LE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO ALLA LUCE DEL TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (D. LGS. 11 SETTEMBRE 2008, N. 152)

a cura di Roberto Travaglini (Confindustria Vicenza)

***Sommario**: 1. Il presupposto "urbanistico" della disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici - 2. La disciplina antecedente il terzo decreto correttivo – 3. Le innovazioni introdotte dal terzo Decreto correttivo – 4. Le origini del problema "appaltistico" delle opere di urbanizzazione a scomputo – 4.a) Corte di Giustizia 12 luglio 2001, causa C-399/98 – 4.b) Le possibili argomentazioni contrarie – 5. Le ulteriori, più rilevanti, pronunce sul rapporto tra opere di urbanizzazione "a scomputo" e disciplina degli appalti pubblici – 5.a) Corte Costituzionale 28 marzo 2006, n. 129 - 5.b) Corte Costituzionale 13 luglio 2007, n. 269 – 5.c) TAR Lombardia, Sez. II, 4 dicembre 2007, n. 6541 – 5.d) Corte di Giustizia 21 febbraio 2008, causa C-412/04 – 5.e) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 2 aprile 2008, n. 4 – 5.f) Commissione delle Comunità europee - Atto di costituzione in mora della Repubblica Italiana nell'ambito della procedura d'infrazione 2007/2309 - 6.a) Il testo oggetto dell'approvazione preliminare (27 giugno 2008) - 6.b) Il parere della Conferenza Unificata Stato-Autonomie locali (10 luglio 2008) - 6.c) Il parere del Consiglio di Stato n. 2357/08 (14 luglio 2008) – 6.d) Il parere della Commissione VIII della Camera dei deputati (29 luglio 2008) - 6.e) Il parere della Commissione VIII del Senato (29 luglio 2008) – 7 Il regime delle opere di urbanizzazione "a scomputo" dopo il terzo Decreto correttivo - 7.a) Le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria - 7.b) Le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria - 8. La disciplina transitoria*

Tra le più rilevanti – e per certi aspetti "traumatiche" – modifiche introdotte nel Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) dal c.d. terzo Decreto correttivo, approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 1° agosto scorso, vi sono certamente quelle apportate alla disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo", contenuta negli artt. 32, comma 1, lett. g) e 122, comma 8, del Codice.

1. Il presupposto "urbanistico" della disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici

L'individuazione tipologica delle opere di urbanizzazione e la loro suddivisione in "primarie" e "secondarie" risale alla legge 847/1964, che autorizzava i Comuni a contrarre mutui per l'acquisizione di aree ove attuare piani di edilizia economica popolare.

La realizzazione delle opere di urbanizzazione veniva (e lo è tuttora) conseguentemente presa in considerazione dall'art. 28 della legge urbanistica fondamentale (1150/1942), nel testo introdotto dalla legge 765/1967, riguardante la lottizzazione dei terreni a scopo edilizio.

Tale disposizione fissa i contenuti minimi della convenzione tra il Comune ed il proprietario lottizzante, prevedendo a carico del secondo, entro il termine massimo di dieci anni:
a) la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria e di quota parte di quelle riguardanti le "secondarie";
b) l'assunzione degli oneri relativi alle opere "primarie" e di una quota parte di quelle "secondarie";
il tutto debitamente coperto da adeguate garanzie finanziarie[1].

[1] Il testo dell'art. 28, quinto comma, della legge 1150/1942, sostituito dall'art. 8 della legge 765/1967, è il seguente:
"*L'autorizzazione comunale è subordinata alla stipula di una convenzione, da trascriversi a cura del proprietario, che preveda:*
1) la cessione gratuita entro termini prestabiliti delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria, precisate dall'articolo 4 della legge 29 settembre 1964, n. 847, nonché la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione secondaria nei limiti di cui al successivo n. 2;

Sotto il profilo edilizio, l'art. 16 del Testo unico 380/2001, che ha sostituito l'art. 3 della legge 10/1977, subordina il rilascio del permesso di costruire alla corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione.

Fondamentale è poi l'art. 12 dello stesso DPR 380/2001, che al comma 2, subordina espressamente il permesso di costruire all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione, da parte del Comune, della loro attuazione nel successivo triennio, precisando, peraltro, che a ciò equivale l'impegno degli interessati di procedere all'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso.

L'individuazione delle opere di urbanizzazione "primaria" è attualmente disposta dall'art. 16, commi 7 e 7-bis, del DPR 380/2001, mentre le "secondarie" sono elencate dal successivo comma 8.

Opere di urbanizzazione primaria	Opere di urbanizzazione secondaria
- strade residenziali - spazi di sosta o di parcheggio[2] - fognature - rete idrica - rete di distribuzione dell'energia elettrica - rete di distribuzione del gas - pubblica illuminazione - spazi di verde attrezzato - cavedi multiservizi e condotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni[3] [4]	- asili nido - scuole materne - scuole dell'obbligo e strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo - mercati di quartiere - delegazioni comunali - chiese ed altri edifici religiosi - impianti sportivi di quartiere - centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie

Ulteriori precisazioni in materia provengono dalla legislazione regionale.

Ad esempio, nella Regione Veneto, in virtù dell'Atto d'indirizzo previsto dall'art. 50, lett. h), della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11, adottato con la DGR 8 novembre 2004, n. 3174, alle opere di urbanizzazione primaria elencate dall'art. 16, commi 7 e 7-bis, del T.U. dell'Edilizia, sono da ricondurre le seguenti opere:
- opere relative alla messa in sicurezza da un punto di vista idraulico e geologico dei terreni;
- opere di ripristino ambientale, bonifica ambientale dei terreni.

Sono assimilabili alle opere di urbanizzazione primaria anche le seguenti categorie di opere:
- raccordi e svincoli stradali;
- barriere antirumore ed altre misure atte ad eliminare inquinamento acustico;

---

2) l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni;
3) i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata la esecuzione delle opere di cui al precedente paragrafo;
4) congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione".

[2] A norma dell'art. 11 della legge 122/1989, le opere e gli interventi previsti da tale legge costituiscono opere di urbanizzazione.

[3] 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.

[4] 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.

- formazione di nuclei di vegetazione arboreo-arbustiva, adatti alle caratteristiche climatiche e pedologiche del luogo, con funzione di arricchimento estetico ed ecologico del paesaggio;
- piazzole di sosta per gli autobus;
- piste ciclabili con relativi stalli e percorsi ciclopedonali urbani;
- spazi attrezzati per la raccolta differenziata dei rifiuti urbani (ecopiazzole);
- interventi eco-tecnologici per il trattamento delle acque reflue (fitodepurazione);
- bacini di raccolta per il riuso delle acque piovane.

2. La disciplina antecedente il terzo decreto correttivo

Com'è noto, l'originaria stesura dell'art. 32, comma 1, lett. g), del Codice dei contratti pubblici, assoggettava alle norme del Titolo I (Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari), Parte II (Contratti di rilevanza comunitaria), nonché della Parte I (Principi e disposizioni comuni), Parte IV (Contenzioso) e Parte V (Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie, abrogazioni) i "*lavori pubblici da realizzarsi da parte di 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*".
La disposizione proseguiva stabilendo che "*L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dal promotore sulla base della progettazione presentata, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato*".

Mentre la disciplina testé riprodotta riguardava le opere di urbanizzazione "a scomputo" sia primarie, sia secondarie, d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria (attualmente fissata per i lavori in € 5.150.000), per le sole opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria l'originaria versione dell'art. 122, comma 8, del D. Lgs. 163/2006, stabiliva che "*Le disposizioni di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g) non si applicano alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847, correlate al singolo intervento edilizio assentito, per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni.*"

Infine, l'art. 253, comma 8, dettava una disciplina "transitoria" per le sole opere di urbanizzazione secondaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria, stabilendo che "*Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione.*"

La delineata configurazione normativa delle opere di urbanizzazione "a scomputo" ha registrato un primo aggiustamento con il secondo Decreto correttivo (D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113).

L'art. 32, comma 1, lett. g), è stato modificato:
a) attribuendo all'amministrazione che rilascia il permesso di costruire (invece che allo stesso promotore) il ruolo di bandire ed effettuare la gara sulla base del progetto preliminare

presentato dal titolare del permesso di costruire e che assume nella procedura concorsuale il ruolo di promotore;
b) stabilendo che per l'assunzione del ruolo di promotore il titolare del permesso di costruire deve possedere i requisiti di qualificazione previsti dall'art. 40 del Codice in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione.[5]

Almeno con riguardo alla prima delle cennate modifiche, si è trattato dell'accoglimento di un'osservazione contenuta nel parere espresso dal Consiglio di Stato (Ad. gen. 6 giugno 2007, n. 1), mentre la seconda ha destato perplessità in quanto imponeva ad un soggetto, espressamente definito promotore, il possesso di requisiti necessari per la diretta esecuzione dell'intervento oggetto della proposta progettuale[6].

E' stato modificato anche l'art. 122, comma 8, dedicato alle opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria, stabilendo:
a) che tali opere, oltreché direttamente correlate all'intervento edilizio assentito, possono essere anche solo funzionalmente connesse al medesimo intervento edilizio;
b) che prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere gli uffici tecnici dei comuni debbono trasmettere alle competenti Procure regionali della Corte dei conti gli atti e la documentazione concernente le opere a scomputo.[7]

Va sottolineato che anche la prima delle descritte modifiche accoglieva un conforme suggerimento del Consiglio di Stato.

3. Le innovazioni introdotte dal terzo Decreto correttivo

Sul quadro normativo sopra riassunto, il D. Lgs. 152/2008 ha inciso in misura significativa, sia per quanto attiene alle opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria, sia per quanto attiene a quelle d'importo inferiore a detta soglia.

---

[5] Il testo dell'intera disposizione è, pertanto, risultato il seguente:
"*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 contribuito previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2 decreto del Presidente della Repubblica 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, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire sulla base della progettazione presentata dal promotore, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato. Il promotore deve avere i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione*".
[6] Così, ad esempio, R De Nictolis, "*Le novità recate dal secondo correttivo del codice dei contratti pubblici e le ulteriori sopravvenienze normative*", dattiloscritto pag. 9.
[7] Il testo dell'art. 122, comma 8, modificato con il D. Lgs. 113/2007 è il seguente:
"*Le disposizioni di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g) non si applicano alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847, correlate all'intervento edilizio assentito, comprensivo dell'ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio, per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni. Prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli uffici tecnici delle amministrazioni locali interessate trasmettono alle competenti Procure regionali della Corte dei conti gli atti adottati e tutta la documentazione relativamente agli interventi edilizi da realizzare a scomputo degli oneri di urbanizzazione, ai sensi del presente comma*".

Infatti, l'art. 1, comma 1, lett. f), del terzo Decreto correttivo sostituisce l'intera lett. g) dell'art. 32, comma 1, del D. Lgs. 163/2006, che diviene la seguente:
"*lavori pubblici da realizzarsi da parte di 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. 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*".

Come si vede, le principali innovazioni riguardano:
a) la procedura che l'amministrazione competente al rilascio del permesso di costruire può attivare in alternativa alla gara esperita dallo stesso titolare del permesso di costruire o del piano di lottizzazione approvato.
Viene abbandonata la figura del "promotore" (identificato con il titolare del permesso di costruire) ed il progetto preliminare delle opere di urbanizzazione "a scomputo" (in questo caso presentato dall'avente diritto a richiedere il permesso di costruire, contestualmente alla relativa richiesta) viene posto dall'amministrazione a base di una procedura aperta o ristretta (ex art. 55 del D. Lgs. 163/2006) per l'affidamento in appalto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione (il progetto definitivo deve essere prodotto dai concorrenti in sede di offerta)[8];
b) l'eliminazione del diritto di prelazione in capo all'autore del progetto preliminare delle opere di urbanizzazione, che nella precedente versione della norma poteva acquisire il ruolo di promotore ed esercitare la prelazione corrispondendo all'aggiudicatario della gara indetta dall'amministrazione il 3% del valore dell'appalto aggiudicato, e che nella nuova versione deve (se vuole) partecipare ad una gara d'appalto (integrato), confrontandosi con eventuali altri concorrenti senza disporre di alcuna prelazione.

---

[8] Si tratta dell'appalto integrato "complesso" di cui all'art. 53, comma 2, lett. c), del D. Lgs. 163/2006.
Va, peraltro, segnalata una questione legata alla nuova formulazione della norma in commento.
L'art. 53, comma 2, è tuttora inapplicabile, poiché l'art. 253, comma 1-*quinquies*, ne differisce l'applicazione alle procedure avviate con la pubblicazione di bandi successivi all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 5.
L'appalto integrato introdotto dal terzo Decreto correttivo per l'affidamento delle opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo superiore alla soglia comunitaria è soggetto al medesimo differimento temporale che riguarda in via generale tutto l'istituto?
La risposta affermativa sembra preferibile, anche se sul punto la nuova disposizione non è affatto chiara, non avendo operato un esplicito richiamo all'art. 53, comma 2 (che avrebbe, ovviamente, comportato il pacifico differimento della sua applicazione), ma avendone solo parafrasato il contenuto.
Ne dovrebbe conseguire che, fino all'entrata in vigore del regolamento attuativo del Codice, l'affidamento delle opere di urbanizzazione mediante gara esperita dal Comune sulla base del progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire debba avvenire con la procedura dell'appalto concorso (ex art. 253, comma 1-*quinquies*, secondo periodo, inserito dall'art. 2, comma 1, lett. vv), n. 1, del D. Lgs. 152/2008). Non sembra, infatti, possibile applicare nel caso di specie l'art. 19, comma 1, lett. b), unitamente al comma 1-*ter*, della legge 109/1994 e s.m., in quanto detta norma – che disciplinava nella Legge Quadro sui lavori pubblici l'appalto integrato – presuppone che la gara venga indetta ponendo a base un progetto definitivo, mentre l'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006 configura una gara basata sul solo progetto preliminare presentato al Comune dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire.

Ma, come già evidenziato, le innovazioni disciplinari hanno colpito anche le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria, in virtù della nuova formulazione dell'art. 122, comma 8, che così risulta:
"*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*".

Com'è agevole constatare, la nuova disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo" sotto soglia comunitaria:
a) riguarda non solo le opere di urbanizzazione primaria, com'era in precedenza, ma anche le "secondarie";
b) non configura né per le "primarie", né per le "secondarie", un affidamento diretto, in precedenza operante per le "primarie" in virtù del richiamo all'art. 16, comma 2, del DPR 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico per l'edilizia)[9];
c) elimina l'obbligo per gli uffici tecnici comunali di trasmettere alle competenti Procure regionali della Corte dei conti, prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, copia degli atti adottati e della documentazione relativa agli interventi edilizi da realizzare a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

4. Le origini del problema "appaltistico" delle opere di urbanizzazione a scomputo

Prima di analizzare più approfonditamente la portata delle innovazioni introdotte nella disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo" con il terzo Decreto correttivo, anche attraverso le diverse formulazioni proposte ed i pareri e le osservazioni raccolti nel corso del suo *iter* formativo, sembra opportuno riepilogare in che modo l'esecuzione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" sia divenuta questione rilevante per la normativa degli appalti di lavori pubblici.

4.a) Corte di Giustizia 12 luglio 2001, causa C-399/98

Il tutto trae origine dalla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 12 luglio 2001, pronunciata nella causa C-399/98, avviata dal TAR Lombardia, Milano, Sez. III, con ordinanza 28 agosto 1998, n. 35, che sollevava la questione interpretativa preliminare nella controversia radicata presso quest'ultimo su ricorso del Consiglio Nazionale degli Architetti e dell'arch. Leopoldo Freyrie avverso il Comune di Milano, con controinteressati Pirelli Spa, Milano Centrale Servizi Spa e Fondazione Teatro alla Scala.

