



**INDIRIZZI INTERPRETATIVI
PER L'APPLICAZIONE DELLE DISPOSIZIONI
IN MATERIA DI OPERE A SCOMPUTO DEGLI ONERI DI URBANIZZAZIONE
DOPO IL TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI**

[ART. 32, COMMA 1, LETT. G), E ART. 122, COMMA 8, D.LGS. 163/2006]

1) PREMessa

Con l'entrata in vigore, il 17 ottobre 2008, del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (cosiddetto Terzo correttivo del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, approvato con D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163), il legislatore è intervenuto ancora una volta sulla disciplina normativa in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione, introducendo sostanziali modificazioni all'istituto.

Infatti, il succitato D. Lgs. 152/2008 ha innovato, tra gli altri, anche gli articoli 32, comma 1, lett. g) e 122, comma 8, del D. Lgs. 163/2006, che attualmente disciplinano, il primo le opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria (dal 1° gennaio 2008 pari a € 5.150.000); il secondo le medesime opere, purché d'importo inferiore alla citata soglia.

In particolare, con la novella legislativa, la previsione della facoltà di ricorrere all'istituto della finanza di progetto applicato alle opere di urbanizzazione a "scomputo" sopra soglia, introdotto dal Codice dei contratti e poi interessato da una successiva modifica ad opera del D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (c.c. "Secondo decreto correttivo") è stata sostituita con il sostanziale richiamo alla facoltà di realizzare le opere mediante gara di appalto di progettazione ed esecuzione di lavori espletata dall'amministrazione comunale, in cui viene richiesto al privato di presentare un progetto preliminare delle opere da realizzare da porre a base della gara medesima.

L'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006, infatti, così recita: "... *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.*".

Un secondo rilevante elemento di novità è costituito dall'assimilazione alle opere di urbanizzazione secondaria di importo inferiore alla soglia comunitaria delle opere di urbanizzazione primaria, riconoscendo per entrambe le fattispecie la possibilità di affidare i relativi lavori mediante procedura negoziata non preceduta da bando.

Difatti, il novellato comma 8 dell'art. 122 del Codice dei contratti così dispone: "*Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera 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*".

Risultando peraltro le norme in oggetto caratterizzate fin dall'origine da oggettive incertezze in ordine all'interpretazione e alla conseguente applicazione della disciplina delle opere di urbanizzazione "a scomputo", tali da ostacolare o, quanto meno, ritardare il perfezionamento di procedure aventi ad oggetto la realizzazione delle urbanizzazioni previste da piani urbanistici attuativi o collegate a titoli edilizi convenzionati, con possibile pregiudizio dell'interesse pubblico, si ritiene utile esprimere alcuni indirizzi interpretativi, allo scopo di consentire ai Comuni le valutazioni di competenza in ordine all'applicazione della vigente normativa in materia.

Ciò posto, per una corretta impostazione della questione, occorre in premessa precisare come, per ragioni di ordine sistematico, la disposizione "centrale" nella disciplina codicistica delle opere di urbanizzazione a scomputo sia costituita dall'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006.

A sua volta, l'art. 122, comma 8, assolve al compito di definire per il "sotto soglia" le deroghe alla disciplina dettata dall'art. 32, comma 1, lett. g), con riferimento alle opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo

pari o superiore alla “soglia comunitaria”. L’art. 121, comma 1, stabilisce infatti che “*ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme del presente titolo*”.

In proposito, vanno sottolineati alcuni aspetti che accomunano le due succitate disposizioni e che riguardano:

- a) il profilo soggettivo della disciplina delle opere di urbanizzazione “a scomputo” all’interno del D.Lgs. 163/2006;
- b) la portata del riferimento alla “soglia comunitaria” per l’individuazione della disciplina applicabile.

A) IL PROFILO SOGGETTIVO DELLA DISCIPLINA DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE “A SCOMPUTO”

La disposizione “centrale” nella disciplina codicistica delle opere di urbanizzazione “a scomputo”, costituita dall’art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006, è rubricata “*Amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori*”.

