

## Articoli e note

n. 4-2009 - © copyright

**STEFANO VILLAMENA**

### **SCOMPUTO DEGLI ONERI IN CAMBIO DI OPERE** *Il sinallagma funzionale pubblico-privato assorbito dall'evidenza pubblica\**

1. - Considerazioni introduttive; 2. - Scomputabilità degli oneri ed intersezione con la disciplina dei contratti pubblici; 3. - *Segue ... la scomputabilità degli oneri nel codice dei contratti pubblici del 2006 (specie per le opere di urbanizzazione sopra-soglia comunitaria);* 4. - *Segue ... la scomputabilità degli oneri per le opere di urbanizzazione sotto-soglia comunitaria;* 5. - Problemi aperti (e possibili) coordinate risolutive.

#### **1. - Considerazioni introduttive.**

Coloro che aspirano a costruire oppure ad ampliare un edificio esistente sono tenuti, in base alla normativa edilizia, al pagamento di un contributo[1]. Tali attività determinano un incremento del carico urbanistico: per questa ragione il costruttore concorre alle spese indotte dall'accresciuto fabbisogno infrastrutturale, mediante il pagamento di un contributo commisurato agli oneri di urbanizzazione primaria (ed eventualmente secondaria) nonché al costo di costruzione[2].

Il pagamento all'Amministrazione (Comune) di questo contributo, o di una sua parte, può avvenire in modi diversi: o con l'esborso di una somma di danaro da parte del costruttore - cioè del soggetto che richiede il permesso di costruire o la DIA - oppure attraverso una forma alternativa, che si sostanzia nella possibilità di pagare gli oneri indicati, non con una somma di danaro, ma mediante l'esecuzione delle opere di urbanizzazione necessarie (primarie ed eventualmente secondarie)[3].

Il richiedente il titolo edilizio può dunque impegnarsi a realizzare interventi di pubblica utilità. È scontato ricordare che lo stesso richiedente realizzerà le opere di urbanizzazione se da queste potrà conseguire un vantaggio.

Proprio con riguardo a questo profilo, l'art. 16 Testo unico edilizia cit. prevede che tali opere possano essere eseguite «a scomputo», vale a dire *a decurtazione*, degli oneri che, altrimenti, il costruttore avrebbe dovuto versare.

Nella sua essenza il problema sta proprio qui. Dall'intersezione tra la disciplina edilizia con quella dei pubblici appalti emerge, infatti, che la forma alternativa di pagamento del contributo non è priva di conseguenze per la tutela della concorrenza. Al costruttore viene appaltata direttamente un'opera che determina un vantaggio a suo favore, vanificando le aspettative economico-imprenditoriali degli altri operatori economici.

Si tratta, in definitiva, del «conflitto tra proprietà e imprenditorialità o, meglio, tra proprietari, che tendono a massimizzare il loro profitto attraverso l'esecuzione diretta delle opere, e operatori economici, che richiedono di poter accedere al mercato delle opere pubbliche attraverso procedimenti di evidenza pubblica che assicurino la massima concorrenzialità[4]».

#### **2. - Scomputabilità degli oneri ed intersezione con la disciplina dei contratti pubblici.**

Sul piano legislativo il problema indicato è stato oggetto di numerosi aggiustamenti[5].

Semplificando al massimo le cose, e volendo discutere del *nocciolo* del problema[6], occorre riferirsi anzitutto alla normativa edilizia nazionale citata[7].

L'art. 16 del d.P.R. n. 380/2001 (Testo unico edilizia) stabilisce che « (...) La quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire», aggiungendo poi, come già anticipato, che «a scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di

urbanizzazione»[8].

L'articolo 16 prosegue individuando le diverse tipologie di opere di urbanizzazione.

Quelle *primarie* (comma 7 e 7-bis) relative agli interventi consistenti nelle strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato, ecc. Da ultimo, poi - oltre a quelle aggiunte dalla giurisprudenza[9] - sono state incluse le «infrastrutture destinate all'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica[10]». Le antenne, i tralicci, gli impianti di radio/telecomunicazione, dunque, sono considerate opere di urbanizzazione primaria, con la conseguenza ulteriore che possono essere ubicate sul territorio comunale, indipendentemente dalle destinazioni di area del PRG, ad eccezione soltanto delle zone di rispetto o dei vincoli di inedificabilità [11].

Le opere di urbanizzazione *secondarie* (comma 8) sono invece relative agli interventi consistenti nella costruzione di asili nido, scuole materne, impianti sportivi ed aree verdi di quartiere, ecc.