La vicenda riguardava la progettazione e l'esecuzione di alcuni lavori costituenti opere di urbanizzazione nell'ambito della lottizzazione privata "progetto Bicocca", tra i quali, in particolare, la progettazione e la realizzazione dell'involucro esterno dell'edificio denominato Teatro alla Bicocca (o Teatro degli Arcimboldi) e la relativa area di parcheggio annessa, che la convenzione urbanistica tra il Comune di Milano e le società attuatrici del piano di lottizzazione considerava opera di urbanizzazione secondaria, prevedendo lo scomputo del relativo valore dagli oneri di urbanizzazione dovuti al Comune in forza della normativa statale e regionale.

---

[9] La norma citata dispone che:
"*La quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. 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*".

Il TAR Lombardia poneva alla Corte di Giustizia le seguenti questioni interpretative pregiudiziali:
1) se le norme urbanistiche statali e regionali che consentono al titolare della concessione edilizia (ora permesso di costruire) o del piano di lottizzazione approvato di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione "a scomputo" degli oneri dovuti al Comune contrastino con la direttiva in materia di appalti di lavori pubblici (all'epoca la 93/37/CEE, attualmente la 2004/18/CEE), laddove impone procedure concorsuali per l'individuazione degli esecutori di lavori pubblici;
2) se siano compatibili con l'ordinamento comunitario accordi tra l'amministrazione pubblica ed il privato, in virtù dei quali la prima scelga, al di fuori delle procedure concorsuali disciplinate dalle direttive in materia di appalti, il soggetto con cui pattuire prestazioni che possono avere ad oggetto la realizzazione di lavori.

Nonostante il diverso avviso espresso dall'Avvocato Generale Philippe Léger nelle conclusioni presentate il 7 dicembre 2000, la Corte di Giustizia, con la sentenza 12 luglio 2001, ha sancito che "*La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste da tale direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi*".

Per giungere a tale conclusione la Corte di Giustizia ha dovuto dimostrare che la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione costituisce appalto pubblico di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37/CEE[10], ravvisando anche in tale fattispecie gli elementi costitutivi dell'appalto pubblico di lavori, ovvero:
a) il contratto a titolo oneroso;[11]
b) la relativa conclusione in forma scritta tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice;[12]
c) l'oggetto costituito da un'opera o da un lavoro tra quelli precisati dalla direttiva.

Secondo la Corte di Giustizia, infatti:
1) è pacifico che il Comune sia un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi della direttiva in materia di appalti pubblici, in quanto ente pubblico territoriale;
2) le opere di urbanizzazione elencate nell'art. 4 della legge 847/64[13] sono lavori edilizi o di genio civile rientranti nell'allegato II della direttiva 93/37/CEE[14] costituendo, inoltre, opere che esplicano di per sé una funzione economica e tecnica, come richiesto dalla definizione "legale" di lavoro pubblico, senza che abbia rilievo ostativo la circostanza della loro esecuzione su proprietà privata, in quanto la relativa destinazione pubblica è certa sin dall'origine;

---

[10] Ora art. 1, comma 1, lett. b), della direttiva 2004/18/CEE, per il quale:
"*gli <appalti pubblici di lavori> sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice . Per <opera> si intende il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica*".
[11] Attualmente l'elemento dell'onerosità è attribuito a tutti gli <appalti pubblici>, siano essi di lavori, di servizi o di forniture, dall'art. 1, comma 1, lett. a), della direttiva 2004/18/CEE.
[12] Anche gli elementi della forma scritta e della pattuizione contrattuale tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice sono oggi esplicitati dall'art. 1, comma 1, lett. a), della direttiva 2004/18/CEE.
[13] Oggi sostituito dall'art. 16, commi 7, 7-*bis* e 8, del DPR 380/2001.
[14] Ora allegato I alla direttiva 2004/18/CEE.

3) la convenzione urbanistica costituisce un contratto concluso tra il Comune ed il privato lottizzante, atto mediante il quale vengono individuate le opere che il privato si obbliga ad eseguire, le condizioni e le garanzie di detto impegno, e che da vita al titolo giuridico in virtù del quale il Comune potrà disporre delle opere una volta eseguite, destinandole al soddisfacimento del pubblico interesse e della fruizione collettiva;
4) il contratto può definirsi "oneroso" in quanto l'espressione "a scomputo", riferita alle opere di urbanizzazione oggetto della convenzione urbanistica, comporta che il Comune, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo ai sensi dell'art. 3 della legge 10/1977[15][16];
5) nessun dubbio può porsi sulla forma scritta del contratto, che naturalmente ricorre in ogni convenzione urbanistica;
6) pur essendo solo eventuale la qualifica di "imprenditore" in senso civilistico (ex art. 2195 c.c.) in capo al privato che si convenziona con il Comune per la realizzazione delle opere di urbanizzazione "a scomputo", ciò non è di ostacolo al configurarsi di un appalto pubblico di lavori in quanto la direttiva, perché si possa parlare di "imprenditore" ai sensi dell'art. 1, lett. a)[17], "*non richiede che il soggetto che conclude un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita …; è sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine*"[18].

Di particolare rilievo appare la precisazione della Corte di Giustizia circa le modalità attraverso le quali l'amministrazione comunale può rispettare le procedure prescritte dalla direttiva comunitaria quando deve affidare un appalto pubblico di lavori consistenti in opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

A tal riguardo, infatti, la Corte (punto 100 della sentenza) sottolinea che "*Ciò non significa che, per garantire il rispetto della direttiva in caso di realizzazione di un'opera di urbanizzazione, debba necessariamente essere l'amministrazione comunale ad applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva in questione. L'effetto utile di quest'ultima risulterebbe ugualmente garantito qualora la normativa nazionale conferisse all'amministrazione comunale il potere di obbligare il lottizzante titolare della concessione, mediante accordi stipulati con questo, a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva, e ciò affinché vengano rispettati gli obblighi incombenti in proposito all'amministrazione comunale in forza della direttiva medesima. In tal caso, infatti, il lottizzante, alla luce degli accordi conclusi con il Comune che lo esentano dal contributo per gli oneri di urbanizzazione in cambio della realizzazione di un'opera di urbanizzazione pubblica, deve essere considerato come titolare di un mandato espresso conferito dal Comune ai fini della costruzione di tale opera*".

---

[15] Oggi art. 16 del DPR 380/2001.
[16] Al punto 84 della sentenza 12 luglio 2001, la Corte di Giustizia richiama quanto affermato dal TAR Lombardia nell'ordinanza di rinvio, secondo cui "*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)*".
[17] Il riferimento è alla direttiva 93/37/CEE, oggi sostituito dall'art. art. 1, lett. a), della direttiva 2004/18/CEE, che utilizza l'espressione "*operatore economico*", peraltro esplicitata al successivo comma 8, laddove si precisa che "*il termine <operatore economico> comprende l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi. E' utilizzato unicamente per semplificare il testo*", dopo aver sottolineato che "*I termini <imprenditore>, <fornitore> e <prestatore di servizi> designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi*".
[18] Punto 90 della sentenza 12 luglio 2001.

Fin qui la posizione assunta dalla Corte di Giustizia sulla vicenda “Teatro alla Bicocca”, da cui ha preso avvio l’<*attrazione fatale*> (ovviamente non in senso erotico-cinematografico!) del fenomeno delle opere di urbanizzazione “a scomputo” nell’alveo disciplinare dell’appalto di lavori pubblici.

4.b) Le possibili argomentazioni contrarie

Sebbene a tale pronuncia continuino a fare riferimento la stessa Corte di Giustizia, la Commissione Europea, la giurisprudenza nazionale, l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ed il legislatore italiano, sarebbe auspicabile che qualcuno osasse uscire da questo allineamento “conformistico”, anche rivalutando alcune delle affermazioni contenute nelle conclusioni formulate dall’Avvocato Generale nella causa C-399/98.

Non è questa la sede, né chi scrive ne ha l’autorevolezza, per intraprendere simile, arduo, compito.

Ci si limita, quindi, solo a ricordare che già nelle conclusioni dell’Avvocato Generale erano stati efficacemente messi in dubbio:
a) il carattere contrattuale del rapporto giuridico intercorrente tra il Comune e l’esecutore delle opere di urbanizzazione “a scomputo”;
b) il carattere oneroso dello stesso rapporto giuridico.

Quanto al primo profilo, l’Avvocato Generale aveva richiamato (punto 69) la giurisprudenza nazionale citata nella memoria prodotta dalla Fondazione Teatro alla Scala, per cui la natura giuridica dell’obbligazione ad eseguire le opere di urbanizzazione sarebbe definibile quale “*obbligazione propter rem*”, cioè non originata da un contratto di natura obbligatoria tra le parti, bensì dal mero rapporto giuridico esistente tra l’obbligato ed il bene immobile[19].

Il legame “reale” tra il soggetto obbligato e l’area interessata dal piano di lottizzazione o dal permesso di costruire determina, come efficacemente sottolineato dall’Avvocato Generale (punto 70), “*l’assenza di possibilità di scelta della persona incaricata delle opere di urbanizzazione*”, circostanza che “*attenua considerevolmente … i rischi di discriminazione che provengono dalle amministrazioni aggiudicatrici allorché intendono favorire gli operatori economici nazionali o locali*”.

---

[19] L’Avvocato Generale citava le sentenze della Corte di cassazione, Sez. I, 20 dicembre 1994, n. 10947 e Sez. III, 17 giugno 1996, n. 5441.
Più recentemente la suprema Corte ha confermato tali conclusioni con le sentenze Sez. III, 15 maggio 2007, n. 11196; Sez. I, 22 dicembre 2005, n. 28492; Sez. II, 27 agosto 2002, n. 12571.
In particolare, con la prima delle citate pronunce, la Corte di cassazione afferma che “*L'assunzione, da parte del proprietario del fondo, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte di quelle di urbanizzazione secondaria (cui è subordinata l'autorizzazione per la lottizzazione) costituisce un'obbligazione "propter rem" e comporta che dette opere debbano essere eseguite da coloro che sono proprietari al momento del rilascio della concessione edilizia e che ben possono essere soggetti diversi da quelli che stipularono la convenzione, per avere da questi acquistato una parte del suolo su cui far sorgere singoli (o gruppi di) lotti. Tuttavia, la natura reale dell'obbligazione non riguarda le persone che utilizzano le opere di urbanizzazione da altri realizzate per una loro diversa edificazione, senza avere con essi alcun rapporto, e che, per ottenere la loro diversa concessione edilizia, sono tenuti a pagare al Comune concedente, per loro conto, i relativi oneri di urbanizzazione*”.
Analogamente si sono espressi i giudici amministrativi (tra gli altri, TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 29 ottobre 2004, n. 3011; TAR Lombardia, Brescia, 13 agosto 2003, n. 1157).

Quanto al secondo profilo, l'Avvocato Generale nega il carattere oneroso del rapporto tra il Comune ed il titolare del permesso di costruire o del piano di lottizzazione autorizzato sviluppando le seguenti argomentazioni, che si riportano testualmente.

"*98. Il giudice nazionale ritiene che il lottizzante non effettui alcuna prestazione a titolo gratuito. Esso dice il vero, in quanto il fatto di realizzare i lavori <a scomputo> lo dispensa dal pagamento del contributo posto a suo carico. La sua azione presenta allora un carattere economico, conferito dall'esistenza di un pagamento. Quest'ultimo, anche se è in natura e non in denaro, estingue il debito.*

99. Tuttavia, esaminando attentamente il rapporto economico - si dovrebbe dire piuttosto <fiscale>[20], tenuto conto della natura del contributo al quale si sostituisce la realizzazione dei lavori <a scomputo> -, constato che il rischio di discriminazione che deriva abitualmente dal finanziamento pubblico delle attività private non sussiste nella fattispecie.

100. Infatti, il carattere economico del rapporto tra il lottizzante ed il comune nella normativa nazionale di cui trattasi non è la stessa cosa del carattere oneroso del contratto richiesto dalla direttiva, il quale solo costituisce, a mio parere, una minaccia per gli interessi tutelati da quest'ultima.

101. Contrariamente alla situazione più usuale nell'aggiudicazione degli appalti pubblici, non sembra che la collettività pubblica proceda ad un finanziamento in caso di realizzazione diretta dei lavori <a scomputo>. Dal canto suo, il lottizzante, che non riscuote alcun pagamento, si assume le spese. In definitiva, una volta terminata l'opera, il patrimonio del comune si è accresciuto del valore di questo edificio, senza spese da parte sua, mentre il patrimonio del lottizzante ha subito un decremento per questo stesso valore, senza corrispettivo finanziario che non sia l'esenzione dal pagamento del contributo.

102. Ne deriva che solo i rapporti tra il lottizzante e l'imprenditore hanno un carattere oneroso e non i rapporti tra il lottizzante ed il comune. In realtà, il rapporto contrattuale che assomiglia maggiormente al caso di specie considerato dalla direttiva è quello che esiste tra il lottizzante e l'imprenditore.

103. Pertanto, i rapporti tra il comune ed il lottizzante non possono essere qualificati come rapporto giuridico <a titolo oneroso>, ai sensi della direttiva. Non prendendo parte al finanziamento dell'opera, nell'ipotesi della realizzazione diretta <a scomputo>, il comune non può essere considerato nel senso che favorisce l'operatore scelto per l'aggiudicazione dell'appalto, in caso di mancata applicazione della direttiva.

104. L'argomento secondo cui l'art. 2 della direttiva[21] impone l'applicazione della direttiva deve essere respinto per gli stessi motivi.

---

[20] Invero, secondo la giurisprudenza nazionale solo l'obbligazione contributiva per il costo di costruzione avrebbe natura "paratributaria", mentre quella avente ad oggetto gli oneri di urbanizzazione avrebbe natura di corrispettivo di diritto pubblico di natura non tributaria.
Sul punto, segnaliamo Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 1997, n. 529, TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 11 agosto 2004, n. 3181 e TAR Campania, Salerno, Sez. II, 23 maggio 2003, n. 548.
In particolare, quest'ultima pronuncia sostiene che "*Mentre il contributo per gli oneri di urbanizzazione ha funzione recuperatoria delle spese sostenute dalla collettività comunale in relazione alla trasformazione del territorio assentita al singolo, il contributo per il costo di costruzione afferisce alla mera attività costruttiva in sé valutata. L'obbligazione contributiva per costo di costruzione è acausale, connessa all'utilizzazione edificatoria del territorio ed alle potenzialità economiche che ne derivano, e pertanto ha natura essenzialmente paratributaria, risultando così il relativo contributo in ogni caso dovuto. Viceversa, l'obbligazione per oneri di urbanizzazione appare causale, ed ha natura di corrispettivo di diritto pubblico di natura non tributaria, dovuto dal titolare della concessione edilizia per la partecipazione ai costi delle opere di urbanizzazione connessi all'edificazione: infatti, il relativo contributo può essere scomputato nei casi in cui, ricorrendone i presupposti e le condizioni, le opere di urbanizzazione siano realizzate dal titolare della concessione edilizia*".

[21] Si tratta dell'art. 2 della direttiva 93/37/CEE, riguardante i c.d. lavori privati "sovvenzionati" direttamente per più del 50% del relativo valore da amministrazioni aggiudicatrici.
La disposizione è attualmente riproposta, con l'estensione anche agli appalti pubblici di servizi, dall'art. 8 della direttiva 2004/18/CEE.

105. Faccio presente che questa disposizione impone agli Stati membri di prendere le misure necessarie affinché le amministrazioni aggiudicatrici rispettino o facciano rispettare le disposizioni della direttiva qualora sovvenzionino direttamente in misura superiore al 50% un appalto di lavori attribuito da enti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse.

