalla totale gratuità, senza alcun tipo di remunerazione diretta o indiretta. Tale fattispecie appare peraltro poco realistica o comunque confinata a casi molto particolari in concreto difficilmente realizzabili, dunque si potrebbe sostenere che possa continuare a ritenersi pienamente applicabile l'equiparazione delle opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione previsti dal permesso di costruire e di quelle realizzate dal privato in base a convenzioni, con applicabilità a queste ultime delle stesse regole sopra descritte.

⁶⁷ Sono infatti richiamate solo le procedure di cui agli articoli 60 (Procedura aperta) e 61 (Procedura ristretta) e non anche quella di cui all'articolo 63 (Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara).

⁶⁸ 9. *Fino all'adozione delle linee guida previste dall'articolo 36, comma 7, l'individuazione degli operatori economici avviene tramite indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante mediante avviso pubblicato sul proprio profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi richiesti ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il presente codice.*

Determinazione del valore delle opere:

È ovvio che nella materia in esame sia essenziale attribuire una valutazione oggettiva alle opere, perché il valore delle stesse determina il superamento o meno della "soglia", e conseguentemente la procedura da adottare. Sul punto l'ANAC, con la Determinazione 16/07/2009, n. 7, ha ritenuto che:

- a) il valore delle opere su cui commisurare l'importo degli oneri da scomputare è costituito dal quadro economico del progetto presentato dal privato ed approvato dall'amministrazione;
- b) ai fini dell'individuazione della soglia, l'importo di stima che deve essere considerato è rappresentato dal valore globale dei differenti lavori, sommando i valori dei diversi lotti, qualora le opere da realizzare siano suddivise in lotti.

Devono in pratica essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria - anche se appartenenti a diversi lotti - la cui esecuzione è in capo al singolo titolare del permesso di costruire. Rimane comunque possibile, ove esigenze temporali o tecniche lo richiedano, l'effettuazione di distinte gare d'appalto, fermo restando che la normativa di riferimento è individuata in base all'importo complessivo delle opere da appaltarsi.

Sono in ogni caso applicabili le norme sul calcolo del valore del contratto contenute nell'art. 35 del D. Lgs. n. 50/2016.

La menzionata Determinazione 16/07/2009, n. 7 si è posta poi il problema di stabilire se degli eventuali risparmi di spesa - ad esempio per ribasso del prezzo a base d'asta ottenuto in sede di gara - debba beneficiare il privato titolare del permesso di costruire che ha assunto l'obbligo di realizzare l'opera a scomputo, ovvero l'amministrazione locale. Con considerazioni che si ritengono tutt'ora valide, l'Autorità ha ritenuto che gli eventuali ribassi debbano rimanere nella disponibilità del privato, così come eventuali costi aggiuntivi sono a carico dello stesso secondo una logica di rischio imprenditoriale.

In altri termini - e fatte salve pattuizioni diverse in sede di convenzione - il costruttore adempie al proprio obbligo con la realizzazione dell'opera a regola d'arte ed il suo trasferimento all'amministrazione. Di conseguenza ogni variazione in aumento o in diminuzione dei costi dell'esecuzione rispetto a quanto stimato ex ante ai fini dello scomputo degli oneri è irrilevante per l'amministrazione.

Da ultimo si richiama quanto contenuto nella DTO 23-2015 "Possibilità di scomputo della quota di contributo di costruzione afferente al costo di costruzione", alla cui lettura si rimanda.

A tale proposito si richiama quanto stabilito dall'art. 32. Comma 1, lettera h), della Legge Regionale Emilia Romagna n. 15, del 30.07.2013 "Semplificazione della disciplina edilizia" (che riprende l'art. 17, c. 3, lett. c, del Testo Unico dell'Edilizia):

Art. 32 - Riduzione ed esonero dal contributo di costruzione

1. Il contributo di costruzione non è dovuto:

-
- h) per gli impianti, le attrezzature, le opere pubbliche o di interesse generale realizzate dagli enti istituzionalmente competenti e dalle organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), nonché per le opere di urbanizzazione, eseguite anche da privati, in attuazione di strumenti urbanistici, e i parcheggi pertinenziali nella quota obbligatoria richiesta dalla legge.....