Il citato articolo 32, pertanto, appare rivolto 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.

Ne consegue 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*” dovrebbero ritenersi gli “*altri soggetti aggiudicatori*”, in quanto “*soggetti privati tenuti all’osservanza del presente codice*” (ex art. 3, comma 31 – definizioni).

Ciò significa che la norma del Codice sembra configurare una titolarità “diretta” della funzione di stazione appaltante in capo al privato che assume in via diretta l’esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell’art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell’art. 28, comma 5, della L. 1150/1942.

Tale ricostruzione appare aderente all’impostazione dell’art. 32, ove si consideri che, quello in esame, non rappresenterebbe l’unico caso di attribuzione ad un privato della titolarità delle funzioni di stazione appaltante, poiché, in presenza delle condizioni ivi indicate, sono considerati soggetti aggiudicatori, oltre ai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici [art. 32, comma 1, lett. b)] e i concessionari di servizi [art. 32, comma 1, lett. f)], anche i soggetti privati che affidano lavori di cui all’allegato I, nonché lavori di edilizia relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici e universitari, edifici destinati a funzioni pubbliche amministrative, di importo superiore a un milione di euro, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lettera a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50 per cento dell’importo dei lavori [art. 32, comma 1, lett. d) ed e)].

Inoltre, in termini generali, si rammenta che l’ordinamento applica, in diversi campi, la formula organizzativa dell’esercizio privato di pubbliche funzioni (figura dell’ufficio privato), alla quale si ricollega il dovere giuridico fondamentale (rilevante sotto differenti profili, in particolare quello amministrativo e penalistico) di comportarsi in modo da ottenere il miglior risultato per la realizzazione dell’interesse pubblico che è affidato alla cura del privato stesso.

Resta comunque inteso che, l’ipotesi di cui all’art. 32, comma 1, lett. g), nel complesso considerata, è a sua volta alternativa a quella della realizzazione diretta da parte del Comune, con indizione delle procedure di affidamento secondo le regole generali, delle opere di urbanizzazione, con conseguente pagamento, da parte del privato, del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell’art. 16, comma 2,

D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942, sicché le indicazioni di seguito espresse non si riferiscono a tale ultima fattispecie.

B) LA PORTATA DEL RIFERIMENTO ALLA "SOGLIA COMUNITARIA"

Anche alla luce di quanto sancito nella sentenza della Corte di Giustizia 21 febbraio 2008, causa C-412/04, per verificare il raggiungimento o meno della "soglia comunitaria" e, conseguentemente, l'assoggettamento alle regole dettate dal Codice dei contratti pubblici per gli appalti di lavori pubblici d'importo pari o superiore a tale soglia [art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006], oppure per gli appalti d'importo inferiore (art. 122, comma 8), è necessario considerare il valore complessivo dell'intervento di urbanizzazione, e non singolarmente il valore di ciascuna opera di urbanizzazione contemplata dal medesimo piano urbanistico e dalla conseguente, unitaria, convenzione.

Ciò non toglie che possano essere effettuati affidamenti distinti (ad esempio distinguendo tra opere di urbanizzazione primaria ed opere di urbanizzazione secondaria), purché il valore complessivo delle opere oggetto di autonomi appalti sia considerato unitariamente al fine di valutare il raggiungimento o meno della "soglia comunitaria" e, conseguentemente, di individuare la disciplina applicabile a ciascun affidamento.