Nell'art. 16 si fa anche riferimento espresso alla problematica degli appalti, cioè alla necessità dell'evidenza pubblica (*id est* obbligo di gara) in materia. Di fatti, si richiama il rispetto della c.d. legge Merloni (l. n. 109/1994) riguardo alla *scomputabilità* della quota dovuta dal titolare del permesso di costruire. Ma, nella vigenza della legge Merloni, in epoca precedente all'approvazione del Codice dei contratti pubblici del 2006, tale limite aveva determinato l'applicazione dell'evidenza pubblica, oltre che a tutte le opere di urbanizzazione secondaria, a quelle di urbanizzazione primaria che superavano la *soglia* comunitaria[12].

Non interessa, in questa sede, precisare più dettagliatamente alcuni elementi inerenti alla precedente disciplina: regole procedurali, *soglie* di riferimento, né tanto meno merita richiamare il celebre caso giurisprudenziale dal quale nacque l'esigenza (*rectius* l'*obbligo*) di introdurre l'evidenza pubblica per le opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di costruzione: c.d. caso «Bicocca», da altri definito, caso «Scala»[13]. Si tratta di vicende che appartengono oramai alla *storia* del nostro ordinamento giuridico, ampiamente superate o, in alternativa, recepite, dalla disciplina più recente, della quale si tratterà fra breve.

Ciò che preme precisare - per dare conto del quadro positivo vigente - è ricordare che, a partire dagli inizi del Duemila, le opere di urbanizzazione *entrano* nella sfera dell'evidenza pubblica[14]. Infatti, nella disposizione fondamentale in materia - art. 16 Testo unico edilizia - si fa espresso richiamo alla legge Merloni del 1994: richiamo che, allo stato attuale, è riferibile al Codice dei contratti pubblici del 2006.

La ragione è da individuare nel fatto che, mentre col Codice dei contratti del 2006 si abroga la legge Merloni del 1994[15], col citato art. 16 del Testo unico edilizia, si rimanda, invece, alle «successive modificazioni» della legge medesima e, dunque, alle disposizioni applicabili in materia di opere a scomputo contenute nel Codice in parola.

### **3. - Segue ... la scomputabilità degli oneri nel codice dei contratti pubblici del 2006 (specie per le opere di urbanizzazione sopra-soglia comunitaria)**

Per cogliere l'essenza della tematica oggetto di queste note occorre dare conto della normativa in materia di opere di urbanizzazione a scomputo, con riferimento specifico al profilo dell'evidenza pubblica contenuta nel Codice del 2006.

In tale ipotesi è necessario accennare brevemente alla disciplina precedente a quella che è stata - a nostro avviso profondamente - modificata nel 2008 con l'approvazione del c.d. terzo decreto correttivo[16].

Con questo non vogliamo complicare la trattazione del tema, ma semplificarlo a livello sistematico col metodo comparativo delle *analogie* e delle *differenze*. Infatti, tener conto del passaggio tra *vecchia* e *nuova* disciplina serve a precisare meglio il nuovo assetto normativo che, se non adeguatamente storicizzato, può tuttora apparire *nebuloso*.

Cominciamo col dire che la disposizione posta al centro di questa indagine è contenuta nell'art. 32, lett. g) del Codice dei contratti. Il suo testo attuale è frutto del (doveroso) recepimento delle recenti osservazioni della Commissione europea - nella sua temuta veste di *guardiano* della concorrenza[17] - secondo cui la *vecchia* disposizione sulla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo, contenuta nel d.lgs. n. 113/2007, contrastava con il diritto comunitario[18].

Tale contrasto dipendeva dal fatto che nel testo introdotto dal secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 113/2007, cit.) si prevedeva - limitatamente alle opere di urbanizzazione primaria sopra-soglia comunitaria (5.150.000 euro al netto dell'IVA) - una gara pubblica con meccanismi di estremo *favore* per chi richiedeva il permesso di costruire (o la DIA).

Il *vantaggio* che in sede comunitaria si voleva eliminare, poiché in contrasto con le direttive comunitarie del 2004[19], consisteva nella facoltà - previsto a favore del titolare del permesso di costruire - di esercitare *diritto di prelazione* sull'aggiudicazione della gara. In estrema sintesi, il titolare stesso del permesso poteva, all'esito della gara, esercitare tale prelazione a proprio favore

dietro pagamento di un'indennità da corrispondere al soggetto aggiudicatario (indennità pari al 3% del valore dell'appalto[20]).

È questo un primo punto fermo. Il nuovo testo dell'art. 32, lett. g)[21] elimina tale facoltà proprio a favore del valore della concorrenza tra i diversi operatori economici.