106. Questa disposizione mira ad evitare le pratiche destinate ad eludere la disciplina degli appalti pubblici. Talune amministrazioni aggiudicatrici possono essere tentate di affidare ad organismi privati il compito di far procedere all'esecuzione dei lavori che rientrano negli appalti pubblici. Non essendo essi stessi amministrazioni aggiudicatrici, sarebbe facile per questi organismi eludere gli obblighi legali a scapito degli interessi tutelati dalla direttiva. Questo rischio è attenuato invece allorché le sovvenzioni pubbliche sono inferiori al 50% dell'appalto, in quanto il finanziamento maggioritario del progetto da parte dell'operatore privato lo induce allora a dare prova di maggior discernimento nella gestione del proprio denaro.

107. Nella fattispecie, l'art. 2 della direttiva non può essere interpretato nel senso che si applica a lavori affidati dal lottizzante ad un imprenditore, qualora essi non siano finanziati dal comune".

Riprendendo le argomentazioni elaborate dal compianto prof. Michele Pallottino[22] ci sembra si possa affermare che la preventiva, necessaria, urbanizzazione delle aree in funzione delle costruzioni edilizie costituisce un principio fondamentale che la normativa urbanistica italiana ha progressivamente sancito (legge 1150/1942; legge 765/1967; legge 10/1977, DPR 380/2001) e che consente di distinguere dalla "*proprietà fondiaria*" la c.d. "*proprietà edilizia*", istituto dai caratteri compiuti ed interdipendenti dalla prima.

Trasferire l'onere urbanizzativo dal privato titolare del permesso di costruire (o del piano di lottizzazione autorizzato) al Comune comporterebbe la scomposizione dei caratteri della "*proprietà edilizia*" e comprometterebbe in modo intollerabile l'intero sistema normativo dell'urbanistica italiana.

Quest'ultimo, infatti, configura l'urbanizzazione delle aree in funzione delle costruzioni edilizie quale obbligo specifico e personale del costruttore privato, fissato direttamente ed inderogabilmente dalla legge (artt. 28 e 31 della legge 1150/1942, come modificati dagli artt. 8 e 10 della legge 765/1967; attualmente l'art. 31 della legge 1150/1942 deve intendersi sostituito dall'art. 12 del DPR 380/2001).

Solo in epoca più recente la normativa italiana ha consentito la "monetizzazione" di quell'obbligo, e dunque la realizzazione delle opere di urbanizzazione "a scomputo", ma con rigidi e inderogabili meccanismi di determinazione degli importi e della modifica degli obblighi (artt. 3, 5 e 6 della legge 10/1977, oggi sostituiti dall'art. 16 del DPR 380/2001).

Il contributo di urbanizzazione può essere, pertanto, considerato una componente dello statuto giuridico della "proprietà edilizia", e dunque un onere di natura "reale" accessivo alla proprietà del suolo edificabile.

A sua volta, anche l'alternativo obbligo di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione a scomputo di quel contributo è un onere di natura "reale" accessivo alla proprietà del suolo edificabile o lottizzabile.

Si tratta, dunque, di un obbligo connaturato alle facoltà che costituiscono il diritto di "proprietà", conformato direttamente dalla legge e non trasferibile fra soggetti senza il

[22] Tratte dal dattiloscritto recante spunti per le controdeduzioni alla procedura d'infrazione 2001/2182 avente ad oggetto alcune disposizioni della c.d. "Merloni quater", tra cui l'art. 2, comma 5, della legge 109/1994 e s.m..

contestuale trasferimento della proprietà del suolo.

In questa logica, pertanto, la realizzazione dell'opera di urbanizzazione "a scomputo" non è l'oggetto di un contratto tra il Comune ed il privato; l'obbligo dell'urbanizzazione, infatti, discende direttamente dalla legge o da un atto unilaterale del proprietario delle aree (il c.d. atto d'obbligo).

La convenzione urbanistica (o di lottizzazione) non è, quindi, un contratto nell'accezione propria delle direttive comunitarie in tema di appalti pubblici: il contenuto di essa è, infatti, prefissato direttamente dalla legge, senza possibilità per le parti di negoziare o per il Comune di scegliere il titolare/responsabile dell'esecuzione, che non può che essere il proprietario delle aree da edificare.

Del resto, anche nell'ipotesi in cui le opere di urbanizzazione debbano essere cedute a gestori diversi dal Comune, la convenzione è stipulata non con tali gestori, ma solo con il Comune.

Anche in ordine all'assenza dell'elemento dell'onerosità del contratto, pare sostenibile la tesi per cui l'obbligo di urbanizzazione non ha natura giuridica di "corrispettivo" (urbanizzazione contro il diritto di costruire o di lottizzare) o di prestazione alternativa rispetto al pagamento del contributo di urbanizzazione.

Al contrario, è possibile argomentare che:
a) l'edificabilità delle aree non discende da accordi con il Comune, ma dalle previsioni di un piano urbanistico;
b) l'urbanizzazione delle aree è un obbligo che discende direttamente dalla legge;
c) la realizzazione diretta delle opere costituisce un elemento della "proprietà edilizia" ed è a carico del proprietario per disposizione di legge;
d) la cessione delle opere di urbanizzazione e delle aree sulle quali insistono, a titolo gratuito, al Comune o agli altri soggetti preposti alla relativa gestione, non dipende dal contratto/convenzione (che ha il solo scopo di garantire l'adempimento degli obblighi ed è in ogni caso stipulato con il solo Comune), ma direttamente dalle previsioni della legge;
e) il contributo "monetizzato" di urbanizzazione non è, dunque, un credito di natura contrattuale del Comune, ma una prestazione di corrispettivo di diritto pubblico, dovuta dal titolare del permesso di costruire per la partecipazione ai costi di urbanizzazione connessi all'edificazione.

Sempre richiamando le sollecitazioni del compianto prof. Michele Pallottino, va ricordato che nel Trattato istitutivo delle Comunità Europee esistono principi equiordinati, e a volte preminenti, rispetto a quelli sulla trasparenza (pubblicità) e sulla imparzialità (procedure concorsuali) sanciti dagli artt. 43 e 49 e particolarmente invocati quando ci si occupa dell'attività contrattuale delle amministrazioni aggiudicatrici.

Si richiama, a tal proposito, quanto previsto dall'art. 4, n. 3, e dell'art. 98 del Trattato, i quali, considerati congiuntamente, impongono il mantenimento dell'equilibrio della finanza pubblica e l'allocazione corretta delle relative risorse.

Ebbene, la normativa italiana sulle opere di urbanizzazione "a scomputo", sancendo l'obbligo della preventiva urbanizzazione per il costruttore di edifici, pone a suo carico ogni onere e responsabilità proprio allo scopo della migliore utilizzazione e allocazione delle risorse pubbliche, con ciò evitando:
1) che il Comune assuma i rischi economici e legali conseguenti alle procedure d'appalto;
2) l'insorgenza di contenziosi relativi a dette procedure;
3) il costo pubblico per ogni Comune dell'organizzazione amministrativa delle procedure di appalto e della loro gestione;

4) l'aumento del costo effettivo delle opere di urbanizzazione, in quanto ogni rischio viene posto a carico del privato;
e di contro assicurando la complementarietà funzionale delle opere di urbanizzazione rispetto agli edifici e le più corrette loro ideazione e realizzazione, finalità queste a rischio, invece, se gli interventi di urbanizzazione fossero realizzati dal Comune.

Né si può dimenticare che con la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione "a scomputo" il privato esegue opere che normalmente presentano un valore di stima ben più elevato dell'importo "tabellare" di relativa competenza, valore che non sarebbe quindi coperto qualora il privato corrispondesse al Comune solo l'importo "tabellare", lasciandogli poi il compito di provvedere all'affidamento in appalto dei corrispondenti lavori.[23]

In questa logica, l'esecuzione diretta di opere di urbanizzazione "a scomputo" non ne comporta l'indebita sottrazione al mercato, in quanto ad esso tali opere non perverrebbero comunque, qualora il relativo affidamento fosse rimesso a procedure ad evidenza pubblica gestite dal Comune, che non potrebbe attivarle per carenze strutturali nella necessaria copertura finanziaria.

E' questo, del resto, l'argomento principale riportato nel parere reso dalla VIII ^ Commissione della Camera dei deputati, laddove si sottolinea che "*le opere di urbanizzazione primaria e secondaria costituiscono, nell'ambito della qualità urbana e, conseguentemente, della vita di ogni cittadino, un ruolo centrale sul piano dell'infrastrutturazione del Paese e che esse rappresentano, nell'ambito degli interventi concessori delle amministrazioni competenti, le uniche opere in grado di avere una copertura finanziaria certa; … che tali opere appartengono, in larga parte, ad una fattispecie non riconducibile nell'ambito dell'appalto pubblico, ma piuttosto in quello della concessione ai sensi della legge n. 1150 del 1942 (legge urbanistica), la quale prevede, all'articolo 28, <l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni>; … che la normativa urbanistica dispone <i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere> di cui sopra, richiede <congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione>, subordina <il rilascio delle licenze edilizie nell'ambito dei singoli lotti (...) all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relative ai lotti stessi>*".

---

[23] Sul punto paiono di particolare interesse le risposte presenti sul sito internet www.bosettiegatti.it, nell'ambito dello scritto "*Opere di urbanizzazione realizzate direttamente da privati e problematiche conseguenti dopo il 1° agosto 2007 (entrata in vigore del d.lgs. n. 113 del 2007)*" Segnaliamo, in particolare, le risposte:
n. 1 "*Il proprietario deve farsi carico di tutte le opere di urbanizzazione necessarie, a prescindere dal loro importo per cui non ha alcuna importanza se i contributi di pertinenza dell'intervento sono insufficienti a dotare la struttura delle opere di urbanizzazione necessarie. Ciò vale sia per i piani attuativi (art. 28 della legge urbanistica;* ndr: si tratta della legge 1150/*1942) che per i singoli permessi di costruire (art. 12, comma 2, del DPR n. 380 del 2001)*";
n. 3 "*… è del tutto irrilevante che l'importo delle opere sia superiore all'importo degli oneri. Questi sono dovuti a conguaglio, solo e in quanto l'importo delle opere correttamente eseguite (o fatte eseguire o pagate al Comune) sia inferiore agli oneri <tabellari> (circostanza che peraltro non si verifica quasi mai)*".
In giurisprudenza si richiama il TAR Lombardia, Brescia, 25 luglio 2005, n. 784, per cui "*non è rinvenibile un principio che dia titolo al soggetto che ha stipulato una convenzione urbanistica con il Comune di non corrispondere al medesimo (in denaro, in aree cedute o in opere di urbanizzazione realizzate), beni di valore complessivamente superiore a quanto dovuto per oneri di urbanizzazione primaria e secondaria*"; analogamente Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 33.

5. Le ulteriori, più rilevanti, pronunce sul rapporto tra opere di urbanizzazione "a scomputo" e disciplina degli appalti pubblici

Se, come visto in precedenza, l'origine della questione di cui ci si occupa può essere fatta risalire alla sentenza della Corte di Giustizia 12 luglio 2001, causa C-399/98, appare opportuno richiamare alcune della pronunce che ad essa hanno fatto seguito e che hanno inevitabilmente condizionato sia il dibattito sull'argomento, sia l'*iter* normativo che ha condotto al terzo Decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici.

5.a) Corte Costituzionale 28 marzo 2006, n. 129

Segnaliamo innanzitutto la sentenza della Corte Costituzionale 28 marzo 2006, n. 129, la quale ricorda che "*La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, contenuta in un gruppo di direttive che hanno ricevuto attuazione mediante atti legislativi nazionali, prevede che in ogni caso, quando si realizzi un'opera o si affidi un servizio o una fornitura per importi uguali o superiori ad un certo valore, il soggetto che procede all'appalto debba adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente*".

La Corte sottolinea, inoltre, che "*L'obbligo sussiste sia che l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro <organismo di diritto pubblico> (secondo la dizione delle direttive prima citate), sia che lo stesso venga effettuato da un privato, il quale in tal caso assume – come chiarito dalla Corte di giustizia delle Comunità europee – la veste di <titolare di un mandato espresso>, conferito dall'ente pubblico che intende realizzare l'opera o il servizio (sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98). La citata pronuncia della Corte di giustizia riguarda il caso del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione, cui è consentita la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, quando il valore di tale opera eguagli o superi la soglia comunitaria*".

Fatte tali premesse la Corte Costituzionale considera che "*La fattispecie configurata dalle norme regionali impugnate*[24] *è assimilabile a quella oggetto delle direttive comunitarie sopra citate, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia e riprodotta dal legislatore nazionale italiano. Si tratta infatti di accordi che i privati proprietari di aree destinate ad essere espropriate per la realizzazione di attrezzature e servizi pubblici possono stipulare con il Comune competente, in base ai quali <il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio> (art. 11, comma 3, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005). Si tratta quindi di accordi a titolo oneroso, dai quali derivano per le parti contraenti diritti e obblighi reciproci, che consentono al proprietario espropriando, in particolare, di mantenere la proprietà dell'area e di ottenere la gestione del servizio previsto in cambio della realizzazione diretta degli interventi necessari. Tutta l'operazione prevista dalle norme impugnate è preordinata alla soddisfazione di interessi pubblici, come viene confermato dall'art. 9, comma 12, della legge regionale de qua, che fa riferimento a vincoli previsti <per la realizzazione esclusivamente ad opera della pubblica amministrazione, di attrezzature e servizi>*".

Da ciò la Corte Costituzionale trae la conseguenza che "*sia applicabile anche al proprietario*

[24] In particolare l'art. 9, comma 12, della legge della Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 (Legge per il governo del territorio), per il quale "*È comunque ammessa, da parte del proprietario dell'area, entro il predetto termine quinquennale, la realizzazione diretta di attrezzature e servizi per la cui attuazione è preordinato il vincolo espropriativo, a condizione che la Giunta comunale espliciti con proprio atto la volontà di consentire tale realizzazione diretta ovvero, in caso contrario, ne motivi con argomentazioni di interesse pubblico il rifiuto. La realizzazione diretta è subordinata alla stipula di apposita convenzione intesa a disciplinare le modalità attuative e gestionali*".

espropriando che accetta di realizzare l'opera prevista dall'ente pubblico la qualifica di <titolare di un mandato espresso> conferito dal Comune, di cui alla citata sentenza della Corte di giustizia", pervenendo alla conclusione che "*le direttive comunitarie prima citate – in materia di procedure ad evidenza pubblica per l'attribuzione di lavori, forniture e servizi – debbano essere osservate anche nell'ipotesi che sia conferito ad un privato il compito di realizzare direttamente l'opera necessaria per la successiva prestazione del servizio pubblico, la cui gestione può essere affidata, mediante convenzione, al privato medesimo. Come questa Corte ha già affermato (sentenze n. 406 del 2005, n. 7 e n. 166 del 2004), le direttive comunitarie fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost. La norma costituzionale citata, collocata nella Parte seconda della Costituzione, si ricollega al principio fondamentale contenuto nell'art. 11 Cost. e presuppone il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana. Pertanto la mancata previsione, nelle norme regionali impugnate, dell'obbligo di adottare procedure ad evidenza pubblica in ogni caso in cui l'appalto sia di importo uguale o superiore alla soglia comunitaria, determina la loro illegittimità costituzionale*".

Significativa, in questo contesto, appare l'annotazione riportata nella sentenza 129/2006, per cui "*Non entrano in discussione, per i profili di costituzionalità evocati nella presente questione, le modalità della cosiddetta urbanistica consensuale e perequativa, ma soltanto l'obbligo di procedere alle prescritte gare di appalto, poste a base della normativa europea citata, a tutela della trasparenza e della concorrenza, qualora l'importo delle realizzazioni superi un certo limite. Il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente non può peraltro essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacché la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa nell'ordinamento proprio nella fattispecie oggetto della richiamata pronuncia della Corte di giustizia*".

5.b) Corte Costituzionale 13 luglio 2007, n. 269

Con la pronuncia indicata in rubrica la il giudice delle leggi dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 5, della legge della Provincia di Trento 11 novembre 2005, n. 16[25], ravvisando nella norma impugnata gli stessi vizi che avevano condotto la Corte a dichiarare con la sentenza 129/2006 l'illegittimità costituzionale della disposizione legislativa lombarda[26].