2) LE OPERE DI URBANIZZAZIONE "A SCOMPUTO" D'IMPORTO PARI O SUPERIORE ALLA SOGLIA COMUNITARIA

Come accennato, le opere in esame trovano compiuta disciplina nell'art. 32, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006, che appare delineare due diversi moduli operativi attraverso i quali pervenire alla realizzazione delle opere di urbanizzazione:

- a) gara esperita dal soggetto che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942, nel rispetto delle norme del Codice disciplinanti le procedure concorsuali, per l'affidamento in appalto dei corrispondenti lavori ad un'impresa qualificata ai sensi dell'art. 40 del D. Lgs. 163/2006;
- b) 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 progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori, ovviamente anche in questo caso ad un'impresa qualificata ai sensi dell'art. 40 del D.Lgs. 163/2006.

a) Il privato in qualità di "stazione appaltante"

a.1) L'affidamento dei lavori

Si ritiene che l'affidamento dei lavori aventi ad oggetto la realizzazione delle opere di urbanizzazione possa avvenire sia sulla base del progetto esecutivo delle opere (appalto di sola esecuzione: art. 53, comma 2, lett. a), sia sulla base del progetto definitivo (appalto integrato di progettazione esecutiva ed esecuzione: art. 53, comma 2, lett. b), o del progetto preliminare (appalto-concorso o appalto integrato "complesso": art. 53, comma 2, lett. c).

Per l'individuazione dell'esecutore appaiono applicabili le stesse procedure cui è tenuto il Comune quando affida l'esecuzione di lavori pubblici di corrispondente tipologia ed importo (procedura aperta o ristretta, e solo nei casi eccezionali configurati dagli artt. 56 e 57, del D.Lgs. 163/2006, procedura negoziata).

In particolare, ci si riferisce alle norme del Codice dei contratti pubblici in tema di pubblicità (artt. 66 e 67), requisiti di ammissione e cause di esclusione (art. 38, 39, 40, 48 e 49), termini di presentazione delle richieste d'invito e delle offerte (artt. 70, 71 e 72), cauzione provvisoria (art. 75), criteri di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa, artt. 81-84), disciplina delle offerte anomale (artt. 86-88), pubblicità delle sedute, acquisizione del CIG (codice identificativo gara) presso il sito dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici e pagamento del contributo a quest'ultima sia da parte della stazione appaltante, sia da parte dei soggetti concorrenti.

È opportuno che le condizioni sopra dette vengano richiamate nella convenzione urbanistica disciplinante i rapporti con il privato titolare del piano urbanistico attuativo.

In particolare, la convenzione stabilirà che il privato depositi presso il Comune la documentazione relativa alle citate disposizioni del D. Lgs. 163/2006, producendo:

- copia del bando e della relativa pubblicità legale;
- copia del verbale delle operazioni di gara indicante l'elenco delle imprese concorrenti, le relative offerte e l'impresa aggiudicataria, le verifiche compiute in ordine alla qualificazione dei concorrenti ed alla congruità economica delle offerte.

Un ulteriore aspetto da chiarire, attiene alla definizione della "base d'asta".

Si rileva, in proposito, che i rapporti economici tra il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 ed il Comune sono esclusivamente regolati dalla convenzione urbanistica, oltre che dalle vigenti disposizioni di legge.

Fondamentale al riguardo è che in tale convenzione, l'obbligazione del privato è quantificata economicamente in base al computo metrico estimativo delle opere di urbanizzazione, ritenuto congruo dai competenti uffici comunali preventivamente all'approvazione ed alla sottoscrizione della convenzione, ed utilizzato per la definizione dell'ammontare dello scomputo delle opere dagli oneri di urbanizzazione.

Va da sé che, anche qualora il privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo sia impresa qualificata ex art. 40 del D. Lgs. 163/2006 per tipologia ed importo rispetto alle opere di urbanizzazione, non può prendere parte, nemmeno indirettamente attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. o tali da configurare un unico centro decisionale, alla procedura di affidamento, in quanto non è ovviamente possibile che lo stesso soggetto rivesta, nella medesima procedura, i ruoli di Stazione appaltante e di impresa concorrente.

a.2) Il contratto d'appalto

Il contenuto del contratto d'appalto e dell'eventuale capitolato speciale d'appalto è liberamente determinato dal privato che agisce in qualità di stazione appaltante, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico civilistico e delle disposizioni della convenzione sottoscritta con il Comune.