Ma vi è di più. Oltre a quanto appena indicato, il nuovo testo introduce una modifica ben più significativa sulla quale ci soffermeremo meglio successivamente. Ci riferiamo al fatto che nella prassi comune le opere di urbanizzazione primaria oltre soglia comunitaria sono relativamente rare. Di contro, anche per la dimensione ridotta della maggior parte dei nostri Comuni, sono assai più frequenti le opere sotto soglia (disciplinate dall'art. 122, comma 8, Codice dei contratti pubblici). Per le opere di urbanizzazione sotto-soglia, il terzo decreto correttivo elimina la possibilità di affidamento diretto a favore del titolare del permesso di costruire (o della DIA), prevedendo l'evidenza pubblica, seppure con differenze non trascurabili rispetto alle opere sopra soglia comunitaria.

Ma è opportuno procedere con ordine.

In merito alla «scomputabilità» degli oneri per le opere sopra-soglia comunitaria, il nuovo testo dell'art. 32, lett. g) - norma/quadro anche per le opere sotto-soglia previste dall'art. 122 del Codice dei contratti pubblici[22] - stabilisce: « (...) L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire (cioè il Comune, n.d.r.) può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire (cioè il costruttore, n.d.r.) 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 (mentre in precedenza poteva anche essere lo stesso costruttore richiedente il permesso di costruire, n.d.r.) con le modalità previste dall'articolo 55 (cioè con la procedura aperta o ristretta, n.d.r.). Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori (...)».

Rispetto al precedente testo scompare, dunque, la possibilità di esercitare il diritto di prelazione, nonché - ma la cosa non sembra pacifica tra i primi commentatori della disposizione indicata[23] - la possibilità a favore del privato di bandire (e gestire) direttamente la gara pubblica, sicché di assumere la qualità di stazione appaltante (diventando, di fatto, organismo di diritto pubblico).

Per quanto concerne la procedura da seguire per l'individuazione degli offerenti, la stazione appaltante (Comune) potrà utilizzare la procedura «aperta» o «ristretta», ai sensi dell'art. 55 del Codice dei Contratti.

La prima (aperta) consente agli operatori economici di presentare le proprie offerte nel (solo) rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara[24]. La seconda (ristretta) richiede invece agli operatori economici di presentare - nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando - una prima richiesta di invito alla gara e, solo in fase successiva, di avanzare le proprie offerte, ma soltanto se «invitati» a partecipare dalla stazione appaltante[25].

Nella scelta del criterio di aggiudicazione si potrà optare per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa o per il criterio del prezzo più basso. Tenuto conto della natura delle prestazioni oggetto dell'appalto - ricordiamo che non si tratta di eseguire semplicemente delle opere, ma di provvedere anche alla relativa progettazione[26] - le stazioni appaltanti dovrebbero utilizzare di norma la procedura ristretta ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ciò trova conferma, oltre che dalla prassi comune, anche alla luce della disposizione normativa (art. 55, comma 2), secondo cui «le stazioni appaltanti utilizzano di preferenza le procedure ristrette quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione, o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa» (corsivo nostro).

La disposizione richiamata non pone alle stazioni appaltanti vincolo alcuno in merito sia alla scelta tra le due procedure di affidamento (aperta o ristretta), sia alla scelta tra i due criteri di aggiudicazione (offerta economicamente più vantaggiosa o prezzo più basso). Al più, in forza della disposizione indicata, potrebbe sorgere un «onere- motivo», da inserire nel decreto o nella determina a contrarre, qualora, ovviamente, si decidesse in difformità rispetto allo schema preferenziale indicato.

#### **4. - Segue ... la scomputabilità degli oneri per le opere di urbanizzazione sotto-soglia comunitaria.**

Gli artt. 121 e seguenti del Codice dei contratti pubblici si interessano (per quanto qui interessa) della disciplina relativa ai contratti di lavori sotto-soglia comunitaria, cioè al di sotto dell'importo della soglia di 5.150.000 (stimato al netto dell'IVA).

In tale ambito, l'art. 122, comma 8, reca una disposizione specifica per le «opere a scomputo» allorché stabilisce: «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». Inoltre «L'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei».

La disposizione citata contiene un duplice rinvio.

Il primo alla norma «madre» in materia di gara per l'appalto di opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri, cioè all'art. 32 trattato in precedenza. Il secondo, ad una particolare metodica di aggiudicazione costituita dalla «procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando» contemplata dall'art. 57 del Codice dei contratti[27].

Sul piano generale, tale ultima procedura costituisce senza dubbio un'ipotesi *eccezionale*. Nel sistema delineato dal Codice dei contratti sono, infatti, proprio le procedure aperte o ristrette a costituire le ipotesi *normali* da preferire, salvo deroghe particolari.