5.c) TAR Lombardia, Sez. II, 4 dicembre 2007, n. 6541

---

[25] Secondo cui "*Le attrezzature e i servizi pubblici previsti dal piano regolatore generale possono essere realizzati direttamente dai proprietari delle aree gravate da vincolo preordinato all'espropriazione, previa convenzione con il comune volta ad assicurare l'effettiva realizzazione e destinazione pubblica delle attrezzature e dei servizi, nonché le loro modalità di realizzazione e gestione*"**.**

[26] In particolare, la sentenza 269/2007 sottolinea che "*Deve essere ribadito, dunque, quanto già affermato da questa Corte nella pronunzia da ultimo citata. Anche nel presente giudizio, infatti, la fattispecie configurata dalla norma provinciale impugnata è assimilabile a quella oggetto delle direttive comunitarie che impongono al soggetto che procede all'appalto l'adozione di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, nel caso in cui l'opera da realizzarsi sia di importo pari o superiore ad un certo valore. In particolare, la pertinente normativa comunitaria prevede quest'obbligo sia nel caso in cui l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro <organismo di diritto pubblico>, sia quando l'opera venga realizzata da un privato, il quale in tal caso assume – come chiarito dalla Corte di giustizia delle Comunità europee e confermato da questa Corte – la veste di <titolare di un mandato espresso>, conferito dall'ente pubblico che intende realizzare l'opera o il servizio (rispettivamente, sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98, e sentenza n. 129 del 2006)*".

La sentenza del giudice amministrativo ha per oggetto la deliberazione del Consiglio comunale di Blevio, che aveva approvato un piano attuativo in variante al PRG, comprendente, tra l'altro, la realizzazione, a spese del titolare del piano, di opere di riqualificazione dell'area pubblica, la costruzione di una piscina pubblica, di uno spazio "marina" a livello di specchio d'acqua e l'ampliamento del bar - ristorante già esistente in quell'area, prevedendo che la realizzazione di tali opere di riqualificazione sarebbe stata effettuata a scomputo degli oneri di urbanizzazione, degli standard e del prezzo di cessione della spiaggia e del viottolo di accesso, originariamente di proprietà comunale e da trasferirsi al titolare del piano attuativo.

Nell'accogliere il ricorso, il TAR Lombardia sottolinea che "*la questione relativa allo scomputo degli oneri di urbanizzazione a favore di coloro che si accollano la realizzazione di opere di urbanizzazione secondaria è stata oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia della Comunità Europea la quale, con sentenza del 12 luglio 2001 (proc. C-399/98), ha affermato il principio dell'affidamento (mediante gara pubblica) dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo quando il valore delle stesse superi la soglia fissata dalla norma comunitaria.*
Tale principio è stato trasfuso nella legislazione italiana, dapprima nell'art. 2, comma 5, della legge n. 109/94 e ora nell'art. 32 del D.lgs n. 163/2006 che, con riferimento alle opere di urbanizzazione secondaria, si applica anche nel caso di lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria.
Ora, sebbene il caso in esame non possa essere del tutto assimilato al caso preso in considerazione dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea e, ora, dall'art. 32 del codice in ragione della non completa assimilazione degli interventi di che trattasi (quantomeno con riferimento alle opere di riqualificazione dell'area, alla realizzazione di uno spazio "marina" e all'ampliamento del bar - ristorante esistente) alle c.d. opere di urbanizzazione secondaria (mentre in tale categoria va ricompresa la piscina pubblica), ciò che conta nella fattispecie in esame è che si tratta comunque di opere pubbliche il cui affidamento (a maggior ragione rispetto alla realizzazione delle opere di urbanizzazione) non può essere sottratto alle regole di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. <codice dei contratti pubblici>), dettate sia con riferimento ai lavori di rilevanza comunitaria che sotto soglia".

5.d) Corte di Giustizia 21 febbraio 2008, causa C-412/04

Con la sentenza indicata in rubrica la Corte di Giustizia si è pronunciata sul ricorso presentato a norma dell'art. 226 del Trattato dalla Commissione Europea contro la Repubblica Italiana, ricorso secondo il quale alcune norme della legge quadro sui lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109), come modificata dalla c.d. "Merloni *quater*" (legge 1 agosto 2002, n. 166), violerebbero gli artt. 43 e 49 del Trattato, nonché le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici (per quanto attiene ai lavori, la direttiva 93/37/CEE).

Tra le disposizioni impugnate vi era anche l'art. 2, comma 5, della legge 109/1994 e s.m., che sottraeva all'obbligo dell'utilizzo delle procedure di gara previste dalla citata direttiva 93/37CEE gli "*interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi ad atti abilitanti all'attività edilizia o conseguenti agli obblighi di cui al quinto comma dell'articolo 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, o di quanto agli interventi assimilabile*", stabilendo che "*per le singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria i soggetti privati sono tenuti ad affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla citata direttiva 93/37/CEE*".

La prima tesi "accusatoria" della Commissione Europea è che "*le disposizioni della legge n. 109/1994, in combinato disposto con le disposizioni pertinenti delle leggi n. 1150/1942 e n. 10/1977, consentono l'affidamento diretto dei lavori o di un'opera che costituiscono appalti pubblici di lavori ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 al titolare di una convenzione*

edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, senza garantire, con disposizioni esplicite, l'applicazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento sanciti dal Trattato CE, che devono essere rispettati anche se l'importo valutato è inferiore alla soglia di applicazione di tale direttiva".

Sul punto la Corte di Giustizia sottolinea in primo luogo che "*il legislatore comunitario ha fatto la scelta esplicita e di principio di lasciare gli appalti inferiori ad un certo limite al di fuori del regime di pubblicità che ha introdotto, non imponendo di conseguenza alcun obbligo specifico relativamente ad essi*" (punto 65).

Peraltro, secondo la Corte, "*quando sia accertato che un tale appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE*" (punto 66).

Nonostante ciò, la Corte conclude che "*gli Stati membri non sono tenuti ad adottare, nella loro normativa di trasposizione di tale direttiva, disposizioni che richiamano l'obbligo di rispettare gli artt. 43 CE e 49 CE, che trova applicazione solo nelle condizioni richiamate al punto precedente della presente sentenza*" (punto 67), con la conseguenza che "*l'astensione a tal riguardo del legislatore italiano, per quanto riguarda gli appalti pubblici che interessano le opere di urbanizzazione di un valore inferiore alla soglia di applicazione della direttiva 93/37 eseguite dal titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, nel caso in cui è dimostrata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, non mette tuttavia in discussione l'applicabilità ai detti appalti degli artt. 43 CE e 49 CE*" (punto 68).

La seconda tesi "accusatoria" della Commissione Europea riguardava il riferimento alla "soglia europea" operato dall'art. 2, comma 5, della legge 109/1994 e s.m. non già in relazione al valore complessivo dell'intervento di urbanizzazione, bensì a ciascuna "singola" opera di urbanizzazione, seppur contemplata dal medesimo piano urbanistico e dalla conseguente, unitaria, convenzione.

Sul punto, ricordate le conclusioni cui la stessa Corte era pervenuta con la sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98[27], la sentenza in rubrica statuisce che "*qualora la convenzione stipulata tra un singolo, proprietario di suoli edificatori, e l'amministrazione comunale risponda ai criteri di definizione della nozione di <appalti pubblici di lavori> ai sensi dell'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37 … , l'importo di stima che in via di principio deve essere preso in*

[27] In particolare, nel punto 70 della sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, si legge che "*occorre anzitutto ricordare che, secondo la giurisprudenza della Corte, il fatto che una disposizione di diritto nazionale che prevede la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione da parte del titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, faccia parte di un complesso di norme in materia urbanistica dotate di caratteristiche proprie e dirette al raggiungimento di specifici obiettivi, distinti da quelli della direttiva 93/37, non è sufficiente a escludere la realizzazione diretta dall'ambito di applicazione di quest'ultima, qualora risultino soddisfatti tutti gli elementi necessari affinché essa vi rientri (v. sentenza Ordine degli Architetti e a., cit., punto 66)*", mentre nel punto 71 si sottolinea che "*questa realizzazione deve pertanto essere assoggettata alle procedure previste dalla direttiva 93/37 allorché soddisfa le condizioni indicate da quest'ultima perché sussista un appalto pubblico di lavori e, in particolare, allorché è presente l'elemento contrattuale richiesto dall'art. 1, lett. a), di tale direttiva e il valore dell'opera è pari o superiore alla soglia fissata all'art. 6, n. 1, della stessa*".

considerazione al fine di verificare se la soglia stabilita da tale direttiva sia raggiunta, e se, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto debba rispettare le norme di pubblicità poste dalla stessa, può essere determinato solo in relazione al valore globale dei differenti lavori ed opere, sommando i valori dei differenti lotti" (punto 73), con la conseguenza che "*Prevedendo una procedura di attribuzione conforme a quanto disposto dalla direttiva 93/37 unicamente nell'ipotesi in cui l'importo di stima di ciascuno di questi lotti, considerato individualmente, supera la soglia di applicazione della stessa, la normativa italiana è incompatibile con tale direttiva*" (punto 74).

5.e) Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione 2 aprile 2008, n. 4

Con il provvedimento in rubrica l'Autorità ha inteso fornire chiarimenti in ordine alle procedure da seguire per la realizzazione di opere pubbliche nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con amministrazioni pubbliche, in particolare nell'ambito della disciplina dei piani di riqualificazione urbana (legge 4 dicembre 1993, n. 493) e dei piani integrati di intervento (legge 17 febbraio 1992, n. 179).

In via preliminare l'Autorità osserva che gli accordi convenzionali citati rientrano nel più ampio *genus* dei cosiddetti "programmi complessi", che a partire dagli anni '90 sono stati introdotti nel sistema nazionale di governo del territorio, trasferendo sul piano negoziale sia i rapporti tra i soggetti pubblici coinvolti, sia quelli tra gli stessi soggetti pubblici e i soggetti privati interessati, attribuendo a questi ultimi un ruolo attivo nella politica di trasformazione territoriale.

Detti programmi si caratterizzano, quindi, per rappresentare un complesso sistematico di interventi pubblici e privati accompagnato anche da un completamento delle opere di urbanizzazione, al fine di valorizzare qualitativamente l'ambito territoriale oggetto di intervento.

L'Autorità sottolinea che l'accordo sulla base del quale si dà attuazione al programma si fonda, sostanzialmente, su uno "scambio di prestazioni": a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, vengono cedute dallo stesso privato aree e/o realizzate opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio.

Si tratta, pertanto, di ipotesi in cui, a compenso di benefici conseguiti dai privati (come ad esempio quelli derivanti da modificazioni di destinazione urbanistica di aree), questi si impegnano a realizzare, quale controprestazione in favore dell'amministrazione, opere di pubblico interesse.

Sempre a giudizio dell'Autorità, gli accordi cui si è fatto ora cenno trovano la loro espressione formale nelle convenzioni urbanistiche, il cui archetipo è la convenzione di lottizzazione prevista dall'art. 28 della legge n. 1150/1942, e si iscrivono a pieno titolo nell'alveo della c.d. "amministrazione negoziata", ove l'esercizio del potere viene canalizzato nelle forme dell'accordo con i potenziali destinatari dei suoi effetti (art. 11 della legge 241/1990).

Ricordato che la Corte di Giustizia, con la sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, ha ricondotto il fenomeno dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" al *genus* "appalto pubblico di lavori", l'Autorità si chiede se i principi enucleati nella citata pronuncia della Corte possano trovare applicazione anche nei confronti di altre forme di "urbanistica negoziata", che pur non presentano il fenomeno della realizzazione di opere di urbanizzazione "a scomputo" dei corrispondenti oneri.

L'Autorità conclude in senso affermativo, sottolineando che "*la stessa Corte costituzionale, con la sentenza citata n. 129/2006, ha sostanzialmente ritenuto 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".

Del resto, secondo l'Autorità "*il contenuto dei piani di lottizzazione è comune a tutti i piani attuativi, dai Programmi integrati d'intervento ai Programmi di riqualificazione urbana, per cui un'interpretazione restrittiva del campo di applicazione del citato art. 32 del Codice non risulterebbe coerente con i principi ermeneutici di non contraddizione e di intrinseca coerenza logico-sistematica*".

Ne consegue che "*la realizzazione di opere ricomprese nei <programmi complessi> debba essere disciplinata ai sensi dei citati articoli 32, 121 e 122 del decreto legislativo n. 163/2006*".

Di particolare rilievo risulta l'affermazione - riportata nella determinazione 4/2008 - per cui dalla disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo" contenuta nel Codice dei contratti pubblici ed estensibile, per i motivi sopra detti, anche alle opere ricomprese nei "piani complessi", si ricava che "*che il titolare del permesso di costruire o il privato lottizzante, per la realizzazione dei lavori di urbanizzazione primaria e secondaria di importo superiore alla soglia comunitaria, ha la duplice possibilità di esperire egli stesso le procedure di gara nel rispetto della disciplina normativa contenuta nel Codice (sulla base di un mandato conferito dall'amministrazione: cfr. Corte Giustizia 12 luglio 2001, C-399/98, sopra citata) ovvero assumere la veste di promotore nell'ambito di una procedura ispirata al modello del project financing. Analogamente, per i lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria, ad eccezione delle opere di urbanizzazione primaria, per le quali il legislatore ammette la diretta realizzazione da parte del titolare del permesso di costruire o privato lottizzante, occorre fare applicazione della disciplina comune dettata per la scelta del contraente*"[28].

Sembra opportuno sottolineare che le conclusioni dell'Autorità si riferiscono a fattispecie nelle quali l'assunzione, da parte del privato, dell'obbligo di realizzare le opere di urbanizzazione, pur non avvenendo a fronte di uno "scomputo" degli oneri di urbanizzazione dovuti dallo stesso privato in relazione all'intervento urbanistico-edilizio da lui proposto, si pongono comunque in una logica di "scambio di prestazioni" di contenuto urbanistico (volumetrie, destinazioni d'uso, ecc.) con il Comune.

[28] Naturalmente l'Autorità non può che fare riferimento alla disciplina risultante dagli artt. 32, comma 1, lett. g) e 122, comma 8, del D. Lgs. 163/2006, nel testo antecedente il terzo Decreto correttivo, che come già evidenziato al paragrafo 2 del presente scritto non contempla più né la figura del promotore con relativo diritto di prelazione, né la facoltà di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria.
Va, altresì, ricordato che la determinazione 4/2008 individua anche una fattispecie nella quale l'esecuzione delle opere pubbliche previste nelle convenzioni urbanistiche accessive a "programmi complessi" può aver luogo senza fare applicazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di opere di urbanizzazione "a scomputo".
Si tratta dell'ipotesi in cui la scelta del soggetto con il quale concludere la convenzione urbanistica non discende da un proposta autonoma del privato interessato, ma deriva da un reale e previo confronto concorrenziale posto in essere dall'amministrazione, con la fissazione dei criteri di scelta del privato contraente, accompagnato dalla richiesta dei prescritti requisiti di qualificazione per la esecuzione dei lavori.
In questo caso, sottolinea l'Autorità, il privato formula le proprie proposte in piena concorrenza con altri operatori economici, sulla base di un'adeguata pubblicizzazione dell'iniziativa da parte dell'amministrazione, con la conseguenza che il soggetto prescelto a conclusione del descritto confronto concorrenziale potrà legittimamente eseguire in proprio l'intervento che ha proposto.