Nulla vieta peraltro 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, ma questo non può costituire oggetto di un'imposizione da parte del Comune.

A norma dell'art. 32, comma 2, del D. Lgs. 163/2006, si applicano anche al rapporto d'appalto in esame le norme del Codice dei contratti pubblici che disciplinano il collaudo dei lavori pubblici e, quindi, in particolare, il relativo art. 141.

Ne consegue che resta a carico del privato stazione appaltante provvedere alla copertura delle funzioni di direzione dei lavori, nonché di responsabile dei lavori e di coordinatore per l'esecuzione dei lavori ex artt. 90 e 92 del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

b) Il Comune in qualità di "stazione appaltante"

Qualora il Comune si avvalga della facoltà, prevista dal secondo al quinto periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g), di procedere in qualità di stazione appaltante, la fattispecie è 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 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;
- 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 del Comune, l'esecuzione dei corrispondenti lavori.

b.1) L'affidamento dei lavori

In questo caso la norma del Codice dei contratti pubblici impone al Comune di esperire una gara sulla base del progetto preliminare presentato dall'avente diritto al rilascio del permesso di costruire, per l'affidamento in appalto della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori.

Analogamente a quanto già precisato per l'ipotesi di gara esperita dal privato, con riferimento alla definizione della base d'asta, si sottolinea anche per tale fattispecie che i rapporti economici tra il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 ed il Comune sono esclusivamente regolati dalla convenzione urbanistica, oltre che dalle vigenti disposizioni di legge.

Fondamentale al riguardo è che in tale convenzione, l'obbligazione del privato è quantificata economicamente in base al computo metrico estimativo delle opere di urbanizzazione, ritenuto congruo dai competenti uffici comunali preventivamente all'approvazione ed alla sottoscrizione della convenzione, ed utilizzato per la definizione dell'ammontare dello scomputo delle opere dagli oneri di urbanizzazione.

Va da sé che, anche qualora il privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo sia impresa qualificata ex art. 40 del D. Lgs. 163/2006 per tipologia ed importo rispetto alle opere di urbanizzazione, parimenti all'ipotesi in cui riveste il ruolo di stazione appaltante, non può prendere parte, nemmeno indirettamente attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. o tali da configurare un unico centro decisionale, alla procedura di affidamento, in quanto, nella fattispecie in questione, è il privato, come di seguito illustrato, a stipulare il contratto d'appalto con l'aggiudicatario della gara individuato dal Comune.

b.2) La titolarità del contratto d'appalto ed il relativo contenuto

Alle opere realizzate a scomputo con la procedura dell'appalto di progettazione ed esecuzione indetta dal Comune, si applica il disposto dell'art. 32, comma 2, in base al quale l'esecuzione del contratto per i lavori affidati ai sensi della lettera g) del comma 1 (senza distinguere tra le due ipotesi alternative), è regolata dal Codice unicamente per quanto attiene al collaudo dell'opera.

Da tale delimitazione si desume che anche nella fattispecie in questione, vale a dire nel caso di 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.

Appare peraltro necessario inserire nel bando di gara e nella convenzione urbanistica una clausola con la previsione espressa che il contratto d'appalto è stipulato con l'impresa aggiudicataria non già dal Comune che esperisce la gara, bensì dal soggetto che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942.

Va da sé che essendo, anche nel caso di gara esperita dal Comune, il contratto stipulato tra due soggetti privati, il relativo contenuto, così come quello dell'eventuale capitolato speciale d'appalto, sono liberamente determinati dalle parti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico civilistico e delle disposizioni della convenzione sottoscritta con il Comune, fermo restando il doveroso assoggettamento alla disciplina del collaudo di cui all'art. 141 del D. Lgs. 163/2006.