Basti considerare che, le stazioni appaltanti, possono utilizzare la procedura negoziata senza bando, vale a dire la *vecchia* trattativa privata, in primo luogo «dandone conto con adeguata motivazione» nonché, negli appalti aventi ad oggetto *lavori*, come nel caso delle opere di urbanizzazione, soltanto quando si verificano i seguenti casi: 1. Gara *deserta* ovvero con offerte *inappropriate*[28]; 2. - qualora l'esecutore dell'appalto, a causa della complessità tecnica od artistica della prestazione, debba essere *esecutore determinato* o, ma non vi è differenza, «contraente vincolato»[29]; 3. - qualora, e in misura strettamente necessaria, sussista un caso di *estrema urgenza risultante da eventi imprevedibili*. Peraltro, a questo riguardo, le circostanze dell'estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti. Ed, infine, ma con una serie di limiti (art. 57, comma 5, cit.), per i lavori complementari, non compresi nel progetto iniziale, nè nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, siano divenuti necessari all'esecuzione dell'opera.

Chiarito il contesto all'interno del quale si colloca il rinvio operato dall'art. 122, comma 8 (opere di urbanizzazione a scomputo sotto-soglia), occorre richiamare brevemente la disposizione specifica cui lo stesso art.122 rinvia: art. 57, comma 6, procedura negoziata senza bando.

Questa disposizione stabilisce semplicemente che: «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 (*almeno cinque nel caso delle opere a scomputo secondo quanto previsto dall'art. 122 cit., n.d.r.*), se sussistono in tale numero soggetti idonei».

All'esito della prevista *indagine di mercato* «gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta».

Successivamente, «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».

È appena il caso di rilevare che, anche in tale ipotesi, sono valide le indicazioni già fornite in precedenza in merito alla scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per la valutazione delle offerte presentate in sede di gara. Sul punto, dunque, rinviamo a quanto già osservato in tema di opere di urbanizzazione sopra-soglia comunitaria.

Dalla disposizione richiamata (art. 57) appare evidente che, l'ampia discrezionalità di cui gode l'Amministrazione, è riferita (e giustificata) a fronte delle ipotesi *eccezionali* contemplate in materia di *lavori*. Di contro, nello stesso art. 57, nulla si dice in merito alle opere di urbanizzazione a scomputo: è soltanto grazie al rinvio contenuto nell'art. 122, comma 8 del Codice all'art. 57 che è stata aggiunta questa ulteriore ipotesi tra quelle in cui è possibile utilizzare la procedura negoziata senza bando. Però, e qui sta il problema, tale ipotesi, ove comparata con le altre, non ha francamente nulla di *eccezionale*.

Il rinvio normativo indicato ci pare possa essere interpretato come una vera e propria *forzatura* rispetto al quadro offerto dall'art. 57. E, a parere di chi scrive, non è escluso che la Commissione europea possa rinvenire profili di infrazione con la tutela della concorrenza.

Ammessa la regola dell'evidenza pubblica per (tutte) le opere di urbanizzazione (primaria e secondaria), di fatti, le pur logiche e giustificabili distinzioni tra opere *sopra-soglia* e opere *sotto-soglia* dovrebbero calibrarsi secondo canoni di ragionevolezza.

Nel caso specifico, questo principio-guida dell'azione dei poteri pubblici consente certamente meccanismi di gara diversi, ma con alcuni limiti riguardo all'eccessiva distanza e divaricazione tra i meccanismi stessi. In caso contrario risulterebbe difficile giustificare e motivare adeguatamente sulle ragioni di tale diversità, rispetto soprattutto al valore della *sana concorrenza*.

Tradizionalmente, quella che il Codice dei contratti pubblici definisce procedura negoziata corrisponde, con le precisazioni che forniremo tra breve, alla *vecchia* trattativa privata. Tale ultima procedura, allo stesso modo della procedura negoziata, è improntata all'*informalità*: ragione per la quale, salvo facoltative auto-limitazioni da parte della stazione appaltante, non è in alcun modo sorretta da particolari meccanismi di garanzia per gli operatori economici potenzialmente interessati all'appalto.

È pur vero che tale informalità, tipica della trattativa privata c.d. pura, riguarda oramai soltanto la procedura negoziata senza bando. Nella diversa procedura negoziata con la previa pubblicazione del

bando, prevista dall'art. 56 del Codice dei contratti il bando, per l'appunto, costituisce un sicuro limite alla discrezionalità amministrativa, a favore della *par condicio* e della trasparenza.

In quest'ultima procedura la parte per così dire *informale-negoziata* è limitata solamente a quella relativa alle offerte degli operatori economici che partecipano alla gara. Offerte caratterizzate da indubbia *flessibilità* rinvenibile nel comma 2, dell'art. 56, a tenore del quale: «(...) le stazioni appaltanti *negozano* con gli offerenti le offerte presentate, *per adeguarle* alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'onere e negli eventuali documenti complementari, e per individuare l'offerta migliore (...)\», (*corsivi nostri, n.d.r.*).