Laddove, invece, tale assunzione non si ponga in alcuna logica di "scambio", ma abbia un contenuto assolutamente gratuito (mancando sia lo "scomputo" dagli oneri, sia altre "utilità" urbanistiche), manca qualsiasi elemento che possa portare ad attrarre il fenomeno nell'alveo del contratto d'appalto di lavori pubblici, contratto necessariamente a prestazioni corrispettive, seppure nell'interpretazione "estensiva" datane dalla Corte di Giustizia (12 luglio 2001, C-412/04) e fatta propria dalla Corte Costituzionale (28 marzo 2006, n. 129 e 13 luglio 2007, n. 269) e dall'Autorità (determinazione 4/2008).

5.f) Commissione delle Comunità europee - Atto di costituzione in mora della Repubblica Italiana nell'ambito della procedura d'infrazione 2007/2309

Con l'atto indicato in rubrica la Commissione Europea ha costituito in mora la Repubblica Italiana segnalando una nutrita serie di disposizioni del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come modificato dal D.L.12 maggio 2006, n. 173, convertito con legge 12 luglio 2006, n. 228, dal D. Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6 e dal D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113) che a suo dire risulterebbero incompatibili con le direttive comunitarie 2004/17/CEE e 2004/18/CEE che il Codice dei contratti pubblici ha inteso recepire nell'ordinamento nazionale.

Tra le disposizioni ritenute dalla Commissione europea incompatibili nel senso anzidetto vi sarebbe anche l'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006, in quanto "*Oltre a presentare i medesimi problemi di compatibilità con il diritto comunitario sollevati dalle disposizioni del Codice in materia di promotore …, la procedura particolare di cui all'articolo 32 mantiene il diritto di prelazione in favore del promotore, che peraltro può essere solo il titolare del permesso di costruire*".

Inoltre, la Commissione Europea rileva che "*l'articolo 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*".

Sin qui le esplicite doglianze della Commissione in ordine alla disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo" contenuta nel Codice dei contratti pubblici, anche se l'atto di costituzione in mora 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 legge n. 109/94 sono state parimenti oggetto del ricorso per inadempimento sopra citato*".[29]

6. L'iter di formazione del terzo Decreto correttivo

Tralasciando le numerose versioni del terzo Decreto correttivo che sono circolate già nella seconda metà del 2007, senza peraltro pervenire ad alcun livello di ufficialità, è opportuno prendere le mosse dal testo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 27 giugno 2008.

6.a) Il testo oggetto dell'approvazione preliminare (27 giugno 2008)

In detto testo veniva menzionata (e lo sarà anche nella versione approvata in via definitiva il successivo 1° agosto) l'infrazione comunitaria n. 2 007/2309 e la nota di costituzione in mora proveniente dalla Commissione delle Comunità europee, di cui si è fatto cenno al precedente paragrafo 4.f).

[29] Si tratta del ricorso proposto dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee dalla Commissione contro l'Italia, causa C-412/04, poi deciso con sentenza del 21 febbraio 2008, di cui si è trattato al paragrafo 4.d) del presente scritto.

Per quanto attiene all'articolato proposto, le modifiche al vigente art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006 consistevano:
a) nella sostituzione del progetto preliminare – che il soggetto privato, titolare del permesso di costruire, che voglia assumere il ruolo di promotore, è tenuto a presentare all'amministrazione – con uno studio di fattibilità anch'esso presentato dal titolare del permesso di costruire[30];
b) nella scomparsa del diritto di prelazione in capo al promotore titolare del permesso di costruire.

A sua volta, la modifica all'art. 122 del Codice consisteva nella soppressione dell'espressione "*per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e successive modificazioni*[31]".

Nella Relazione allo schema di provvedimento, entrambe le modifiche sopra richiamate venivano giustificate con l'intenzione di recepire le osservazioni mosse dalla Commissione europea nell'ambito della citata procedura d'infrazione n. 2007/2309.

Ciò è immediatamente riscontrabile con riguardo alla nuova formulazione dell'art. 32, comma 1, lett. g), ma non altrettanto in relazione all'art. 122, comma 8. Infatti, come già sottolineato nel precedente paragrafo 4.f), l'atto di costituzione in mora della Repubblica Italiana non menziona affatto tale ultima disposizione tra quelle che la Commissione europea ritiene incompatibili con le direttive comunitarie.

Invero, la modifica all'art. 122, comma 8, del Codice - con la soppressione del rinvio all'art. 16, comma 2, del DPR 380/2001, delineante una fattispecie di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione "a scomputo" – appariva, semmai, idonea a dare una migliore risposta dell'ordinamento nazionale ai rilievi contenuti nella sentenza della Corte di Giustizia 21 febbraio 2008 (causa C-412/04), per la quale "*quando sia accertato che un … appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE*" (punto 66).

Come già ricordato nel precedente paragrafo 4.d), infatti, se è pur vero che la Corte di Giustizia aveva in quell'occasione concluso che "*gli Stati membri non sono tenuti ad adottare, nella loro normativa di trasposizione di tale direttiva, disposizioni che richiamano l'obbligo di rispettare gli artt. 43 CE e 49 CE, che trova applicazione solo nelle condizioni richiamate al punto precedente della presente sentenza*" (punto 67), con la conseguenza che "*l'astensione a tal riguardo del legislatore italiano, per quanto riguarda gli appalti pubblici che interessano le opere di urbanizzazione di un valore inferiore alla soglia di applicazione della*

[30] Il riferimento allo studio di fattibilità consentiva il pieno allineamento della rinnovata disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo" di rilevanza comunitaria alla nuova disciplina del *project financing* introdotta dal medesimo terzo Decreto correttivo, che per l'appunto prevede una procedura per la ricerca del promotore prescelto, da indirsi sulla base di uno studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice o da questa acquisito in sede di proposta d'interventi relativi alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale.
Per l'appunto, la versione dell'art. 32, comma 1, lett. g), approvata in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno 2008, faceva rinvio alla procedura di gara di cui al nuovo testo dell'art. 155 del Codice.
[31] Per il relativo testo si rimanda alla precedente nota 9.

direttiva 93/37 eseguite dal titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, nel caso in cui è dimostrata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, non mette tuttavia in discussione l'applicabilità ai detti appalti degli artt. 43 CE e 49 CE" (punto 68), è altrettanto indubbio che l'esplicito rinvio all'art. 16, comma 2, del DPR 380/2001 - che prevede la realizzazione diretta, da parte del proprietario titolare del permesso di costruire, delle opere di urbanizzazione "a scomputo" – poteva essere inteso quale negazione *a priori* dei principi di pubblicità, trasparenza, concorsualità e non discriminazione sanciti dalle citate norme del Trattato[32] [33]

Peraltro, attesa la funzione dell'art. 122 del D. Lgs. 163/2006 (compreso nella Parte II, Titolo II – contratti sotto soglia comunitaria) di dettare una disciplina derogatoria a quella delineata nel Titolo I per le medesime fattispecie, ma d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria, la modifica proposta al relativo comma 8 appariva "ridondante"[34], se non addirittura tale da delineare, per le opere di urbanizzazione primaria "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria, una disciplina più pesante (affidamento solo in appalto ed a seguito di procedura necessariamente concorsuale) di quanto consentito per tutte le opere di urbanizzazione "a scomputo" (quindi anche le secondarie), d'importo pari o superiore a tale soglia.

6.b) Il parere della Conferenza Unificata Stato-Autonomie locali (10 luglio 2008)

Relativamente alle opere di urbanizzazione "a scomputo", la Conferenza Unificata ha proposto in primo luogo un emendamento concernente il nuovo testo (nella stesura approvata dal Consiglio dei Ministri del 27 giugno) dell'art. 32, comma 1, lett. g)[35]

Nel motivare la propria iniziativa, la Conferenza Unificata afferma che "*Non sembra corretto il*

---

[32] E' questa, ad esempio, la tesi espressa dal Centro Studi del Consiglio Nazionale Ingegneri, "*Analisi e commenti sullo schema di Decreto Legislativo <Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture> (Atto n. 12)*", del 23 luglio 2008.

[33] Va, peraltro, segnalato che nella documentazione depositata dal Ministero delle infrastrutture durante i lavori della Commissione VIII della Camera dei deputati ed allegata al Resoconto della seduta del 29 luglio, si legge che "*Con riferimento all'articolo 16 del decreto del Presidente della Repubblica 380/2001, si evidenzia che lo stesso risulta compatibile con la nuova disposizione del Codice*".

Tesi analoga era stata espressa dall'ANCE nel comunicato n. 1555 dell'8 luglio 2008 che, nel commentare il testo dello schema di Decreto correttivo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno, e l'eliminazione operata nel corpo dell'art. 122, comma 8, del Codice, del riferimento all'art. 16, comma 2, del DPR 308/2001, affermava che "*Nonostante l'eliminazione di tale periodo si ritiene non sussistano dubbi sul fatto che le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia comunitaria possano essere eseguite dal titolare del permesso di costruire, e ciò sia perché il comma 8 dell'art. 122 mantiene l'esplicita previsione della non applicabilità dell'art. 32, comma 1, lettera g), sia perché l'art. 16, comma 2, del DPR n. 380/2001 continua ad essere pienamente vigente*".

[34] Espressione adoperata nello scritto del Centro Studi del Consiglio Nazionale Ingegneri citato alla nota 32.

[35] Invero, nella Relazione tecnica costituente l'Allegato 2 al parere della Conferenza Unificata si legge anche che "*Le opere di urbanizzazione previste nel citato art. 16 sono strettamente connesse alla gestione del territorio e ai processi correlati di trasformazione incidendo sostanzialmente sulla proprietà privata. Tale contesto comporta la stretta correlazione tra il soggetto privato delle aree e titolare del diritto di edificare e il soggetto pubblico che ha concesso il citato <Diritto edificatorio> attraverso i propri atti di pianificazione.*

Tale particolarità potrebbe essere risolta nell'ambito del Codice e nel rispetto degli indirizzi comunitari inserendo le trasformazioni del territorio, costituite da programmi e piani complessi, finalizzati ad una crescita omogenea e articolata dei centri urbani, nell'ambito delle infrastrutture strategiche di cui agli art. 161 e seguenti del Codice stesso con la conseguente applicazione di quanto ivi previsto tra cui l'art. 172 che consente il coinvolgimento anche del privato titolare del diritto edificatorio nell'attività di coordinamento delle opere".

riferimento che la modifica prevista dal Ministero fa alla figura del promotore, in quanto la fattispecie non riguarda il contratto di concessione di lavori pubblici; pertanto il richiamo all'art. 153 non appare pertinente. Sembra invece maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all'appalto di progettazione ed esecuzione, nei termini dell'emendamento proposto".

Quest'ultimo assume, pertanto, la seguente formulazione:
"*lavori pubblici da realizzarsi da parte di 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. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire presenti all'amministrazione medesima in sede di richiesta del permesso di costruire un progetto preliminare delle opere da eseguire. 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 la esecuzione di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, e degli oneri di sicurezza*".

Com'è agevole constatare, si tratta di una stesura molto vicina a quella poi definitivamente approvata dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 1° agosto [36], dalla quale si discosta solo per aspetti secondari:
a) nell'emendamento proposto dalla Conferenza Unificata il progetto preliminare delle opere di urbanizzazione viene presentato dal titolare del permesso di costruire, mentre il testo definitivo, in modo più aderente alla normale sequenza di tali attività, parla di "*avente diritto a richiedere il permesso di costruire*";
b) l'emendamento non esplicita che il progetto preliminare deve indicare il tempo massimo di ultimazione delle opere di urbanizzazione, né che ad esso deve essere allegato lo schema del relativo contratto di appalto.

Un secondo emendamento viene avanzato nei confronti della nuova formulazione proposta dell'art. 122, comma 8, contenuto nello schema di terzo Decreto correttivo.

L'emendamento prevede l'affidamento delle opere di urbanizzazione sia primaria, sia secondaria, ma comunque inferiori alla soglia comunitaria, mediante procedura di gara informale tra almeno cinque soggetti (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 57, comma 6, del D. Lgs. 163/2006), con un testo che è stato poi fedelmente ripreso nella versione del provvedimento approvata definitivamente dal Consiglio dei Ministri del 1° agosto.

6.c) Il parere del Consiglio di Stato n. 2357/08 (14 luglio 2008)

Il massimo organo consultivo sottolinea, innanzi tutto, come la modifica proposta nel testo approvato in via preliminare il 27 giugno sia finalizzata a recepire i rilievi provenienti dalla Commissione europea e concernenti il diritto di prelazione riconosciuto al promotore delle opere di urbanizzazione "a scomputo", a sua volta necessariamente identificato nel solo titolare del permesso di costruire.

Pur rilevando che la proposta votata dal Consiglio dei Ministri del 27 giugno si presenta conforme ai principi comunitari, avendo soppresso il diritto di prelazione in precedenza

[36] Si veda il paragrafo 3 del presente scritto.

riconosciuto al promotore[37], il Consiglio di Stato si allinea all'emendamento votato dalla Conferenza Unificata[38], affermando che "*… non sembra corretto il riferimento alla figura del promotore, in quanto la fattispecie non riguarda il contratto di concessione di lavori. Anzi le opere di urbanizzazione sono interamente finanziate mediante gli oneri di concessione non corrisposti dal titolare del permesso di costruire; e quindi in sostanza con risorse pubbliche.*[39] *Sicché il richiama all'articolo 153 del Codice non appare pertinente. Quindi l'indizione della gara da parte dell'amministrazione deve avvenire con le modalità previste dall'articolo 55 del Codice medesimo. Inoltre sembra maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all'appalto di progettazione e esecuzione*".

Il Consiglio di Stato non formula, invece, alcuna osservazione o proposta emendativa nei confronti del nuovo testo dell'art. 122, comma 8.

6.d) Il parere della Commissione VIII della Camera dei deputati (29 luglio 2008)

Si è già accennato, in chiusura del paragrafo 4.b), ai contenuti "anticonformisti" del parere reso dalla Commissione VIII della Camera, rispetto al "tradizionale" allineamento ai dettami della Corte di Giustizia in tema di opere di urbanizzazione "a scomputo".

La Commissione camerale ha, infatti, sottolineato che "*le opere di urbanizzazione primaria e secondaria costituiscono, nell'ambito della qualità urbana e, conseguentemente, della vita di ogni cittadino, un ruolo centrale sul piano dell'infrastrutturazione del Paese e che esse rappresentano, nell'ambito degli interventi concessori delle amministrazioni competenti, le uniche opere in grado di avere una copertura finanziaria certa; … che tali opere appartengono, in larga parte, ad una fattispecie non riconducibile nell'ambito dell'appalto pubblico, ma piuttosto in quello della concessione ai sensi della legge n. 1150 del 1942 (legge urbanistica), la quale prevede, all'articolo 28, <l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relative alla lottizzazione o di quelle opere che siano necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi; la quota è determinata in proporzione all'entità e alle caratteristiche degli insediamenti delle lottizzazioni>; … che la normativa urbanistica dispone <i termini non superiori ai dieci anni entro i quali deve essere ultimata l'esecuzione delle opere> di cui sopra, richiede <congrue garanzie finanziarie per l'adempimento degli obblighi derivanti dalla convenzione>, subordina <il rilascio delle licenze edilizie nell'ambito dei singoli lotti (...) all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relative ai lotti stessi>*".