3) LE OPERE DI URBANIZZAZIONE D'IMPORTO INFERIORE ALLA "SOGLIA COMUNITARIA

La fattispecie è disciplinata, come più sopra ricordato, dal rinnovato art. 122, comma 8, del D.Lgs. 163/2006.

La principale questione interpretativa posta dal novellato art. 122, comma 8, è costituita dall'identificazione del soggetto cui spetta applicare "la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6", atteso che la norma usa la formula impersonale "si applica la procedura ...", senza indicare espressamente il soggetto obbligato ad esperirla.

La risoluzione della questione può rinvenirsi nella 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 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 l'art. 32, comma 1, lett. g), appare individuare due distinte modalità di realizzazione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" d'importo pari o superiore alla "soglia comunitaria":

- a) gara esperita dal privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942;
 - b) gara esperita dal Comune;
- sembra corretto ritenere che il richiamo alla procedura prevista dall'art. 57, comma 6, operato dall'art. 122, comma 8, vada riferito ad entrambe le modalità sopra citate.

a) Il privato in qualità di "stazione appaltante"

a.1) L'affidamento dei lavori

L'articolazione della procedura negoziata di affidamento dei lavori si rinviene nel richiamo all'art. 57, comma 6, del D. Lgs. 163/2006, disposto dall'art. 122, comma 8:

- il privato, che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942, in qualità di stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa (di cui all'art. 40 del D. Lgs. 163/2006 e, fino all'entrata in vigore del Regolamento di attuazione del Codice, al DPR 34/2000) desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno cinque 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;
- il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, in qualità di 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;
- l'oggetto del contratto d'appalto viene definito in stretta correlazione con il livello già raggiunto dalla progettazione delle opere di urbanizzazione (appalto di sola esecuzione, appalto integrato, appalto integrato "complesso");
- il contenuto del contratto d'appalto può essere negoziato tra privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942, in qualità di stazione appaltante e gli offerenti, purché nei limiti prefissati nella lettera d'invito e, quindi, noti a tutti i concorrenti;

- l'apertura dei plichi, la verifica della loro integrità e l'esame della documentazione prodotta deve avvenire in seduta pubblica.

Anche alle procedure negoziate esperite dal privato per l'affidamento dell'esecuzione di opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla "soglia comunitaria" risultano applicabili le norme del Codice dei contratti pubblici in tema di requisiti di ammissione e cause di esclusione (art. 38, 39, 40, 48 e 49), termini di presentazione delle offerte (artt. 70 e 72), cauzione provvisoria (art. 75), criteri di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa, artt. 81-84), disciplina delle offerte anomale (artt. 86-88), pubblicità delle sedute, acquisizione del CIG (codice identificativo gara) presso il sito dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici e pagamento del contributo a quest'ultima sia da parte della stazione appaltante, sia da parte dei soggetti concorrenti.

In particolare, la convenzione stabilirà che il privato depositi presso il Comune la documentazione relativa alle citate disposizioni del D. Lgs. 163/2006, producendo:

- copia delle lettere d'invito trasmesse ad almeno cinque imprese idonee;
- copia del verbale delle operazioni della gara ufficiosa, indicante l'elenco delle imprese concorrenti, le relative offerte e l'impresa aggiudicataria, le verifiche compiute in ordine alla qualificazione dei concorrenti ed alla congruità economica delle offerte.

Anche in questo caso, con riferimento alla definizione della base d'asta, si ribadisce che i rapporti economici tra il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 ed il Comune sono esclusivamente regolati dalla convenzione urbanistica, oltre che dalle vigenti disposizioni di legge.

Fondamentale al riguardo è che in tale convenzione, l'obbligazione del privato è quantificata economicamente in base al computo metrico estimativo delle opere di urbanizzazione, ritenuto congruo dai competenti uffici comunali preventivamente all'approvazione ed alla sottoscrizione della convenzione, ed utilizzato per la definizione dell'ammontare dello scomputo delle opere dagli oneri di urbanizzazione.