La procedura negoziata senza bando determina invece una sorta di *privatizzazione* della gara, poiché la stazione appaltante non è tenuta a dare pubblicità dell'appalto, potendo agire con ampia libertà di manovra.

Si potrebbe sostenere[30], allora, che i limiti principali alla procedura in esame posti dall'art. 57 cit. derivino proprio (ed esclusivamente) dai diversi (e tassativi) casi *eccezionali* che ne legittimano l'adozione, di cui abbiamo detto in precedenza.

Né a conclusioni diverse potrebbe condurre il comma 6 dell'art. 57: disposizione che tenta di porre qualche limite in materia alle stazioni appaltanti. Ma già ad una prima analisi, tali limiti eventuali ci sembrano in verità poca cosa. L'*indagine di mercato* prevista dalla disposizione appena citata per l'individuazione degli operatori economici da selezionare è anzitutto *ipotetica*, essendo effettuata «ove possibile». Inoltre, nel caso in cui tale indagine venisse svolta essa risulterebbe poco utile tenuto conto soprattutto delle forti limitazioni cui è legata.

Infatti, il numero di operatori economici che si è tenuti a selezionare coincide ad una soglia assai bassa corrispondente a tre soggetti (cinque, lo ricordiamo, nel caso delle opere di urbanizzazione a scomputo, art. 122, comma 8 del Codice). A questo proposito è utile ricordare che nella vigenza della legge Merloni la trattativa privata (ora procedura negoziata senza bando) richiedeva di invitare almeno quindici concorrenti[31]. Infine, il richiamo contenuto nello stesso comma 6 ai principi di trasparenza, concorrenza, rotazione nonché, alla presentazione delle offerte da parte degli operatori economici in modo contestuale, non ci sembra certo sufficiente a revocare in dubbio la valutazione indicata.

Ciò precisato, non ci pare una casualità che il Giudice amministrativo, in una recentissima sentenza, abbia qualificato la procedura *de qua* (utilizzata per il rinnovo di un contratto pubblico scaduto) come «criterio di selezione dei concorrenti di tipo eccezionale, poiché la necessità di tutelare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, imparzialità e buon andamento, impongono il generalizzato ricorso alle procedure aperte o ristrette, con conseguente utilizzabilità di siffatta procedura solo ove la legge lo consenta espressamente»[32].

Ebbene, se si fosse trattato del caso delle opere di urbanizzazione a scomputo, la *sorte* dell'appalto aggiudicato con il metodo della procedura negoziata sarebbe stata diversa. Nell'ipotesi del caso giurisprudenziale richiamato si trattava di un appalto aggiudicato in chiara violazione di legge, poiché la disposizione di riferimento (art. 57, cit.) prevede un *numero chiuso* di circostanze in cui è possibile servirsi della procedura negoziata, tra le quali quella del rinnovo di un contratto pubblico non era ricompresa. Tuttavia, i forti richiami al rispetto della concorrenza fanno probabilmente temere circa la compatibilità di tale procedura per le opere a scomputo degli oneri: in fondo, come più volte ripetuto, la procedura negoziata senza bando risulta essere un sistema *eccezionale* che mal si attaglia al caso *normale* rappresentato dalle opere di urbanizzazione a scomputo sotto-soglia comunitaria[33].

##### **5. - Problemi aperti e (possibili) coordinate risolutive.**

Si discute ancora molto sugli *scenari* e sui problemi dischiusi dalle modificazioni introdotte dal terzo decreto correttivo in materia di opere a scomputo[34].

Ci si è ad esempio domandanti, specie per le opere sopra-soglia comunitaria, se il richiedente il permesso di costruire - che, lo ricordiamo, presenta il progetto preliminare - possa successivamente partecipare alla gara. Sul punto, ci pare che l'art. 90, comma 8 escluda tale possibilità[35] nell'affermare che «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 (...)\».

Ovviamente, tale incompatibilità, posta per ragioni di tutela della concorrenza, sussiste fin tanto che il richiedente il permesso di costruire intenda presentare il progetto preliminare[36]. Ma, nel caso in cui il richiedente stesso rinunciassi a questo tipo di prestazione, verrebbe meno l'ostacolo giuridico alla sua partecipazione alla gara.

Altro e diverso profilo problematico, specie nel caso delle opere di urbanizzazione a scomputo sotto-soglia comunitaria, consiste in ciò: può il richiedente il permesso di costruire rivestire la qualifica di *banditore* della gara relativa proprio alle opere di urbanizzazione che intende scomputare dagli oneri che, altrimenti, avrebbe dovuto pagare?