A norma dell'art. 29, c. 1 della stessa Legge Regionale (che riprende l'articolo 16, c. 1, del T.U.E.), il contributo di costruzione è commisurato all'incidenza, non solo degli oneri di urbanizzazione, ma anche al costo di costruzione.

La formulazione letterale di tali norme, statale e regionale, fanno riferimento all'esonero dal versamento dell'intero contributo di costruzione e non solo della sua parte afferente agli oneri di urbanizzazione.

Tale statuizione tuttavia viene contraddetta dall'articolo A-26, comma 4-bis, dell'Allegato alla Legge Regionale n. 20, del 24.03.2000 "Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio", laddove viene stabilito testualmente:

- 4 bis. La realizzazione delle dotazioni territoriali di cui agli articoli A-23 e A-24, eseguita dai soggetti attuatori degli interventi, in attuazione di quanto disposto dal comma 2, lettera b), e dal comma 4 o in caso di interventi diretti, comporta lo scomputo dei contributi concessori dovuti ai sensi dell'articolo 28 della legge regionale n. 31 del 2002 secondo quanto disposto dal RUE e l'acquisizione delle stesse al patrimonio indisponibile del Comune.

Il riferimento all'articolo 28 della vecchia legge regionale edilizia è relativo ai soli oneri e non anche al costo di costruzione.

Castel San Giovanni, martedì 16 agosto 2016



Firmato digitalmente da
SILVANO GALLERATI
Responsabile del Settore Sviluppo Urbano



Aruba PEC



69

⁶⁹ Questo documento è sottoscritto sul file originale (in formato .p7m) con firma digitale. Il documento originale, in formato elettronico, è conservato presso l'archivio informatico del Settore IV – Sviluppo Urbano – Sportello Unico dell'Edilizia del Comune di Castel San Giovanni. Ogni duplicazione del documento originale, anch'essa sottoscritta con firma digitale, costituisce originale. SI ATTESTA che, ai sensi dell'art. 23 del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. n. 235/2010), la presente copia su supporto analogico dell'originale in formato elettronico, ha la stessa efficacia probatoria dell'originale in tutte le sue componenti.

Bibliografia:

- Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome - Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale: *“Strumenti a supporto delle amministrazioni comunali per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri”*, approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 7 novembre 2013;
- Associazione Nazionale Costruttori Edili: codice appalti 3 marzo 2016 - approvato dal Consiglio dei Ministri - contenuti, profili positivi e criticità;
- Alma Mater Studiorum – Università di Bologna: Le opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri – Tesi Magistrale di Valentina Gastaldo;
- Il Sole 24 Ore – Dossier N. 2 - 2008 - Repertorio di Urbanistica ed Edilizia: Opere di urbanizzazione a scomputo oneri;
- Gazzetta Amministrativa n. 1-2012: Brevi note sull'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia dopo il decreto “salva Italia” dell'Avv. Carmine Medici;
- Le opere di urbanizzazione a scomputo nel terzo correttivo (D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152). Prime indicazioni operative – Mestre 31.03.2009. Di Travaglini Roberto (Confindustria Vicenza);
- ANCE Lombardia - Il nuovo Codice dei Contratti Pubblici: Introduzione alle principali novità e alcune prime valutazioni – 25.05.2016;
- Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi - di Andrea Maltoni e Stefano Di Lena - convegno su “Politiche urbanistiche e gestione del territorio tra esigenze del mercato e coesione sociale” - Pescara il 18-19 giugno 2014;
- Le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto di Valentina Gastaldo (Rivista giuridica dell'edilizia 1/2010);
- Il nuovo codice dei contratti pubblici Le principali novità per il settore dei lavori - Avv. Michela Mancini della Direzione Legislazione Opere Pubbliche – ANCE (Matera 26.04.2016);
- La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri. Con le novità introdotte dal D.L. n. 201/2011, convertito dalla L. 241/2011 (Decreto Monti), di Paolo Intorbida;
- La realizzazione delle opere di urbanizzazione nel D.Leg.vo 20/2016 – Dino De Paolis – Bollettino di Legislazione Tecnica n. 7-8/2016.