Di qui la proposta "radicale" di "*procedere alla soppressione della lettera f), sostitutiva dell'articolo 32, comma 1, lettera g), del Codice, che disciplina le opere di urbanizzazione a scomputo, considerato che, come anche suggerito nelle osservazioni formulate dalla Commissione europea in materia*[40]*, appare plausibile far rientrare la realizzazione delle*

[37] Si veda il paragrafo 6.a) del presente scritto.
[38] Si veda il precedente paragrafo 6 b).
[39] Affermazione, quest'ultima, sicuramente in linea con la tesi fatta propria dalla Corte di Giustizia nella sentenza sul "caso Bicocca", ma che andrebbe verificata nella sua intera portata: se il titolare del permesso di costruire si limitasse a versare al Comune gli oneri di urbanizzazione senza eseguire "a scomputo" le relative opere, il Comune disporrebbe dell'intera copertura finanziaria per appaltare dette opere? Oppure l'esecuzione "a scomputo" consente di realizzare maggiori opere, ovvero opere di maggior valore economico, rispetto a quanto è nella disponibilità economica del Comune in base ai soli proventi degli oneri di urbanizzazione che gli vengono corrisposti?
Sul punto si richiama quanto riportato al paragrafo 4.b) e, in particolare, alla relativa nota 23.
[40] Sfugge, peraltro, a quali osservazioni della Commissione europea faccia riferimento la Commissione VIII della Camera dei deputati, poiché non sembra esservi traccia di simile suggerimento nella comunicazione di costituzione in mora della Repubblica Italiana (procedura d'infrazione 2007/2309) di cui al precedente paragrafo 5.f).

opere di urbanizzazione primaria e secondaria nell'ambito del rapporto di concessione con il titolare del permesso di costruire, di cui all'articolo 28 della legge n. 1150 del 1942".

Rilevando come l'ipotesi della soppressione dell'intera lettera f) dello schema di Decreto correttivo – e, quindi, dell'intero art. 32, comma 1, lett. g), del Codice – appaia la più razionale e compiuta misura attuabile sulla materia, la Commissione propone, in via subordinata:
a) "*che sia rimessa alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di procedere, in alternativa alla gara, all'affidamento diretto al soggetto titolare della concessione delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, nel caso di opere <sotto soglia>*"[41];
b) che sia prevista "*la facoltà di procedere all'affidamento diretto per le opere «fuori scomputo», all'interno o all'esterno del comparto e comunque funzionali al comparto oggetto dell'intervento, risultanti da accordi pattuiti ai sensi delle norme vigenti tra ente procedente e privato e a totale carico dello stesso privato*"[42].

L'affermazione contenuta nel parere testé richiamato sembra, piuttosto, il frutto di un equivoco interpretativo.
Infatti, nella trascrizione stenografica dell'intervento introduttivo del relatore on. Mauro Pili (16 luglio 2008), si legge che si ritiene "*indispensabile inquadrare il tema alla radice del rilievo della Commissione europea, che sostiene che l'articolo 32, comma 2, del codice abbia una vocazione ad applicarsi all'attribuzione di appalti pubblici di lavori, che – sostiene la Commissione – è soggetta a regole comunitarie ben più dettagliate di quelle applicabili all'attribuzione delle concessioni di lavori. Dunque, l'Unione Europea sembra rilevare la vocazione dell'articolo 32 ad applicarsi agli appalti pubblici e, conseguentemente, per quello che giudica un erroneo inquadramento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria nel medesimo articolo, la Commissione uniforma i rilievi*".
Peraltro, a giudizio di chi scrive il rilievo della Commissione europea non riguarda il presunto, errato, inserimento delle opere di urbanizzazione "a scomputo" nell'art. 32, dedicato agli appalti e non alle concessioni, quanto la configurazione in capo al privato del ruolo di promotore (con annesso diritto di prelazione), che risulta essere tipico dell'istituto concessorio e non estensibile all'istituto dell'appalto.

[41] Invero, questa facoltà era già pienamente riconosciuta per le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia dal vigente art. 122, comma 8 e, pertanto, sul punto il parere in commento appare implicitamente dissentire dalla portata attribuita alla proposta, contenuta nello schema di terzo Decreto correttivo sottoposto al parere, di sopprimere il riferimento all'art. 16, comma 2, del DPR 380/2001.
L'aspetto sicuramente innovativo della proposta della Commissione VIII della Camera risulta, sul punto, quello concernente l'affidamento diretto delle opere di urbanizzazione secondaria, consentito dal testo vigente del Codice (e anche da quello risultante dal terzo Decreto correttivo) solo per quelle opere per le quali i soggetti privati abbiano già assunto nei confronti del Comune, prima dell'entrata in vigore del Codice (avvenuta il 1° luglio 2006), l'obbligo di eseguire i relativi lavori a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

[42] Questa proposta si basa, evidentemente, sull'asserita assenza del carattere "oneroso" che l'esecuzione di dette opere avrebbe per il Comune, assenza che farebbe pregiudizialmente venir meno uno degli elementi richiesti per considerarne l'esecuzione quale appalto di lavoro pubblico, secondo le argomentazioni sviluppate dalla Corte di Giustizia nella sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98 (si veda il precedente paragrafo 4.a) e fatte proprie dalle successive posizioni espresse sull'argomento [paragrafi da 5.a) a 5.f)].
La proposta, altrettanto evidentemente, si contrappone all'indirizzo formulato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, che con la determinazione 4/2008 ha assimilato le opere "fuori scomputo" risultanti da accordi urbanistici tra Comune e soggetti privati, a quelle disciplinate dall'art. 32, comma 1, lett. g).
In relazione agli accordi convenzionali previsti nei c.d. "programmi complessi", l'Autorità afferma che "*L'accordo sulla base del quale si dà attuazione al programma si fonda, sostanzialmente, su uno <scambio di prestazioni>: a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, vengono cedute dallo stesso privato aree e/o realizzate opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio. Si tratta di ipotesi in cui, a compenso di benefici conseguiti dai privati (come ad esempio quelli derivanti da modificazioni di destinazione urbanistica di aree), questi si impegnano a realizzare, quale controprestazione in favore dell'amministrazione, opere di pubblico interesse*".

6.e) Il parere della Commissione VIII del Senato (29 luglio 2008)

Riguardo alle opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria, il parere reso dalla Commissione VIII del Senato, preso atto che "*le opere di urbanizzazione costituiscono parte del più complesso intervento edilizio attuato dal titolare del permesso a costruire e sono in grado di incidere sul risultato dell'intervento stesso*", si prefigge l'obiettivo di far si che "*l'Amministrazione, nel bandire la gara tenga conto di tali esigenze e quindi dei tempi indicati dal titolare del permesso a costruire nonché dell'articolazione contrattuale del rapporto (con i connessi obblighi) che l'esecutore deve rispettare*".

Secondo la Commissione "*In tal modo le due soluzioni (gara da parte del titolare del permesso a costruire e gara da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice) assumono un reale carattere di fungibilità*".

Ne scaturisce un testo di riforma del secondo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g), molto vicino a quello definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri del 1° agosto.

Quanto alle opere di urbanizzazione "a scomputo" di importo inferiore alla soglia comunitaria, la proposta della Commissione modifica l'art. 122, comma 8, prevedendo l'equiparazione di regime tra le opere di urbanizzazione primaria e quelle di urbanizzazione secondaria e l'assoggettamento del loro affidamento ad una gara informale, esperita dallo stesso titolare del permesso di costruire, cui siano invitati a partecipare almeno cinque soggetti idonei.

Da sottolineare che secondo la Commissione "*Per opere di tali minori dimensioni – e quindi di più immediata e rapida attuazione nonché di più diretta incidenza sull'intervento del titolare del permesso a costruire – non è utile prevedere l'alternativa della procedura esperita dal titolare del permesso a costruire ovvero dall'amministrazione aggiudicatrice. E' sufficiente prevedere a carico del titolare del permesso a costruire l'obbligo di adottare la procedura dell'art. 57, comma 6, del Codice così come specificata dallo schema governativo*".

7. Il regime delle opere di urbanizzazione "a scomputo" dopo il terzo Decreto correttivo

Nel paragrafo 3 si sono già indicate le principali innovazioni introdotte con il D. Lgs. 152/2008 rispetto alle precedenti formulazioni degli artt. 32, comma 1, lett. g) e 122, comma 8, del D. Lgs. 163/2006.

Dopo aver ricostruito le premesse giuridiche (essenzialmente di matrice giurisprudenziale ed in primo luogo di provenienza comunitaria) e *l'iter* formativo del nuovo testo normativo, cerchiamo ora di riassumerne la conseguente disciplina.

7.a) Le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria

La fattispecie in rubrica è disciplinata dall'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006.

Come già evidenziato in apertura del paragrafo 2., fin dalla stesura originaria del Codice la disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo" era inserita nell'articolo rubricato "*Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatari*", come tale rivolto in primo luogo ad individuare i soggetti "committenti" di appalti pubblici e solo in via mediata a delineare le fattispecie di lavori/servizi/forniture oggetto dei contratti di appalto (o di concessione) affidati da tali soggetti.

In questa logica, pertanto, appare corretto affermare che in virtù del primo periodo della lett.

g) dell'art. 32, comma 1, 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*" sono "*altri soggetti aggiudicatori*", in quanto "*soggetti privati tenuti all'osservanza del presente codice*" (ex art. 3, comma 31 – definizioni).

A tale conclusione non pare ostare in modo insuperabile la circostanza che la lett. g) è l'unica di tutto l'art. 32, comma 1 [che va dalla lett. a) alla lett. h)] a non descrivere la fattispecie mediante la medesima sequenza logica: 1) soggetto (lavori e/o servizi e/o forniture) 2) predicato verbale (sempre il participio passato "*affidati*") 3) complemento d'agente (amministrazioni aggiudicatrici/concessionari di lavori pubblici/società con capitale pubblico/soggetti privati/concessionari di servizi/enti aggiudicatori).

Infatti, se è pur vero che la lett g) parla di "*lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti … che assumono in via diretta l'esecuzione …*", è altrettanto vero che va letta considerandola nel contesto ordinamentale descritto nel precedente paragrafo 2.

Ne consegue che le espressioni "*da realizzarsi*" ed "*assumono in via diretta l'esecuzione*", più che indicare la materiale esecuzione/realizzazione con la propria struttura imprenditoriale, indicano la diretta competenza di dette opere in capo al privato titolare del permesso di costruire che, in quanto "*altro soggetto aggiudicatore*", è tenuto ad appaltarle a terzi, non ricorrendo, trattandosi di opere comunque pari o superiori alla soglia comunitaria, alcuna ipotesi che ne legittimi l'esecuzione in amministrazione diretta[43].

Pertanto, dal primo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g), si può ricavare 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), in tal modo disattendendo l'interpretazione più diffusa in proposito, che vede in tale privato la veste di "mandatario" del Comune e, in quanto tale, tenuto ad applicarne le regole di condotta nell'affidamento dei lavori pubblici[44].

Tesi, quella del privato titolare di un mandato espresso conferitogli dall'amministrazione comunale, che come si è visto nei paragrafi precedenti ha preso avvio con la sentenza della Corte di Giustizia 12 luglio 2001, causa C-399/98, è stata ripresa dalla Corte costituzionale (sentenze 28 marzo 2006, n. 129 e 13 luglio 2007, n. 269) ed è stata impiegata dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione 2 aprile 2008, n. 4.

Accanto ed in alternativa all'ipotesi in cui il privato titolare del permesso di costruire agisce quale stazione appaltante (primo periodo), l'art. 32, comma 1, lett. g), disciplina (dal secondo al quinto periodo) la fattispecie[45] caratterizzata dalle seguenti fasi:
1) presentazione al Comune, da parte dell'avente diritto a richiedere il permesso di costruire, del progetto preliminare delle opere di urbanizzazione, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate e con allegato lo schema del contratto d'appalto che ne disciplinerà l'esecuzione;
2) indizione, da parte del Comune, di una gara per l'affidamento in appalto, mediante

[43] A norma dell'art. 125, comma 5, del D. Lgs. 163/2006, "*i lavori assunti in amministrazione diretta non possono comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 euro*".
[44] Rileva tale circostanza, ad esempio, la recentissima nota prot n. 14640, del 1° luglio 2008, diramata dall'Assessorato all'Urbanistica e alla programmazione e pianificazione del territorio di Roma, che sottolinea, altresì, come l'art. 33, comma 3, inibisca la figura della c.d. "concessione di stazione appaltante".
[45] Eventuale, in quanto rimessa alla scelta discrezionale del Comune "*L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere …*".

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, quindi del c.d. "*appalto integrato complesso*" di cui all'art. 53, comma 2, lett. c), del D. Lgs. 163/2006, da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;[46]
3) il contratto da stipularsi con l'aggiudicatario della gara ha per oggetto la progettazione esecutiva delle opere di urbanizzazione e, dopo la relativa approvazione a cura dell'amministrazione committente, l'esecuzione dei corrispondenti lavori.

Accanto alle due ipotesi testé descritte e direttamente contemplate dall'art. 32, comma 1, lett. g), va in ogni caso aggiunta[47] quella della procedura di affidamento delle opere di urbanizzazione direttamente gestita dal Comune, senza essere subordinata alla presentazione del progetto preliminare da parte dell'avente diritto al rilascio del permesso di costruire.

Non va, infatti, dimenticato che il Comune, in quanto parte pubblica necessaria della convenzione accessiva al piano urbanistico attuativo o al permesso di costruire può riservare a sé tanto la progettazione, quanto l'affidamento, dei lavori finalizzati alla realizzazione delle opere di urbanizzazione e ciò senza dover necessariamente ricorrere alla figura giuridica del mandato, caratterizzata dalla titolarità originaria delle facoltà di cui trattasi in capo al mandante (in questo caso il Comune) e dal loro volontario trasferimento al mandatario (il privato titolare del permesso di costruire).

Si può, pertanto, concludere sul punto che sussistono tre distinti moduli operativi compatibili con il Codice dei contratti, attraverso i quali pervenire alla realizzazione delle opere di urbanizzazione:
1) gara esperita dal titolare del permesso di costruire, nel rispetto delle norme del Codice disciplinanti le procedure concorsuali[48], per l'affidamento in appalto dei corrispondenti lavori ad un'impresa qualificata ai sensi dell'art. 40 del D. Lgs. 163/200;
2) gara indetta dal Comune sulla base del progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire, per l'affidamento in appalto integrato "complesso" della

---

[46] Si è già sottolineato alla nota 8 il problema legato alla verosimile, attuale, inoperatività della norma in esame, in quanto l'art. 253, comma 1-*quinquies*, differisce l'applicazione dell'art. 53, comma 2, alle procedure avviate con la pubblicazione di bandi successivi all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 5 del Codice.
Ne dovrebbe conseguire che, fino all'entrata in vigore del regolamento attuativo del Codice, l'affidamento delle opere di urbanizzazione mediante gara esperita dal Comune sulla base del progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire debba avvenire con la procedura dell'appalto concorso (ex art. 253, comma 1-*quinquies*, secondo periodo, inserito dall'art. 2, comma 1, lett. vv), n. 1, del D. Lgs. 152/2008). Non sembra, infatti, possibile applicare nel caso di specie l'art. 19, comma 1, lett. b), unitamente al comma 1-*ter*, della legge 109/1994 e s.m., in quanto detta norma – che disciplinava nella Legge Quadro sui lavori pubblici l'appalto integrato – presuppone che la gara venga indetta ponendo a base un progetto definitivo, mentre l'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006 configura una gara basata sul solo progetto preliminare presentato al Comune dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire.
[47] Ovviamente quale opzione alternativa ad entrambe.
[48] A norma dell'art. 32, comma 2, del Codice, ai soggetti di cui alle lett. d), e), f) e g), del comma 1, non si applicano i seguenti articoli:
- 63 (avviso di preinformazione);
- 78, comma 2 (redazione del verbale secondo l'ordinamento della stazione appaltante);
- 90, comma 6 (condizioni per l'affidamento all'esterno degli incarichi di progettazione e delle attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione);
- 92 (corrispettivi ed incentivi per la progettazione);
- 128 (programmazione dei lavori pubblici).

progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori, nel pieno rispetto delle norme del Codice che disciplinano le procedure concorsuali;
3) gara indetta dal Comune sulla base di un progetto predisposto su iniziativa della stessa amministrazione, per l'affidamento in appalto[49] dei lavori (e, se del caso, della progettazione esecutiva), senza seguire la procedura delineata dai periodi secondo e seguenti dell'art. 32, comma 1, lett. g), anche in questo caso nell'ovvio rispetto delle norme del Codice che disciplinano le procedure concorsuali[50].