Per le opere sopra-soglia tale sistema, anche a fronte della forza *dissuasiva* del parere del Consiglio di

Stato n. 1750/2007[37], era stato abbandonato a seguito delle modifiche introdotte dal secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici[38]. Ma, nonostante ciò, anche nel *nuovo* regime inaugurato dal terzo decreto correttivo, taluni sostengono che il privato richiedente il permesso di costruire possa assumere la veste di stazione appaltante[39]. E, per altro, nella prassi dei Comuni italiani sta accadendo proprio questo[40].

Questa ricostruzione pone alcune perplessità.

Nella *nuova* (e attuale) formulazione dell'art. 32, lett. g) non si fa alcun accenno esplicito a tale possibilità. Al contrario, dal tenore letterale della disposizione citata emerge che l'Amministrazione pubblica è il solo soggetto cui la legge affida tale competenza. Sul punto è indiscutibile il dato offerto dalla più volte richiamata lett. g), quando chiarisce: (...) L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, *indice una gara (corsivo nostro)* con le modalità previste dall'articolo 55».

Per le opere di urbanizzazione a scomputo sotto la soglia comunitaria, invece, non esiste un riferimento così esplicito, di tal che è più complicato fornire risposte sicure.

Per tali opere, il problema in precedenza neppure si poneva, potendo queste essere affidate direttamente al titolare del permesso di costruire. Invece, nel *nuovo* regime inaugurato dal terzo decreto correttivo, si è indotti a giungere alle stesse conclusioni indicate per le opere sopra-soglia comunitaria.

Vediamo perché. Come emerge dal tenore letterale dell'art. 122, comma 8, l'art. 32, lett. g) costituisce norma di riferimento anche per le opere di importo sotto-soglia comunitaria[41]. Si potrebbe sostenere, a questo riguardo, che i *vuoti* relativi alla disciplina specifica (per le opere sotto-soglia) possano essere *riempiti* proprio mediante la disciplina generale contenuta nell'art. 32, comma 1, lett. g) (opere sopra-soglia).

Ci pare percorribile, infatti, la strada secondo cui, attraverso uno sforzo interpretativo, le *lacune* normative indicate possano essere colmate attraverso il *materiale normativo* desunto dalla disciplina (completa) contenuta nella lett. g) indicata più volte: sul piano logico, oltretutto giuridico, la differenza sostanziale tra opere a scomputo sopra-soglia (art. 32) e opere a scomputo-sotto soglia (art. 122) riguarda unicamente il diverso importo relativo al costo delle opere.

Ma anche un diverso (ed ulteriore) dato sembra poter confermare la lettura indicata. Sempre a livello positivo, non è secondario quanto stabilito dall'art. 3, comma 33, a norma del quale l'espressione *stazione appaltante* comprende: « (...) le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32».

Perciò, «amministrazioni aggiudicatrici» ed «altri soggetti» previsti dall'art. 32 possono essere considerate stazioni appaltanti. Ora, siccome nel caso specifico delle opere di urbanizzazione occorre fare riferimento alla lett. g), dell'art. 32, è ad essa, al suo contenuto, che occorre guardare per individuare l'*identità* della stazione appaltante.

Ebbene, la lett. g) prevede che sia l'Amministrazione a rivestire la qualità di soggetto *banditore*. Ne consegue che, tale qualifica, non possa essere conferita ad un soggetto privato.

Purtuttavia non manca chi ritiene che la stazione appaltante è il privato titolare del permesso di costruire[42]. Ma, tale indicazione, per le ragioni appena precisate, ci sembra difficilmente sostenibile.

A supporto del nostro assunto, infine, è utile delineare un profilo ulteriore di carattere generale. Nel ribadire alcune nostre perplessità sulla scelta compiuta dal Legislatore delegato di applicare la procedura negoziata senza bando per le opere a scomputo sotto-soglia comunitaria, a maggior ragione appare criticabile - sempre per le medesime ragioni di tutela della concorrenza - rimettere ad un soggetto privato «interessato», quale il richiedente il permesso di costruire, la qualifica di «stazione appaltante». Se rischi di «turbativa» sono immaginabili quando è l'Amministrazione pubblica a gestire la gara, tali rischi non possono non lievitare ulteriormente quando è il privato ad assumerne la relativa responsabilità.

La nostra posizione non è ovviamente dettata *in negativo* da scarsa fiducia nei confronti del privato, bensì, *in positivo*, da una doverosa valorizzazione della posizione istituzionalmente equidistante dell'Amministrazione, la cui azione è preordinata alla cura *imparziale* del pubblico interesse.

-----

\* Relazione tenuta al Convegno organizzato dal Consorzio per l'Alta Formazione e lo Sviluppo della Ricerca Scientifica in Diritto Amministrativo di Osimo sul tema «Gli appalti pubblici dopo il terzo decreto correttivo» (Osimo, 26 e 27 febbraio 2009).

