



Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

DOCUMENTO BASE

Problematiche applicative delle disposizioni in materia di opere a scapito degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti.

Premessa

Sono pervenuti all'Autorità numerosi quesiti interpretativi in merito alle problematiche applicative della nuova disciplina delle opere a scapito degli oneri di urbanizzazione introdotta nel Codice dei Contratti dal Dlgs. 152/2008 (*cd. terzo decreto correttivo*).

In linea generale, il terzo decreto correttivo introduce, infatti, due novità fondamentali:

- a) non c'è più alcuna distinzione tra opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria, unificate sotto la medesima disciplina;
- b) tutte le opere, a prescindere dal loro importo (*inferiore, pari o superiore alla soglia comunitaria*), sono ricondotte nella disciplina del Codice dei contratti e differenziate, in base all'importo, esclusivamente sotto il profilo della procedura applicabile.

Stante la complessità del tema, l'Autorità ha deliberato di effettuare un'audizione con gli operatori del mercato e le amministrazioni coinvolte, al fine di adottare un atto a carattere generale contenente indicazioni operative relativamente alla disciplina delle opere a scapito degli oneri di urbanizzazione.

Le opere di urbanizzazione di importo pari o superiore alla soglia comunitaria

La materia delle opere a scapito degli oneri di urbanizzazione è stata negli ultimi anni ripetutamente oggetto di intervento da parte del legislatore nazionale, dalla legge Merloni-*quater* al Codice dei Contratti (*questo ultimo con tre discipline diverse*); ciò a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia che ha affermato con la nota sentenza 12 luglio 2001 C 399/1998 il principio per cui un'opera di urbanizzazione, secondo le condizioni e le modalità previste dalla normativa italiana in materia di urbanistica, costituisce un appalto pubblico di lavori, con la conseguenza che, qualora l'importo stimato di tale opera eguali o superi la soglia comunitaria, esso deve sottostare alla disciplina concorrenziale imposta dalla direttiva di settore.

A seguito di tale pronuncia, il legislatore italiano modificò dapprima l'art. 2, comma 5, della legge. n. 109/94, introducendo l'obbligo, per i privati che si fossero impegnati a realizzare opere a scomputo, di affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla direttiva 93/37/CEE. La nuova norma limitava l'obbligo di gara alle opere di urbanizzazione di valore superiore alla soglia comunitaria senza escludere che, nel rispetto delle garanzie della concorrenza e trasparenza, il privato costruttore svolgesse le funzioni di stazione appaltante, in luogo della amministrazione.

Anche l'art. 16 del D.P.R. n. 380/2001 fu adeguato, con l'inserimento dell'inciso, tuttora vigente, che subordina la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione da parte del costruttore al "*rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*", riferimento che ormai deve intendersi al D.Lgs. n. 163/2006. Con l'approvazione del codice dei contratti il quadro normativo si è evoluto nella direzione di un più esteso assoggettamento delle opere a scomputo alle procedure di evidenza pubblica.

E' anche utile ricordare che la Corte Costituzionale con sentenza 28 marzo 2006, n. 129 e con sentenza 13 luglio 2007, n. 269 ha affermato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali che non prevedono l'obbligo di affidamento mediante procedure di evidenza pubblica, di tutti i lavori infrastrutturali di interesse generale, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Pure l'Autorità con la determinazione n. 4 del 2008 ha esteso la portata dell'articolo 32, comma 2, lettera g), del Codice dei contratti anche a tutti i piani urbanistici e agli accordi convenzionali, comunque denominati, stipulati tra privati e amministrazioni (*cosiddetti "accordi complessi", compresi gli accordi di programma*) che prevedano l'esecuzione di opere destinate a confluire nel patrimonio pubblico, con la sola eccezione di "accordi complessi" stipulati in seguito a procedura di evidenza pubblica originaria per la scelta del privato sottoscrittore dell'accordo, nel qual caso non è richiesta una gara di "secondo livello" per la scelta dell'esecutore delle opere.