Infine, conformemente alle indicazioni fornite in ordine agli affidamenti "sopra soglia", anche nel caso di opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla "soglia comunitaria" il privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo, ancorché impresa qualificata ex art. 40 del D. Lgs. 163/2006, non può prendere parte alla procedura di affidamento, nemmeno indirettamente attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. o tali da configurare un unico centro decisionale, in quanto non risulta ovviamente possibile che lo stesso soggetto rivesta, nella medesima procedura, i ruoli di Stazione appaltante e di impresa concorrente.

a.2) Il contratto d'appalto

Il contenuto del contratto d'appalto e dell'eventuale capitolato speciale d'appalto sono liberamente determinati dal privato che agisce in qualità di stazione appaltante, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico civilistico e delle disposizioni della convenzione sottoscritta con il Comune.

A norma dell'art. 32, comma 2, del D. Lgs. 163/2006, trovano, invece, applicazione anche al rapporto d'appalto in esame le norme del Codice dei contratti pubblici che disciplinano il collaudo dei lavori pubblici e, quindi, in particolare, il relativo art. 141.

b) Il Comune in qualità di "stazione appaltante"

Analogamente alle indicazioni formulate in relazione alle opere di urbanizzazione d'importo pari o superiore alla "soglia comunitaria", anche nel caso delle opere d'importo "sotto soglia" l'ipotesi della gara ufficiosa esperita dal Comune deve essere considerata un modulo operativo "alternativo" a quello della procedura negoziata esperita dal privato.

b.1) L'affidamento dei lavori

Per quanto attiene alla procedura che il Comune è tenuto a seguire qualora agisca in qualità di stazione appaltante, vale quanto già argomentato in relazione all'ipotesi in cui a ricoprire il medesimo ruolo sia il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942.

Analogamente a quanto già precisato per l'ipotesi di gara esperita dal privato, con riferimento alla definizione della base d'asta, si sottolinea anche per tale fattispecie che i rapporti economici tra il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 ed il Comune sono esclusivamente regolati dalla convenzione urbanistica, oltre che dalle vigenti disposizioni di legge.

Fondamentale al riguardo è che in tale convenzione, l'obbligazione del privato è quantificata economicamente in base al computo metrico estimativo delle opere di urbanizzazione, ritenuto congruo dai competenti uffici comunali preventivamente all'approvazione ed alla sottoscrizione della convenzione, ed utilizzato per la definizione dell'ammontare dello scomputo delle opere dagli oneri di urbanizzazione.

Va da sé che, anche qualora il privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo sia impresa qualificata ex art. 40 del D. Lgs. 163/2006 per tipologia ed importo rispetto alle opere di urbanizzazione, parimenti all'ipotesi in cui riveste il ruolo di stazione appaltante in precedenza considerata, non può prendere parte, nemmeno indirettamente attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. o tali da configurare un unico centro decisionale, alla procedura di affidamento, in quanto, nella fattispecie in questione, è il privato, come di seguito illustrato, a stipulare il contratto d'appalto con l'aggiudicatario della gara individuato dal Comune.

b.2) La titolarità del contratto d'appalto ed il relativo contenuto

Anche nel caso di opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla "soglia comunitaria" appare corretto ritenere che, pur a fronte di una procedura di gara ufficiosa esperita dal Comune, il successivo contratto d'appalto con l'impresa prescelta debba essere stipulato in qualità di committente dal privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo.

Tale conclusione – oltre che sull'art. 32, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 - trova conforto anche dal rilievo che la disposizione in esame configura un'ipotesi di procedura negoziata basata sul semplice presupposto del valore economico del lavoro oggetto di affidamento, valore che, purché inferiore ad € 5.150.000, può essere notevolmente più elevato della soglia di € 500.000, fissata dall'art. 122, comma 7 bis, quale tetto massimo per l'affidamento di lavori pubblici mediante procedura negoziata non motivata dalla presenza di una delle fattispecie tipiche di cui agli artt. 56, comma 1 e 57, commi 2 e 5, del D. Lgs. 163/2006.