[1] Nel contesto normativo tradizionale, poi superato dall'opera di codificazione edilizia di inizio millennio, è utile richiamare la legge n. 10/1977, «Norme per la edificabilità dei suoli», il cui art. 1 stabiliva: «Ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale

partecipa agli oneri ad essa relativi e la esecuzione delle opere (...). Nonché, l'art. 3 della stessa legge, secondo cui: «La concessione comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione nonché al costo di costruzione». Più di recente, nell'ambito del processo di codificazione indicato, è stato approvato l'art. 16, d.P.R. n. 380/2001 «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia», (su cui si tornerà nel prosieguo del lavoro). Nel Testo unico indicato occorre richiamare, inoltre, l'art. 12, comma 2, secondo cui: «Il permesso di costruire è comunque subordinato alla esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione da parte del comune dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero all'impegno degli interessati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione dell'intervento oggetto del permesso». Per un inquadramento generale, si rinvia al prezioso volume di M.A. Sandulli (a cura di), *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2009. Infine, si deve osservare che esistono diverse normative regionali in materia di *opere a scomputo* di cui ci limitiamo a segnalare le più recenti: legge Regione Lombardia n. 12/2005, «Legge per il governo del territorio», art. 45; legge Regione Emilia-Romagna n. 23/2004, «Vigilanza e controllo dell'attività edilizia (...)», art. 28; e legge Regione Toscana n. 1/2005, «Norme per il governo del territorio», art. 127.

[2] Tale contributo non ha natura tributaria, trattandosi di un «corrispettivo di diritto pubblico» (così, tra le altre, Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 21 aprile 2006, n. 2258; nonché, Tar Lombardia - Brescia, sentenza 7 novembre 2005, n. 1115, p.to 2).

[3] Riguardo alle differenze fra esecuzione diretta ed attuazione a scomputo di opere, v. E. Boscolo, *L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e l'attuazione di opere "a scomputo": elementi di una distinzione tra sfera convenzionale e principio di legalità*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, pagg. 15 ss.

[4] Vedi P. Urbani, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000, p. 87.

[5] Vedi art. 11, l. n. 10/1977 cit. che prevedeva: «A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e le garanzie stabilite dal comune». Disposizioni di tenore analogo erano contenute inoltre nella legge fondamentale urbanistica (n.1150/1942). A livello scientifico, tra i diversi (e recenti) autori che si sono occupati dell'istituto si veda: M.L. Chimenti, *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2008, pagg. 543 ss.

[6] Nel presente contributo non si parlerà della questione dell'applicabilità delle norme di gara pubblica ad *altre* ipotesi riconducibili ad operazioni di «urbanistica consensuale» (ad esempio programmi complessi ed opere di urbanizzazione nei «comparti edificatori»).

[7] Vedi nota 1.

[8] Tali opere saranno poi acquisite al patrimonio indisponibile del Comune (come precisato dallo stesso art. 16, cit.).

[9] Vedi Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 25 giugno 2007, n. 3637 secondo cui, almeno con riferimento al caso al proprio esame, nel «manto stradale» vanno incluse, come opere di urbanizzazione primarie: i «passaggi pedonali», un «ponte consortile», la «segnaletica stradale», le «piste ciclabili», le «alberature», ed infine le «aree lastricate interne a un parco».

[10] Vedi art. 2, comma 5, d.l. n. 112/2008 (convertito con l. n. 133/2008), «Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria».

[11] Vedi Tar Piemonte, Torino, Sez. I, sentenza 9 ottobre 2008, n. 2538; Tar Sicilia - Catania, Sez. II, sentenza 25 febbraio 2008, n. 365; ed infine, Tar Sicilia - Palermo, Sez. II, sentenza 7 febbraio 2008, n. 200.

[12] Sul punto rinviamo al quadro ricostruttivo della disciplina positiva tracciato dal Tar Lombardia (Milano, Sez. II, sentenza 4 dicembre 2007, n. 6541, spec. p.to 3.3., parte in «diritto»).

[13] Vedi Corte di Giustizia CE, sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98, specie punti 57-61. Si trattava della realizzazione di un'opera di urbanizzazione secondaria (teatro) a scomputo dei contributi per gli oneri di urbanizzazione dovuti al Comune.