Prima di entrare nel merito delle innovazioni introdotte dal D.lgs. n. 152/2008 è opportuno riferirsi alla disciplina urbanistica relativa alle opere di urbanizzazione. L'obbligo di pagare gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria in caso di esecuzione di opere edilizie di una certa tipologia è sorto con l'entrata in vigore della legge 6 agosto 1967 numero 765 (*articolo 8*), al quale si è aggiunto quello inerente il contributo commisurato al costo di costruzione con l'articolo 6 della legge 28 gennaio 1977, numero 10 (*la cosiddetta legge Bucalossi*). Queste disposizioni sono state tutte trasfuse nell'articolo 16 del Testo unico sull'edilizia emanato con il DPR 6 giugno 2001, n. 380 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia*) Il rilascio del permesso di costruire da parte di una amministrazione comunale comporta pertanto per il privato "*la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione*" (*art. 16, comma 1, del DPR n. 380/2001*).

Come sostenuto dalla giurisprudenza, gli oneri di urbanizzazione sono dovuti "*in ragione dell'obbligo del privato di partecipare ai costi delle opere di trasformazione del territorio*" (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 159). Gli oneri di urbanizzazione si riferiscono

quindi alle opere indispensabili per urbanizzare l'area interessata all'intervento edilizio, da realizzarsi da parte dell'amministrazione comunale.

Ai sensi dell'art. 16 commi 7 e 7-bis del DPR n. 380/2001 gli oneri di urbanizzazione primaria sono relativi ai seguenti interventi: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato nonché, salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni, cavedi multiservizi e cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni. Secondo il comma 8 del medesimo articolo, gli oneri di urbanizzazione secondaria, invece, sono relativi ai seguenti interventi: asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e 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.

Il legislatore italiano ha previsto la possibilità di scomputare la quota del contributo relativa agli oneri di urbanizzazione, nel caso in cui il titolare del permesso di costruire o attuatore del piano (cfr. art. 28 della legge n. 1150/42) si obblighi a realizzarle direttamente, ferma restando la facoltà del comune di accettare o respingere la proposta dell'operatore privato di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione: *"A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune"* (Art. 16 comma 2 del Testo Unico dell'edilizia).

Secondo il Consiglio di Stato, sezione V, decisione 716 del 27 giugno 1994, *"se il privato costruttore abbia eseguito direttamente opere di urbanizzazione o sia obbligato a farle, nella zona oggetto dall'intervento edilizio autorizzato, anche se non abbia concordato le relative modalità e garanzie con il Comune, ha diritto a che l'amministrazione valuti l'effettiva entità e concreta utilizzazione delle opere già realizzate o da realizzare, al fine di scomputare il costo dalla somma dovuta a titolo di contributo per oneri di urbanizzazione"*. *«Il diritto del titolare della concessione edilizia di realizzare in tutto o in parte le opere di urbanizzazione, sia primarie che secondarie, a scomputo dei relativi oneri, non implica una pretesa indiscriminata allo scomputo del valore di qualsiasi opera di urbanizzazione volontariamente eseguita dallo stesso al di fuori di un preventivo accordo con il comune, ma esclude che il medesimo comune possa - senza adeguata motivazione e con obiettivo indebito arricchimento - porre a servizio della collettività e dello stesso concessionario opere da quest'ultimo eseguite, senza che il relativo valore venga scomputato dalla prestazione patrimoniale imposta, di tipo causale - ovvero, finalizzata appunto alla predisposizione di infrastrutture - corrispondente agli oneri di urbanizzazione»* (tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 716/2003; sent. n. 1209/1999).

Tra l'operatore privato e l'amministrazione viene stipulata una convenzione che accede al permesso di costruire nella quale vengono regolate le opere da realizzare, i tempi, le

modalità della loro esecuzione, la loro valutazione economica e le garanzie dell'adempimento, imprimendo così una connotazione negoziale al rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato. Lo stesso art. 16 sopra citato stabilisce che le opere così realizzate sono acquisite al patrimonio indisponibile del comune. La *ratio* dell'istituto va individuata nella possibilità offerta all'amministrazione locale di dotarsi di opere di urbanizzazione senza assumere direttamente i rischi economici legati alla loro realizzazione, riducendo i tempi rispetto all'ordinario procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento dell'opera.