Quanto sopra sembra, pertanto, trovare più agevole giustificazione in un quadro di coerenza normativa qualora si ritenga che il Comune, laddove procede alla gara ufficiosa di cui all'art. 57, comma 6, per l'affidamento di opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla "soglia comunitaria", lo fa sostituendosi al privato titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo, ed esclusivamente per individuare l'impresa con la quale lo stesso privato andrà a stipulare il contratto d'appalto.

Ne consegue che essendo, anche nel caso di gara esperita dal Comune, il contratto stipulato tra due soggetti privati, il relativo contenuto, così come quello dell'eventuale capitolato speciale d'appalto, sono liberamente determinati dalle parti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico civilistico e delle disposizioni della convenzione sottoscritta con il Comune, fermo restando il doveroso assoggettamento alla disciplina del collaudo di cui all'art. 141 del D. Lgs. 163/2006.

4) L'AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE "A SCOMPUTO"

Trasversale alle diverse dimensioni economiche delle opere di urbanizzazione (inferiore, ovvero pari o superiore alla "soglia comunitaria") è la questione delle modalità attraverso le quali il privato che assume in via diretta l'esecuzione delle opere a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 16, comma 2, D.P.R. 380/2001 e dell'art. 28, comma 5, della L. 1150/1942 possa affidare l'incarico della relativa progettazione, laddove non sia in grado di provvedervi direttamente in quanto dotato delle necessarie capacità e struttura.

In primo luogo, va chiarito che per poter progettare direttamente le opere di urbanizzazione, il privato deve disporre di una struttura tecnica qualificata a termini di legge, secondo quanto specificato nella convenzione urbanistica, anche per ciò che concerne la sussistenza di possibili cause di incompatibilità.

Per quanto attiene al ricorso a professionisti esterni all'organizzazione dell'impresa, per ragioni di ordine sistematico si ritengono applicabili anche al privato le disposizioni di cui all'art. 91 del Codice relative all'affidamento degli incarichi di progettazione delle opere di urbanizzazione e delle attività tecnico-amministrative connesse.

Decisivo in proposito appare quanto dispone l'art. 32, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, che esclude testualmente l'applicabilità ai soggetti di cui al comma 1, lett. g), del solo art. 90, comma 6, che definisce le condizioni in presenza delle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare all'esterno la redazione dei progetti, nonché lo svolgimento delle attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione.

Poiché infatti l'elencazione delle norme non applicabili ai lavori realizzati dai privati deve intendersi tassativa, detta elencazione non può intendersi estensibile implicitamente anche all'art. 91 - che disciplina le procedure di affidamento all'esterno degli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza, di direzione dei lavori e di collaudo.

Si richiama inoltre l'attenzione sull'applicabilità alla fattispecie del disposto dell'art. 91, comma 5, del Codice, per cui quando la prestazione progettuale riguardi lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, nonché tecnologico, occorre considerare l'opportunità di ricorrere alla procedura del concorso di progettazione o di idee.

5) L'ESTENSIONE DELLA DISCIPLINA DEGLI ARTT. 32, COMMA 1, LETT. G) E DELL'ART. 122, COMMA 8, DEL D. LGS. 163/2006 ANCHE ALLE OPERE DI URBANIZZAZIONE ECCEDENTI LO "SCOMPUTO".

Le norme del Codice dei contratti pubblici in esame si riferiscono espressamente alla realizzazione di opere di urbanizzazione "a scomputo" dei corrispondenti oneri.