Ciò detto per quanto attiene alle procedure di affidamento in appalto della realizzazione delle opere di urbanizzazione, va evidenziato che laddove titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo) sia un'impresa di costruzione qualificata ai sensi dell'art. 40 del D. Lgs. 163/2006 in relazione alla tipologia ed all'importo dei lavori in affidamento[51], non paiono sussistere ragioni che ostino alla sua partecipazione alle procedure indicate ai precedenti numeri 2) e 3).

Ciò appare agevolmente sostenibile qualora la gara sia indetta dal Comune senza utilizzare la particolare procedura delineata dai periodi secondo e seguenti dell'art. 32, comma 1, lett. g) (ipotesi indicata al precedente n. 3).

Ad analoga conclusione sembra potersi pervenire anche laddove il Comune proceda ai sensi della norma da ultimo richiamata (ipotesi indicata al precedente n. 2), nonostante si possa opinare che in tal modo sarebbe violata la 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*". In realtà, ci sembra che la preclusione da ultimo sancita si configuri 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.

Naturalmente, non potrà in alcun modo partecipare alla procedura di affidamento dei lavori

---

[49] A seconda del livello progettuale posto a base di gara si tratterà di un appalto di sola esecuzione (quando la stazione appaltante già dispone del progetto esecutivo), o di un appalto integrato di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) (quando la stazione appaltante già dispone del progetto definitivo), o di un appalto integrato "complesso" di cui all'art. 53, comma 2, lett. c) (quando la stazione appaltante dispone del solo progetto preliminare).

[50] Una descrizione particolarmente efficace dei tre moduli operativi (ovviamente con la sostituzione della procedura di cui al punto 2, introdotta dal D. Lgs. 152/2008, con quella del "promotore" prevista dalla disciplina previgente) è consultabile sul sito internet www.costruttoribrescia.it, dove è riportato un pregevole lavoro dal titolo "*Adempimenti per le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione realizzate dalle imprese*".
Come evidenziato nella Premessa curata da ANCE Lombardia, il lavoro cui ci si riferisce da vita ad una "*sorta di <manuale> esplicativo contenente una serie di indicazioni relative alla possibilità per l'operatore e per l'Amministrazione Comunale di realizzare opere di urbanizzazione a scomputo. Il manuale contiene anche un bando tipo e la schematizzazione degli adempimenti che precedono e seguono la gara (nell'ipotesi, ovviamente, di gara bandita dal titolare del permesso di costruire)*".
Di particolare rilievo giuridico risulta il documento intitolato "*Opere di urbanizzazione realizzate da privati e relative problematiche dopo il 1° agosto 2007, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 113 del 2007 (secondo decreto correttivo al Codice dei contratti) – Note sull'applicazione degli articoli 32, comma 1, lettera g), e 122, comma 8, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (Codice dei contratti)*".

[51] Ferma restando la possibilità di conseguire la qualificazione in parola anche facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento (attualmente, in assenza del regolamento al Codice, operativo soltanto in base all'art. 49 del D. Lgs. 163/2006). Sul punto rinviamo alle risposte nn. 11 e 14 presenti sul sito internet www.bosettiegatti.it, nell'ambito dello scritto "*Opere di urbanizzazione realizzate direttamente da privati e problematiche conseguenti dopo il 1° agosto 2007 (entrata in vigore del d.lgs. n. 113 del 2007)*" citato alla precedente nota 23.

l'impresa titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo) che assuma il ruolo di stazione appaltante nella procedura disciplinata dal primo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g) (ipotesi indicata al precedente n. 1), non potendo svolgere nella medesima procedura i ruoli tra loro "contrapposti" di stazione appaltante e di soggetto concorrente.

Quanto alla disciplina del contratto d'appalto scaturente dagli esiti di ciascuna delle procedure di affidamento sopra indicate, è possibile così sintetizzarla:
a) nel caso del punto 1) (gara esperita dal titolare del permesso di costruire), il contenuto contrattuale è libero, anche se nulla vieta che le parti del contratto d'appalto (entrambe private: il committente e l'appaltatore) facciano totale o parziale rinvio alla disciplina propria dell'appalto di lavori pubblici;
b) nel caso del punto 3) (gara esperita dal Comune sulla base di un progetto predisposto su iniziativa della stessa amministrazione) il contenuto contrattuale è egualmente quello dell'appalto di lavori pubblici, assumendo anche in quest'ipotesi il Comune il ruolo di committente.

Il caso indicato al punto 2) appare di più difficile inquadramento.

Infatti, si potrebbe sostenere che - trattandosi di gara esperita dal Comune, seppur sulla base del progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire - il contenuto contrattuale è interamente quello dell'appalto di lavori pubblici, in quanto il committente è un'amministrazione aggiudicatrice. Naturalmente detto contratto deve essere basato sullo schema predisposto dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire unitamente al progetto preliminare. In particolare, il termine contrattuale di ultimazione dei lavori dovrà essere coerente con il "*tempo massimo in cui devono essere completate*" le opere di urbanizzazione, anch'esso da indicarsi a cura del medesimo avente diritto.

Ma a tale ricostruzione sembrerebbe ostare quanto statuito dall'art. 32, comma 2, del D. Lgs. 163/2006, in virtù del quale anche "*ai soggetti di cui al comma 1, lett. … g) … in relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo*".

Infatti, appare del tutto anomalo un contratto di appalto avente ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici, che vede quale parte committente un'amministrazione aggiudicatrice (il Comune), ma che – salvo che per quanto attiene il collaudo – non sia doverosamente disciplinato dagli artt. 113-119 e 126-140 che il Codice dei contratti pubblici dedica all'esecuzione dei contratti d'appalto.

Potrebbe, quindi, essere plausibile la tesi secondo cui nel caso si proceda ai sensi dei periodi secondo e seguenti dell'art. 32, comma 1, lett. g) (gara esperita dal Comune, sulla base del progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire), una volta che il Comune abbia individuato l'aggiudicatario della gara, il contratto d'appalto con quest'ultimo debba essere stipulato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire, che in quanto privo della veste di amministrazione aggiudicatrice può ragionevolmente non essere tenuto al rispetto delle norme del D. Lgs. 163/2006 in materia di esecuzione del contratto (ad eccezione delle disposizioni in tema di collaudo).

Di particolare interesse appare l'approfondimento curato da ANCE Lombardia[52], laddove sottolinea che qualora l'affidamento dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione discenda da una gara esperita dal Comune, vi è sempre la possibilità per il privato titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo) di subentrare nel contratto d'appalto già stipulato (o, addirittura, ancora da stipulare) tra il Comune e l'impresa aggiudicataria (ipotesi che, qualora si aderisca alla tesi interpretativa testé illustrata, si identifica nel caso di

[52] Richiamato alla precedente nota 50 e reperibile sul sito internet www.costruttoribrescia.it.

gara indetta dal Comune sulla base di un progetto dallo stesso predisposto e, quindi, senza che trovino applicazione i periodi secondo e seguenti dell'art. 32, comma 1, lett. g).

Perché ciò possa realizzarsi, l'ipotesi dovrebbe trovare preventiva previsione nel bando di gara (per l'affidamento delle opere di urbanizzazione) e nella convenzione accessiva al permesso di costruire o al piano urbanistico attuativo (regolante i rapporti urbanistico-edilizi e non appaltistici tra il Comune e il titolare dell'area).

Come sottolineato nel citato documento di ANCE Lombardia, "*Una simile soluzione consentirebbe di superare due problemi:*

a) La semplificazione dei rapporti economici tra lottizzante e Comune, dal momento che l'esecutore sarebbe pagato direttamente dal privato, per stati di avanzamento con saldo a collaudo, senza coinvolgere gli uffici finanziari del Comune né la Tesoreria comunale;

b) La soluzione radicale della questione fiscale, dal momento che le fatture dell'esecutore, emesse contro il lottizzante, consentirebbero a quest'ultimo (che normalmente è un operatore economico) di detrarre l'IVA".

7.b) Le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria

La fattispecie in rubrica è disciplinata dal rinnovato art. 122, comma 8, che sostituito con il D. Lgs. 152/2008 così recita: ""*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*"

Nel paragrafo 6.a) si è sottolineato come lo schema di terzo Decreto correttivo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 27 giugno - che riguardo all'art. 122, comma 8, si caratterizzava per la soppressione del rinvio all'art. 16, comma 2, del DPR 380/2001, delineante una fattispecie di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione "a scomputo" – appariva finalizzato a dare una migliore risposta dell'ordinamento nazionale ai rilievi contenuti nella sentenza della Corte di Giustizia 21 febbraio 2008 (causa C-412/04), per la quale "*quando sia accertato che un … appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE*" (punto 66).

Nel paragrafo 6.c) si è evidenziato come il testo approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri del 1° agosto 2008 riprenda fedelmente l'emendamento predisposto dall'ANCI in sede di Riunione Tecnica della Conferenza Unificata ed allegato, quale parte integrante, al verbale del parere reso da quest'ultima il 10 luglio 2008.

Nel paragrafo 6.e) si è, infine, evidenziato che nel parere reso dalla Commissione VIII del Senato, è riportata la seguente affermazione: "*Per opere di tali minori dimensioni – e quindi di più immediata e rapida attuazione nonché di più diretta incidenza sull'intervento del titolare del permesso a costruire – non è utile prevedere l'alternativa della procedura esperita dal titolare del permesso a costruire ovvero dall'amministrazione aggiudicatrice. E' sufficiente prevedere a carico del titolare del permesso a costruire l'obbligo di adottare la procedura dell'art. 57, comma 6, del Codice così come specificata dallo schema governativo*".

Ne consegue che il principale problema interpretativo che sembra originare dal nuovo art. 122, comma 8, è costituito dall'identificazione del soggetto cui spetta applicare "*la procedura*

prevista dall'articolo 57, comma 6", atteso che a differenza della proposta contenuta nel citato parere del Senato, il testo finale recita impersonalmente "*si applica la procedura …*", senza indicare espressamente il soggetto obbligato ad esperirla.

La risposta non può che fondarsi sulla specifica natura dell'art. 122 che, inserito nel Titolo II della Parte II del Codice (Contratti sotto soglia comunitaria), assolve alla funzione demandata a tutto il Titolo II dall'art. 121, che lo apre e che attribuisce alle disposizioni seguenti (ivi compreso l'art. 122) il compito di dettare le eventuali deroghe alla disciplina fissata dal Titolo I per i contratti d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Poiché, come si è ampliamente visto in precedenza, l'art. 32, comma 1, lett. g), individua due distinte modalità di realizzazione delle opere di urbanizzazione "a scomputo"[53] – quella della gara indetta dal titolare del permesso di costruire e quella della gara indetta dal Comune sulla base del progetto preliminare presentato dal medesimo titolare – il richiamo alla procedura prevista dall'art. 57, comma 6[54] (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ma con l'espletamento di una consultazione di mercato, o gara ufficiosa)[55], ci sembra debba riferirsi ad entrambe le modalità sopra citate (affidamento curato dal privato e affidamento curato dal Comune sulla base del progetto preliminare presentato dal privato).

Ci sembrano, infatti, mancare "indizi" testuali che autorizzino a limitare la disciplina del nuovo art. 122, comma 8, alla sola ipotesi dell'affidamento curato dal titolare del permesso di costruire che opera in veste di stazione appaltante, oppure alla sola ipotesi dell'affidamento curato nella medesima veste dal Comune.

Corre, tuttavia, l'obbligo di evidenziare che valorizzando il richiamo al parere reso dall'VIII^ Commissione Senato, contenuto nella Relazione di accompagnamento del D. Lgs. 152/2008, si è avanzata l'ipotesi che nella fattispecie disciplinata dall'art,. 122, comma 8, la procedura negoziata debba essere necessariamente esperita dal privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo.

---

[53] Cui si aggiunge la terza, implicita, nella quale il Comune è titolare sia della progettazione, sia della procedura di affidamento dei lavori (si veda il paragrafo 7.a).

[54] Il testo della norma è il seguente:
"*Ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare 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, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, 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*".

[55] In realtà le due espressioni "*consultazione di mercato*" e "*gara ufficiosa*" debbono, a stretto rigore, essere tenute tra loro distinte. La prima è, infatti, finalizzata non già alla ricerca del contraente ma del soggetto con cui intavolare la susseguente trattativa privata: procedura che, per sua natura, non soggiace ai vincoli che irrigidiscono l'azione amministrativa in uno schema concorsuale in senso stretto (TAR Veneto, Sez. I, 4 novembre 2002, n. 6199). La seconda è caratterizzata da una serie di elementi propri dell'attività concorsuale quali la lettera d'invito sufficientemente puntuale, la necessaria predeterminazione del criterio di selezione delle offerte, la contestualità degli inviti (così P. Ciriaco, Commento all'art. 57 del D. Lgs., in "*Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*", a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Nel Diritto Editore, 2007, pagg. 1380 ss..).
Ne consegue che l'art. 57, comma 6, sembra più verosimilmente richiedere una vera e propria gara ufficiosa.

Va da sé che, qualora a svolgere il ruolo di stazione appaltante sia il privato e questi abbia le caratteristiche dell'impresa di costruzione, qualificata ai sensi dell'art. 40 del Codice, anche nel caso di opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria gli sarà precluso di "*fare due parti nella stessa commedia*"[56].

A quanto fin qui argomentato si va, inoltre, ad aggiungere il dubbio se la nuova stesura dell'art. 122, comma 8, del Codice, abbia efficacemente assolto alla funzione riservatale sia nella Relazione illustrativa del provvedimento[57], sia nel successivo *iter* formativo.

Se, infatti, la modifica dell'originario art. 122, comma 8, era dichiaratamente finalizzata a non codificare regole direttamente configgenti con i principi contenuti negli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo delle Comunità europee (pubblicità, trasparenza e non discriminazione) [58], c'è da chiedersi se una procedura negoziata - non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara e basata su di una gara informale tra almeno cinque soggetti direttamente individuati dalla stazione committente - possa ritenersi rispettosa dei citati principi desumibili dalle citate norme del Trattato[59], qualora le opere di urbanizzazione in affidamento presentino un "*interesse transfontaliero certo*"[60].

---

[56] Prendiamo in prestito l'efficace espressione dal documento "*Adempimenti per le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione realizzate dall'impresa*" citato alla precedente nota 49, anche se in quella sede, trattandosi di materiale antecedenti al terzo Decreto correttivo, veniva impiegata per descrivere altra fattispecie.
Il problema del possibile ruolo "di cantiere" dell'impresa edile titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo presenta aspetti certamente più delicati qualora i citati permessi o piani facciano capo ad entità societarie o consortili partecipate da imprese di costruzioni, ovvero a soggetti imprenditoriali aventi con imprese di costruzioni rapporti di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359 del codice civile. Si rammenta che la giurisprudenza amministrativa si è più volte pronunciata in ordine alla compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice rispetto alla società concorrente, sostenendo che tale compartecipazione non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento (Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499; Cons. Stato, Sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Cons. Giust. Amm., 24 dicembre 2002, n. 692).

[57] Che, come sottolineato al paragrafo 6.a), faceva riferimento alla procedura d'infrazione comunitaria n. 2007/2309 ed alla nota di costituzione in mora della Repubblica Italiana, formulata dalla Commissione europea e datata 30 gennaio 2008.

[58] Infatti, la Corte di Giustizia, nella sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, ha statuito che "*gli Stati membri non sono tenuti ad adottare, nella loro normativa di trasposizione di tale direttiva* (ndr: la sentenza si riferisce alla 93/37/CEE, oggi sostituita dalla 2004/18/CEE)*, disposizioni che richiamano l'obbligo di rispettare gli artt. 43 CE e 49 CE*" (punto 67).
L'art. 2, comma 5, della legge 109/1994, nel testo modificato con la legge 166/2002 (c.d. Merloni-*quater*), sotto questo profilo non è stato ritenuto in contrasto con le norme citate norme del Trattato, in quanto non esplicitava per il "sotto soglia" la regola dell'affidamento diretto allo stesso titolare del permesso di costruire o del piano di lottizzazione approvato, circostanza, invece, presente nell'art. 122, comma 8, nel testo anteriore al terzo Decreto correttivo.