Secondo la normativa urbanistica, peraltro, la realizzazione delle opere di urbanizzazione condiziona il rilascio del permesso di costruire. L'articolo 31 della legge 1150/42 (*ora art. 12 del Testo Unico dell'Edilizia*) stabilisce infatti che il rilascio della concessione edilizia è, comunque, e in ogni caso subordinato all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione, da parte dei Comuni, dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio o all'impegno dei privati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alle costruzioni oggetto della concessione.

Quindi, emerge dalla normativa urbanistica, che il privato attuatore del piano e/o titolare del permesso di costruire è debitore in via facoltativa del versamento degli oneri di urbanizzazione, oppure dell'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione. L'amministrazione ha quindi, in linea generale, due possibilità: acquisire il contributo dal privato e quindi appaltare le opere con le ordinarie procedure previste dal Codice o accettare la richiesta del privato qualora questo intenda obbligarsi ad eseguire le opere stesse.

Ciò premesso, l'attuale versione dell'art. 32, comma 1, lett. g) dispone l'applicazione dei Titoli I, IV e V del Codice, con riguardo alle opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, ai *“lavori pubblici da realizzarsi da parte dei 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 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. 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. 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 definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza”*.

Secondo una opzione interpretativa, fino ad ora prevalente sia in dottrina che in alcune prime delibere assunte da enti locali o Regioni, la disciplina sopra riportata, per le opere a scomputo sopra soglia, prevede sia l'ipotesi della gara indetta dal privato per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, sia l'ipotesi di trasferimento in capo alla amministrazione del ruolo di stazione appaltante. Infatti la norma dispone che

l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che il soggetto che richiede tale permesso presenti con la relativa istanza un "*progetto preliminare*" delle opere da eseguire, allegando lo schema del contratto di appalto; sulla base di tale progetto potrà quindi indire una gara.

Le ipotesi in astratto ammissibili per la realizzazione delle opere di urbanizzazione di importo pari o superiore alla soglia comunitaria sarebbero, pertanto, sostanzialmente tre:

- a) la pubblica amministrazione acquisisce dal privato titolare del permesso di costruire il contributo relativo agli oneri di urbanizzazione e bandisce la gara secondo le ordinarie procedure del Codice;
- b) il privato titolare del permesso di costruire bandisce la gara per la realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione;
- c) la pubblica amministrazione acquisisce dal privato titolare del permesso di costruire il progetto preliminare e bandisce la gara per la realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

Tralasciando la prima ipotesi, che riguarda il caso in cui non sia dato luogo allo "*scomputo*", e che non presenta particolari problematiche, si esaminano nel prosieguo le criticità riguardanti le fattispecie indicate sub b) e c).

Anzitutto, occorre analizzare il profilo soggettivo della disciplina in questione. Al riguardo, si può ritenere che l'articolo 32, comma 1, lett. g) configuri una titolarità "*diretta*" 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 aggiudicatore*", è tenuto ad appaltarle a terzi, secondo i principi e le norme di derivazione comunitaria. La disciplina delle opere di urbanizzazione "*a scomputo*" è infatti inserita nell'articolo 32 che identifica l'ambito soggettivo di applicazione del Codice dei Contratti, indicando le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti aggiudicatori tenuti all'applicazione di tale normativa. E' quindi lo stesso Codice ad individuare l'esecutore delle opere a scomputo quale diretto destinatario, al pari degli altri soggetti privati di cui alla lettera d), della normativa sulle gare pubbliche. Di conseguenza, il privato, in qualità di stazione appaltante, è esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento e di esecuzione delle opere di urbanizzazione, ferma restando l'approvazione del progetto e la vigilanza da parte dell'amministrazione comunale.

Tale interpretazione è peraltro coerente con la normativa urbanistica che, come sopra rammentato, prevede che il privato, attuatore del piano e/o titolare del permesso di costruire, soggetto dell'obbligazione del versamento degli oneri di urbanizzazione, possa facoltativamente liberarsi mediante la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione.