Del resto, l'attenzione dell'ordinamento giuridico nazionale disciplinante la materia dei lavori pubblici per la realizzazione delle opere di urbanizzazione è sin dall'origine stata rivolta al fenomeno dello "scomputo" tra opere ed oneri di urbanizzazione, fenomeno che ha portato la Corte di Giustizia 12 luglio 2001, causa C-399/98, a riconoscere in tale fenomeno il carattere della corrispettività tipica delle prestazioni dedotte nel contratto d'appalto (esecuzione di un'opera a fronte del pagamento di un prezzo).

Ne consegue che laddove la realizzazione di opere oggettivamente riconducibili al *genus* delle opere di urbanizzazione avvenga senza che il soggetto che si obbliga nei confronti del Comune ad eseguirle (o a farle eseguire a propria cura e spese) ottenga alcuno "scomputo" del corrispondente valore dagli oneri di urbanizzazione, si potrebbe sostenere che tale esecuzione è del tutto estranea all'ordinamento giuridico dei lavori pubblici, in quanto fenomeno non riconducibile all'appalto essendo privo della necessaria corrispettività tra opere ed oneri.

A tale conclusione si sono, peraltro, opposte sia la Corte Costituzionale (sentenze 28 marzo 2006, n. 129 e 13 luglio 2007, n. 269), sia l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (determinazione 2 aprile 2008, n. 4).

Tali pronunce si sono occupate della 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 esse si osserva che tali accordi convenzionali rientrano nel più ampio *genus* dei cosiddetti “programmi complessi”, caratterizzati da uno “scambio di prestazioni” tra il Comune e la parte privata: 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.

Secondo la Corte Costituzionale e l’Autorità per la Vigilanza, i principi enucleati nella citata pronuncia della Corte di Giustizia debbono 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.

Ne consegue che la realizzazione di opere di urbanizzazione ricomprese nei “programmi complessi”, pur se non accompagnate dallo “scomputo” degli oneri, deve essere disciplinata ai sensi dei citati articoli 32, 121 e 122 del decreto legislativo n. 163/2006.

Si ricorda che la determinazione 4/2008 ha individuato una fattispecie nella quale l’esecuzione delle opere pubbliche previste nelle convenzioni urbanistiche che accompagnano i “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 dal Comune, 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.

6) IL REGIME TRANSITORIO

Il D. Lgs. 152/2008 non contiene alcuna disposizione volta a delineare il cosiddetto “regime transitorio” delle opere di urbanizzazione “a scomputo”, contrariamente a quanto fatto con la versione originaria del Codice in ordine alle opere di urbanizzazione secondarie sotto soglia comunitaria (art. 253, comma 8, del D. Lgs. 163/2006).

Ne consegue che, a fronte della modifica degli artt. 32, comma 1, lett. g) e 122, comma 8, il criterio “generale” enunciato dall’art. 253, comma 1 (riferimento alla data di pubblicazione del bando quale momento di avvio della procedura concorsuale di affidamento dei lavori), risulta applicabile alle opere di urbanizzazione secondaria “sotto soglia”, per le quali la procedura concorsuale (aperta o ristretta), prevista dal previgente art. 32, comma 1, lett. g), viene ora sostituita dalla procedura negoziata di cui al nuovo art. 122, comma 8.

Se il bando che indicava la prima è già stato pubblicato alla data di entrata in vigore del D. Lgs 152/2008 (17 ottobre 2008), l’affidamento dei lavori rimane 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).

Nel diverso caso delle opere di urbanizzazione primaria “a scomputo” d’importo inferiore alla soglia comunitaria, si passa, invece, 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.

In tale, diversa, fattispecie sembra possibile concludere che rilevante ai fini di individuare la disciplina applicabile è se l’obbligo del privato verso il Comune, di realizzare le opere di urbanizzazione “a scomputo”, possa dirsi perfezionato alla data del 16 ottobre 2008.

Ciò avviene se entro il 16 ottobre 2008:

- a) è stata stipulata la 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. Infatti, nella convenzione 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;
- b) 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. Infatti, si deve 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.