[59] Invero, come evidenziato nella precedente nota 54, il testo del richiamato art. 57, comma 6, del Codice impone alla stazione appaltante di individuare gli operatori economici da consultare "*sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato*", precisando altresì che il tutto deve avvenire "*nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici*". Questi principi, a giudizio di autorevole dottrina (R. De Nictolis, "*Le procedure di affidamento*", in "*I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*", I, Giuffré, 2007, pag. 735) sono gli stessi sanciti dal Trattato istitutivo delle Comunità europee.

[60] Espressione adoperata al punto 66 della sentenza della Corte di Giustizia richiamata alla nota 58 per identificare il "livello" dell'appalto che, seppur inferiore per valore economico alla "soglia comunitaria" e, quindi, non direttamente disciplinato dalla direttiva, è da ritenersi pur sempre assoggettato al rispetto dei principi desumibili dagli artt. 43 e 49 del Trattato (pubblicità, trasparenza, non discriminazione).
Va segnalato, in proposito, che con la sentenza 15 maggio 2008, cause C-147/06 e C-148/06, - concernente la disciplina contenuta nell'art. 21, comma 1-*bis*, della legge 109/1994 e s. m. in materia di esclusione automatica delle offerte anomale – la Corte di Giustizia ha affermato che "*Spetta in linea*

Infatti, se tra i principi da rispettare in quanto desumibili dal Trattato vi è quello della pubblicità, una disposizione che delinea una procedura di affidamento non preceduta dalla pubblicazione di un bando, ma basata sulla chiamata diretta di almeno cinque soggetti "*se sussistono in tale numero aspiranti*[61] *idonei*[62]", non sembra atta a garantire tale rispetto.

Né sembra in alcun modo affrontato dal legislatore delegato, riguardo alle opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria, il problema dell'individuazione economica dell'<*interesse transfrontaliero certo*>, visto che la disciplina dell'art. 122, comma 8, è rivolta indistintamente a tutte le opere di urbanizzazione "sotto soglia", siano esse di valore assai modesto, oppure prossimo al tetto di €. 5.150.000.[63]

Il tutto a tacere dell'ulteriore criticità" ravvisabile nella norma in commento che - seppur con riferimento ai soli lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria e, quindi, non direttamente disciplinati dalla direttiva 2004/18/CEE – introduce una nuova fattispecie di procedura negoziata, per di più non proceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, che si va ad aggiungere a quella già prevista dall'art. 122, comma 7, ma con un limite massimo d'importo assai modesto (100.000 euro) rispetto a quello che potrebbero raggiungere le opere di urbanizzazione a scomputo" assoggettate al nuovo comma 8 dello stesso art. 122.[64]

---

di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale" (punto 30), aggiungendo che "*Tuttavia, una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori*" (punto 31).

[61] Appare curioso il termine "*aspiranti*" impiegato dalla norma in esame. Infatti, se "aspirante" è colui che ambisce a qualcosa, per "aspirare" bisogna innanzi tutto essere a conoscenza della cosa ambita. L'espressione, d'impiego non usuale nelle descrizioni normative delle fattispecie di procedura negoziata, potrebbe quindi essere lessicalmente compatibile anche con una procedura che, pur in assenza di un vero e proprio bando preventivo, contempli comunque una informazione non selettiva del potenziale mercato di riferimento. Tale ricostruzione, peraltro, può al più ritenersi plausibile sul piano strettamente lessicale, mentre non trova alcun conforto di ordine logico-sistematico. E', quindi, verosimile che l''espressione "*aspiranti*" debba intendersi riferita ai soggetti già coinvolti dalla stazione appaltante che autonomamente li ha individuati, e che a fronte di tale coinvolgimento prendono parte alla indagine di mercato o gara ufficiosa in quanto "aspirano" a diventare appaltatori della realizzazione delle opere di urbanizzazione oggetto di tale indagine/gara.

[62] L'idoneità di cui parla la norma è, ovviamente, costituita *in primis* dalla qualificazione ad eseguire lavori pubblici ai sensi dell'art. 40 del Codice. In tal modo il legislatore sancisce espressamente quanto la Procura regionale della Corte dei conti del Piemonte (nota prot. n. 53109/SP/2008) aveva richiesto anche in ordine all'ipotesi di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria a scomputo, d'importo inferiore alla soglia comunitaria, nella vigenza della precedente versione dell'art. 122, comma 8, del D. Lgs. 163/2006 (cfr.: "*L'opera riduce gli oneri solo se l'impresa è doc*", Il Sole 24 Ore, 21 luglio 2008, pag. 20)

[63] Si ricorda che con riferimento al tema dell'esclusione automatica delle offerte anomale, il terzo Decreto correttivo [art. 1, lett. z), bb), punto 2)], che nelle premesse indica quale fonte di riferimento anche la sentenza della Corte di Giustizia 15 maggio 2008, cause C-147/06 e C-148/06, citata alla precedente nota 60, ha stabilito che la facoltà di procedervi – in precedenza riconosciuta alle stazioni appaltanti in tutte le procedure di affidamento in appalto di lavori d'importo inferiore alla soglia comunitaria – sia limitata alle sole gare riguardanti "*lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro*", evidentemente identificando nel superamento di tale limite l'insorgere di un "*interesse transfrontaliero certo*".

[64] Si è, infatti, recentemente affermato (S. Usai, "*Codice degli appalti e legislazione regionale. Le ultime pronunce della Corte costituzionale*", in La Gazzetta degli Enti Locali 21 agosto 2008, che "*la possibilità di ampliare le ipotesi di procedura negoziata non solo è inibita alle regioni ma l'inibizione riguarda la stessa legislazione statale stante la necessità di assicurare il totale rispetto dell'intangibile*

A meno di non ricondurre la fattispecie di procedura negoziata in parola a quella contemplata dall'art. 57, comma 2, lett. b), del D. Lgs. 163/2006, che ricorre "*qualora per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato*".

Ma a prescindere dalla circostanza che tale riferimento non è mai stato invocato da quanti hanno proposto e sostenuto l'attuale formulazione dell'art. 122, comma 8, se il riferimento fosse fondato dovrebbe poter valere sia con riguardo alle opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria, sia per quelle superiori, peraltro disciplinate con ben diversa soluzione dal nuovo art. 32, comma 1, lett. g), del Codice.

Quanto alla disciplina del contratto d'appalto scaturente dagli esiti della procedura di affidamento disciplinata dall'art. 122, comma 8, valgono le stesse considerazioni già formulate nel paragrafo precedente con riguardo alle opere di urbanizzazione d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Poiché l'assoggettamento alla disciplina dell'appalto di lavori pubblici (nel caso di specie a quanto dettato dall'art. 57, comma 6, del Codice), qualora il ruolo di stazione appaltante sia esercitato dal privato titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo), riguarda solo la fase dell'affidamento, il conseguente rapporto contrattuale d'appalto sarà regolato dalla comune volontà delle parti (entrambe private) e, in via integrativa, dal codice civile.

Al contrario, la disciplina del rapporto contrattuale d'appalto dovrebbe essere quella propria dei lavori pubblici (D. Lgs. 163/2006 e, in via transitoria, DPR 554/1999 e DM 145/2000), qualora la procedura di affidamento veda nel ruolo della stazione appaltante il Comune, a meno di non valorizzare nel modo descritto al paragrafo precedente quanto statuito dall'art. 32, comma 2, con la conseguenza che, anche per le opere di urbanizzazione a scomputo "sotto soglia", all'individuazione dell'impresa affidataria operato dal Comune seguirebbe la stipula del contratto d'appalto tra tale impresa ed il privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo.

Anche nel caso delle opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria valgono, inoltre, le considerazioni riportare in chiusura del precedente paragrafo circa la possibilità – per il privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo – di subentrare nel contratto stipulato tra il Comune e l'impresa aggiudicataria, qualora il primo abbia svolto le funzioni di Stazione committente nella procedura di scelta dell'impresa appaltatrice.

8. La disciplina transitoria

Il D. Lgs. 152/2008 non contiene alcuna disposizione volta a delineare il cosiddetto "regime

---

valore comunitario della concorrenza. In sostanza, neanche il legislatore nazionale potrebbe introdurre ipotesi di procedura negoziata differenti da quelle risultanti dalla direttiva comunitaria (nella specie articoli 30 e 31 della direttiva 18/2004); una ricalibratura in pregiudizio del principio della concorrenza verrebbe infatti immediatamente censurata dal giudice comunitario. Un esempio su tutti – considerata la costante attualità dell'argomentazione – si può desumere dell'annosa questione del rinnovo dei contratti. Com'è noto la disciplina relativa contenuta nell'articolo 44 della legge 724/94 è stata abrogata dalla legge 62/2005 perché – semplificando - per il tramite del rinnovo la legislazione italiana ha (avrebbe) introdotto una ipotesi di trattativa privata pura (in realtà tale è diventata per effetto della prassi applicativa instaurata nella pubblica amministrazione) sconosciuta all'ordinamento giuridico comunitario degli appalti. Pertanto eventuali introduzioni, da parte del nostro legislatore, di ipotesi non previste o non legittimate dalle disposizioni comunitarie si porrebbero come arbitrarie e foriere di una immediata reazione della Corte di Giustizia comunitaria."

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[65]

E' ben vero che lo stesso Codice contiene all'art. 253, comma 1, una "norma generale" che, se non espressamente derogata nei commi successivi dello stesso articolo, dovrebbe disciplinare in modo esaustivo le questioni di diritto transitorio.

In virtù di tale norma generale "*le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte*".[66]

La disposizione testé riprodotta sembra idonea a regolare le questioni di diritto intertemporale determinate dal succedersi della due diverse formulazioni dell'art. 32, comma 1, lett. g), del Codice, che com'è noto riguarda le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

Occupandosi tale norma, come ampliamente sottolineato nel presente scritto, della sola fase di affidamento dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione "a scomputo", sembra lecito sostenere che la nuova versione dell'art. 32, comma 1, lett. g) - e, conseguentemente, le innovazioni procedurali in essa inserite dal terzo Decreto correttivo – debba trovare applicazione solo alle procedure di affidamento avviate con bando pubblicato successivamente all'entrata in vigore del D. Lgs. 152/2008, avvenuta il 17 ottobre 2008.

E ciò senza distinzioni a seconda che il ruolo di stazione appaltante - e, quindi, di soggetto che indice ed esperisce la procedura di gara - sia assunto dal Comune o dallo stesso privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo.

Non altrettanto agevole appare l'utilizzo del citato criterio in relazione alle opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria, disciplinate dall'art. 122, comma 8, del Codice.

Infatti, come visto soprattutto ai paragrafi 3. e 7.b), le innovazioni introdotte dal terzo Decreto correttivo hanno comportato:
a) per le opere di urbanizzazione primaria il passaggio da un regime di affidamento "diretto" ad uno caratterizzato dall'utilizzo di una procedura negoziata con invito ad offrire rivolto ad almeno cinque soggetti;

---

[65] Ci si riferisce all'art. 253, comma 8, per il quale "*Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell' articolo 32, comma 1, lettera g) e dell' articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione*".

[66] Norma "generale" che, va segnalato, riprende quanto in passato disposto dall'art. 232 del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici) e commentato dalla Circolare del Ministero LL. PP. 7 settembre 2000, n. 1329, oltre che essere stata sancita dalla giurisprudenza (tra le tante Cons. Stato, Sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316; Cons. Stato, Sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714; Cons. Stato, Sez. V, 15 novembre 2001, n. 5843) e dalla dottrina (per il regime transitorio del Regolamento di attuazione della legge 109/1994 si rinvia a F. Caringella, "*Delegificazione e disposizioni transitorie*", in *L'attuazione della Legge Quadro sui lavori pubblici*, commentario a cura di L. Carbone, F. Caringella, G. De Marzo, IPSOA, 2000, pagg. 828 ss.., per il regime transitorio del Codice dei contratti pubblici si rinvia, in particolare, a G. Chiné, Commento all'art. 253 del D. Lgs., in "*Codice degli appalti pubblici annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*", a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Nel Diritto Editore, 2007, pagg. 1380 ss..).

b) per le opere di urbanizzazione secondaria – tralasciando l'ipotesi transitoria delle convenzioni urbanistiche già perfezionate al 30 giugno 2006 con l'assunzione, da parte del privato e nei confronti del Comune, dell'obbligo di provvedere all'esecuzione diretta di tali opere – il passaggio dall'assoggettamento alle procedure disciplinate dall'art. 32, comma 1, lett. g) (procedure aperte o ristrette con l'assunzione del ruolo di stazione appaltante da parte del privato titolare del permesso di costruire; oppure la particolare procedura del "promotore" con il ruolo di stazione appaltante esercitato dal Comune) all'assoggettamento alla procedura negoziata di cui alla nuova stesura dell'art. 122, comma 8.

Il criterio enunciato dall'art. 232, comma 1 (riferimento alla data di pubblicazione del bando quale momento di avvio della procedura concorsuale di affidamento dei lavori), sembra ancora applicabile alle opere di urbanizzazione secondaria "sotto soglia", per le quali una procedura concorsuale (aperta o ristretta) viene sostituita da una procedura negoziata. Se il bando che indiceva la prima è già stato pubblicato alla data di entrata in vigore del D. Lgs 152/2008 (17 ottobre 2008), l'affidamento dei lavori dovrebbe essere ancora retto dalla previgente disciplina delle opere di urbanizzazione secondaria "sotto soglia" (nel caso di specie dalla precedente versione dell'art. 32, comma 1, lett. g).

Ben più complicato appare il caso – peraltro il più frequente a verificarsi in concreto – delle opere di urbanizzazione primaria "a scomputo" d'importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto si passa da un regime di affidamento "diretto" – privo non solo di un bando, ma anche di un semplice invito a formulare un'offerta – ad una procedura negoziata che, seppur non preceduta dalla pubblicazione di un bando, è caratterizzata dall'invito rivolto ad almeno cinque potenziali concorrenti.

Si potrebbe, invero, sostenere che nella convenzione che accompagna il permesso di costruire (qualora il relativo rilascio sia subordinato alla realizzazione delle opere di urbanizzazione mancanti ex art. 12, comma 2, del DPR 380/2001) o il piano urbanistico attuativo si sostanzia l'accordo di volontà tra il Comune ed il titolare del permesso o del piano urbanistico, tra i cui contenuti vi è anche l'impegno del privato a realizzare a propria cura e spese le opere di urbanizzazione mancanti (delle quali vengono definite tipologia e valore economico) e la conseguente accettazione comunale.

Al medesimo risultato è, del resto, lecito pervenire qualora, pur in presenza di una convenzione urbanistica non ancora formalmente sottoscritta, il relativo schema, predisposto dal privato in quanto parte del piano urbanistico di relativa iniziativa, sia stato, unitamente a quest'ultimo, adottato dalla Giunta Comunale ed approvato dal Consiglio Comunale, dovendosi intendere che in tale situazione si sia compiutamente formata la volontà dell'Amministrazione (quella del privato è pacifica, essendo il proponente) e che la successiva sottoscrizione della convenzione ad opera del dirigente comunale abbia soltanto una finalità dichiarativa di una volontà negoziale già perfezionata.

Così ricostruito il fenomeno, pertanto, sembra possibile concludere che per le opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria, che il privato abbia già assunto, in data antecedente al 17 ottobre 2008, nei confronti del Comune, l'obbligo di eseguire a scomputo degli oneri di urbanizzazione, continua ad essere applicabile la previgente stesura dell'art. 122, comma 8.

7.11.2008