Per l'individuazione dell'appaltatore, il privato dovrà applicare le medesime norme cui è tenuta l'amministrazione comunale quando affida l'esecuzione di lavori pubblici di corrispondente tipologia ed importo, escluse le sole disposizioni specificatamente indicate dall'articolo 32, comma 2. Trovano, quindi, applicazione, ad esempio, le procedure di gara previste dal Codice (*procedura aperta o ristretta e solo nei casi tassativamente indicati dagli artt. 56 e 57 la procedura negoziata*) le norme sulla pubblicità (*artt. 66 e 67*), quelle sul rispetto dei termini (*artt. 70 - 72*), sui requisiti di partecipazione (*artt. 38-49*), la

cauzione provvisoria (*art. 75*), i criteri di aggiudicazione (*prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa, artt. 81-84*), la disciplina delle offerte anomale (*artt. 86-88*), le comunicazioni obbligatorie e la corresponsione del contributo all'Autorità.

Il contenuto del contratto d'appalto è invece determinato dal privato che agisce in qualità di stazione appaltante ai sensi degli articoli 1322 e 1323 del codice civile ed è disciplinato dalle norme del diritto civile, nel rispetto delle disposizioni contenute nella convenzione urbanistica, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle disposizioni della procedura di gara (*ad esempio la normativa antimafia, il divieto di subappalto, la normativa sulla sicurezza nei cantieri*) fermo restando che è sempre ammissibile e, forse, consigliabile il rinvio alla disciplina pubblicistica dell'appalto di lavori, almeno con riguardo alle varianti, alle garanzie.

Si deve, poi, tenere presente che, per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori, ai sensi dell'articolo 32, comma 2, si applicano le norme che disciplinano il collaudo al fine di garantire la corretta esecuzione del contratto. A tal proposito si ritiene che le convenzioni urbanistiche debbano prevedere che i collaudatori tecnici debbano essere nominati dalle amministrazioni pubbliche con costi a carico dei privati e debbano prevedere apposite cauzioni a garanzia della buona esecuzione delle opere.

La gara può avere ad oggetto la sola esecuzione ovvero la progettazione e l'esecuzione dei lavori. Si deve tenere presente che, ai sensi dell'articolo 253, comma 1-*quinquies* del Codice, l'articolo 53 si applica ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del regolamento ex art. 5. Di conseguenza, ai sensi del suddetto articolo, fino all'entrata in vigore del regolamento, si continuano ad applicare le disposizioni dell'art. 19 (*appalto integrato: gara sul progetto definitivo*) e 20 della legge 109/94 (*appalto concorso, gara sul progetto preliminare*).

Non si ritiene ammissibile la partecipazione alla gara del titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo, anche qualora sia un'impresa qualificata ex art. 40 del Codice, per evidenti ragioni di conflitto di interesse tra il ruolo di stazione appaltante e di concorrente alla gara, né si ritiene ammissibile una partecipazione indiretta attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. o tali da configurare un unico centro decisionale.

Si pone poi il problema di stabilire se dell'eventuale 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. Se si muove dal presupposto sopra delineato che la convenzione con la quale si autorizza e si disciplina lo scomputo determina una sorta di novazione dell'obbligazione originaria a carico del titolare del permesso di costruire, sicché questi non sarebbe più tenuto al pagamento degli oneri di urbanizzazione, bensì alla realizzazione di un'opera di urbanizzazione, si può concludere che gli eventuali ribassi rimangano nella disponibilità del privato, così come eventuali costi aggiuntivi sono a carico dello stesso. Ciò, fermo restando che il valore di tale opera, determinato a monte nella convenzione, come sarà meglio illustrato oltre, sia pari o superiore agli oneri che il medesimo costruttore avrebbe dovuto

corrispondere. Qualora il valore delle opere nella convenzione sia inferiore a quello tabellare la differenza deve essere corrisposta al comune dal privato.

In sostanza, fatte salve pattuizioni diverse in sede di convenzione urbanistica, il costruttore adempie compiutamente il proprio obbligo con la realizzazione dell'opera a regola d'arte ed il suo trasferimento al comune, con la conseguenza che l'eventuale risparmio sui costi dell'esecuzione dell'opera stessa rispetto al valore stimato ex ante ai fini dello scomputo degli oneri, come anche gli eventuali costi aggiuntivi, rimane irrilevante per il Comune.

Si pone, quindi, la questione dell'individuazione del valore di riferimento sia ai fini della determinazione dell'importo degli oneri da scomputare, sia per accertare il superamento della soglia di rilievo comunitario. Si ritiene che il valore delle opere su cui commisurare l'importo degli oneri da scomputare sia costituito dal quadro economico del progetto presentato dal privato (ai sensi dell'articolo 17 del DPR n. 554/99) ed approvato dall'amministrazione comunale.

Per quanto riguarda l'individuazione della soglia di valore, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 21 febbraio 2008 (C-412/2004), 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 dunque essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria, 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.

Sempre seguendo la medesima interpretazione, la seconda procedura indicata dall'articolo 32, comma 1, lett. g) del Codice per la realizzazione delle opere a scomputo, prevede che il privato:

- a) presenti un "*progetto preliminare*";
- b) indichi il termine massimo per l'esecuzione dei lavori;
- c) depositi un schema di contratto di appalto.

L'Amministrazione comunale procede in qualità di stazione appaltante ad indire una gara per l'affidamento in appalto, mediante procedura aperta o ristretta, dei lavori definiti nel progetto preliminare. Per partecipare alla gara i concorrenti debbono presentare, oltre all'offerta economica, il progetto definitivo delle opere di urbanizzazione, e l'offerta deve indicare distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva e quella esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, nonché per gli oneri della sicurezza. Si tratta dell'appalto previsto dall'articolo 53, comma 2, lett. c) del Codice che, come sopra ricordato, è attualmente sospeso, ma essendone il contenuto sostanziale riprodotto nell'articolo 32, si può ritenere applicabile alla fattispecie in esame.

Per quanto riguarda la qualificazione del concorrente, poiché l'oggetto dell'appalto è la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, si ritiene che lo stesso deve possedere i requisiti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati per la progettazione, ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del Codice dei contratti.

Dal momento che deve essere valutato in sede di offerta il progetto definitivo, ne discende la necessità di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo quanto previsto dagli articoli 83 e 84 del Codice. L'amministrazione potrà utilizzare la procedura aperta o ristretta, fermo restando che l'articolo 55, comma 2, del Codice prevede che le stazioni appaltanti utilizzino di preferenza la procedura ristretta quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione.

Con riguardo alla procedura in esame ci si chiede, poi, se il privato (attuatore del piano o titolare del permesso di costruire) vi possa prendere parte o debba invece essere alla stesso interdetta la partecipazione. Al riguardo, se da un parte si deve fare riferimento alla regola sancita dall'art. 90, comma 8, del Codice, per cui *“gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione”*, dall'altra tale regola appare di stretta interpretazione in quanto limitativa della libertà di iniziativa dei privati (*cfr. anche la sentenza della Corte di Giustizia 3 marzo 2005 C-21/03 e C-34/03 che ha ritenuto non conforme una norma con cui non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un'offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona chi sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l'esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza*). Quindi, tale divieto potrebbe considerarsi violato solo qualora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione sia stata direttamente curata dall'impresa titolare del permesso di costruire (*o del piano urbanistico attuativo*), e non anche qualora quest'ultima abbia semplicemente svolto il ruolo di committente di tale progettazione preliminare.

Alle opere realizzate a scomputo con la procedura dell'appalto di progettazione ed esecuzione indetta dal Comune, si applica il disposto dell'art. 32, comma 2, in base al quale l'esecuzione del contratto per i lavori affidati ai sensi della lettera g) del comma 1 è regolata dal Codice unicamente per quanto attiene al collaudo dell'opera. La norma non distingue tra le due ipotesi alternative di affidamento previste. Nel silenzio della norma, sembra che il contratto di appalto con l'aggiudicatario debba essere stipulato dal Comune che ha indetto e gestito la gara, anche se non pare coerente con il sistema che a tale contratto non si applichino le norme pubblicistiche relative all'esecuzione, essendone comunque parte un'amministrazione aggiudicatrice.

Sulla base della previsione sopra ricordata sembra, quindi, ammissibile la stipula del contratto di appalto anche da parte del privato titolare del permesso di costruire con l'impresa esecutrice dei lavori, a condizione che tale ipotesi sia chiaramente prevista nel bando di gara per l'affidamento delle opere di urbanizzazione e nella convenzione urbanistica o nel piano urbanistico attuativo. Tale soluzione appare del resto coerente con la circostanza che la disposizione in esame disciplina la realizzazione di lavori a scomputo da parte del privato titolare del permesso di costruire, identificando così in tale soggetto il committente di tali opere.

Appare, tuttavia, ipotizzabile una diversa ricostruzione interpretativa della fattispecie prevista dall'articolo 32, comma 1, lettera g) del Codice, basata sull'evoluzione del testo normativo e su una lettura integrata dei due periodi che compongono la predetta lettera g). Anzitutto si deve tenere presente che l'art. 33, comma 3 del Codice vieta in linea generale l'affidamento dell'espletamento delle funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici a soggetti pubblici o privati. L'articolo 32, comma 1, lett. g), del Codice, nella prima versione, prevedeva espressamente che il privato assumesse la veste di promotore e bandisse la gara; al privato era conferito un diritto di prelazione. Il secondo decreto correttivo ha modificato tale disposizione prevedendo che la gara fosse bandita ed effettuata dall'amministrazione, confermando il diritto di prelazione per il privato titolare del permesso di costruire, qualora in possesso dei requisiti di qualificazione. Il terzo correttivo non sembra far riferimento esplicito alla possibilità per il privato di assumere il ruolo di stazione appaltante, mentre emerge chiaramente l'indicazione dell'amministrazione come soggetto che bandisce la gara. E' in effetti differente la formulazione della lettera g) rispetto a tutte le altre lettere del comma 1 dell'articolo 32: essa fa riferimento ai lavori pubblici *“da realizzarsi”* e non ai lavori pubblici *“affidati”* da parte dei soggetti privati titolari del permesso di costruire. Questa differenza potrebbe condurre ad affermare che i privati non sono stazione appaltante, ma tale funzione può essere svolta esclusivamente dall'amministrazione comunale che rilascia il permesso di costruire.

Il legislatore avrebbe previsto quindi una sola modalità di realizzazione delle opere di urbanizzazione: la gara bandita dalla Pa, su *“progetto preliminare”* del privato, presentato in sede di richiesta del permesso di costruire, e corredato da indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate le opere e dallo schema del contratto di appalto. Rimane ferma anche per tale ipotesi la possibilità sopra delineata che sia il privato a stipulare il contratto di appalto con il vincitore della gara.

Le opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria

L'articolo 122, comma 8, del Codice dispone che le opere di urbanizzazione di importo inferiore ad euro 5.150.000 sono affidate mediante la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, cioè mediante procedura negoziata, senza preventiva pubblicazione di bando, individuando almeno cinque operatori economici, adeguatamente qualificati, da invitare simultaneamente a presentare offerta.

La principale questione interpretativa che è stata posta con riguardo all'affidamento delle opere di urbanizzazione qualora di importo inferiore alla soglia comunitaria, riguarda il soggetto obbligato ad esperire la procedura di gara prevista dall'art. 122, comma 8 del Codice. Tale disposizione prevede che *“per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lett. g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei”*.

Se si accede alla prima interpretazione descritta nel paragrafo dedicato alle opere di importo superiore alla soglia comunitaria, il rinvio operato dall'articolo 122, comma 8, all'articolo

32, sembra richiamare le due distinte modalità di realizzazione delle opere a scomputo previste dalla norma citata ovvero:

- a) il privato titolare del permesso di costruire realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, del Codice;
- b) la pubblica amministrazione acquisisce dal privato titolare del permesso di costruire il progetto preliminare e bandisce la gara per la realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e procede applicando la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, del Codice.

La disposizione rientra, infatti, nel Titolo I della Parte II del d.lgs. n. 163/2006, introdotto dall'art. 121, il quale stabilisce che ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme dello stesso titolo. Le previsioni definite dall'art. 122, comma 8 avrebbero dunque natura derogatoria rispetto al quadro di disciplina complessiva delle procedure di gara stabilito nella parte II e nello stesso art. 122.

Secondo una diversa tesi, la procedura negoziata potrebbe essere utilizzata solo dal privato titolare del permesso di costruire, poiché l'amministrazione comunale in quanto "amministrazione aggiudicatrice" rimane comunque vincolata all'esperienza di procedure aperte o ristrette, salva l'ipotesi in cui le opere siano di importo inferiore a 500mila euro. Si introdurrebbe, altrimenti, una nuova fattispecie di procedura negoziata senza bando per opere che possono raggiungere i 5.150.000 euro.

L'affidamento della progettazione

Si pone poi la questione delle regole che deve seguire il privato per l'affidamento della progettazione, problematica che riguarda tutte le procedure previste per la realizzazione delle opere a scomputo.

Al riguardo, in linea generale, le ragioni individuate dalla giurisprudenza comunitaria per l'applicazione delle regole della gara pubblica sembrano valide anche per l'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura. Se da un parte, infatti, l'articolo 32, lett. g), si riferisce ai "lavori pubblici" realizzati a scomputo, dall'altra il comma 2 dell'articolo 32 esclude per le opere a scomputo la sola applicazione dell'art. 90, comma 6, e l'art. 92 e non l'art. 91 sull'affidamento della stessa.

Qualora, tuttavia, non sussista, 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 sembra possano ricorrere i principi che impongono la gara. Se il costo del "progetto preliminare" va, invece, a scomputo degli oneri di urbanizzazione, evidentemente lo stesso deve essere affidato nel rispetto delle procedure dell'articolo 91 del Codice. Qualora il privato intenda realizzare le opere mediante un contratto di sola esecuzione (art. 53, comma 2, lettera a), la progettazione definitiva e la progettazione

esecutiva, poiché redatte dopo il rilascio del permesso di costruire o dopo la stipula della convenzione urbanistica, vanno affidate ai sensi dell'art. 91 del Codice.

La disciplina transitoria

Il D.lgs. 152/2008 non contiene alcuna disposizione volta a delineare il regime transitorio delle opere di urbanizzazione a scomputo, contrariamente a quanto fatto con la versione originaria del Codice in ordine alle opere di urbanizzazione secondarie sotto soglia comunitaria. La questione appare rilevante soprattutto per le opere di urbanizzazione primaria a scomputo d'importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto si passa da un regime di affidamento "diretto" ad una procedura negoziata che, seppur non preceduta dalla pubblicazione di un bando, è caratterizzata dall'invito rivolto ad almeno cinque potenziali concorrenti.

In assenza di disposizioni transitorie specifiche, per disciplinare i rapporti giuridici pendenti (cioè già sorti sotto il vigore della legge precedente ma non ancora esauriti nel momento in cui entra in vigore quella nuova) occorre fare riferimento ai principi generali in materia di successione delle leggi nel tempo ed in particolare a quello del "*tempus regit actum*", di cui all'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile. Sembra pacifico quindi che le procedure avviate in vigenza del precedente regime possono proseguire e restano insensibili alla disciplina introdotta dal terzo decreto correttivo. Occorre però determinare il momento procedurale cui fare riferimento al fine di individuare la normativa applicabile.

Si potrebbe fare riferimento alla stipula delle convenzione urbanistica, quale momento in cui si sostanzia l'accordo di volontà tra il comune ed il titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico, che contiene anche l'impegno del privato a realizzare a propria cura e spese le opere di urbanizzazione. Tuttavia, la Corte dei Conti, sezione controllo Lombardia, nel parere 26 novembre 2008, n. 95 ha affermato che è il permesso di costruire a costituire il presupposto per l'adozione delle procedure di gara previste dalla legge e quindi per procedere alla scelta dell'appaltatore. E' infatti in quel momento che sorge l'obbligo del privato di corrispondere gli oneri di urbanizzazione a scomputo dei quali avviene la realizzazione delle opere di urbanizzazione.