[14] Sul punto è utile ricordare la recente (ed efficace) ricostruzione operata dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (determinazione n. 4/2008 del 2 aprile 2008). Sintetizzando i principi derivanti dalla giurisprudenza comunitaria, in questa determinazione si stabilisce che la realizzazione delle opere di urbanizzazione sono da ricondurre al *genus* «appalto pubblico di lavori», stante il ricorrere dei seguenti elementi: 1.- la qualità di amministrazione aggiudicatrice degli enti procedenti (enti pubblici territoriali); 2.- la riconducibilità delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto, stante la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze della collettività ed il pieno controllo dell'amministrazione competente sulla realizzazione delle opere medesime, a nulla rilevando che l'opera sia inizialmente privata, in quanto le opere di urbanizzazione hanno per propria natura una intrinseca finalità pubblica; 3.- la natura contrattuale del rapporto fra l'amministrazione e il privato lottizzante, posto che la convenzione di lottizzazione, sottoscritta dalle parti, stabilisce diritti ed obblighi delle parti stesse, ivi compresa l'esatta



individuazione delle opere di urbanizzazione che il privato è tenuto a realizzare, nonché le relative condizioni di esecuzione; 4.- la natura onerosa di tale contratto, in quanto l'amministrazione comunale, nell'accettare la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo spettante a titolo di contributo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 10/1977. Di tal che, il titolare della concessione edilizia o del piano di lottizzazione, attraverso la realizzazione diretta delle opere, estingue un debito di pari valore, secondo lo schema civilistico dell'obbligazione alternativa.

[15] Vedi art. 256 «Disposizioni abrogate», d.lgs. n. 163/2006.

[16] D.lgs. n. 152/2008, «Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (...)»

[17] Su tale profilo specifico è sufficiente richiamare il parere, in senso adesivo ai rilievi comunitari, del Consiglio di Stato (Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza del 14 luglio 2008) sullo schema di decreto legislativo recante «Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62», reperibile nel sito web *giustizia-amministrativa.it*.

[18] Per un quadro di sintesi: E.M. Barbieri, *Lo scomputo delle opere di urbanizzazione dal contributo concessorio nel nuovo codice dei contratti pubblici e nel diritto comunitario*, in *Riv. ital. dir. pubb. comunit.*, 2007, pagg. 1271 ss.

[19] E più precisamente con la direttiva 2004/18/CE.

[20] Si è parlato sul punto di «tangente fra privati», v. S. Martino, *Commento all'art. 32*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007, pag. 163.

[21] Introdotto dal terzo decreto correttivo (d.lgs. n. 152/2008, cit.). Tra i primi commentatori: M. Greco, A. Massari, *Il terzo decreto correttivo: una risposta parziale alla procedura d'infrazione comunitaria*, in *App. contr.*, 2008, pagg. 8 ss.; R. Travaglini, *Le opere di urbanizzazione a scomputo alla luce del terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152)*, in *Contr. Stato enti pubb.*, 2008, pagg. 295 ss.; ed infine, A. Mandarano, *Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza*, in *Urb. app.*, 2008, pagg. 1367 ss.

[22] Il senso di tale affermazione sarà chiarita nel proseguo: *infra*, par. 5.

[23] Questo delicato aspetto sarà trattato successivamente: *infra*, par. 5.

[24] Vedi art. 55, comma 5, Codice dei contratti: «Nelle procedure aperte gli operatori economici presentano le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara».

[25] Vedi art. 55, comma 6, Codice dei contratti: «Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito. Alle procedure ristrette, sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'articolo 62 e dall'articolo 177».

[26] Infatti, secondo l'art. 32, lett. g), l'oggetto dell'appalto è costituito - previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta - dalla progettazione esecutiva e dalla esecuzioni dei lavori (opere di urbanizzazione). Il progetto preliminare delle opere è invece presentato dal privato-costruttore contestualmente alla presentazione della richiesta del permesso di costruire.

[27] Vedi C. Volpe, R. De Nictolis, *Le procedure di affidamento e i nuovi istituti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Milano, vol. III, 2008, pagg. 1761 ss.

[28] Vale a dire qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura.

[29] Vale a dire 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.

[30] Date per scontate le necessarie qualificazioni richieste dalla prestazione oggetto della procedura da parte degli operatori economici.

[31] V. art. 24, comma 5, legge Merloni: «L'affidamento di appalti a trattativa privata (...) avviene mediante gara informale alla quale debbono essere invitati almeno quindici concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati ai sensi della presente legge per i lavori oggetto dell'appalto».

[32] Vedi Tar Lazio, Roma, Sez. I-Bis, sentenza 24 aprile 2008, n. 3546.

[33] Vedi Tar Puglia, Bari, Sez. I, sentenza 23 giugno 2008, n. 1540 che, allo stesso modo del Tar Lazio nella sentenza appena citata, ha precisato: «Nell'ambito della procedura negoziata senza pubblicazione del bando, i margini di discrezionalità della stazione appaltante sono sensibilmente maggiori rispetto alle tipiche procedure di evidenza pubblica; in essa la garanzia del rispetto della *par condicio* e delle regole sulla concorrenza risiede nel rispetto, a monte, dei requisiti particolarmente restrittivi che legittimano il ricorso a siffatta procedura»

[34] Ci limitiamo soltanto ad accennare, tra i diversi problemi, a quello legato all'approvazione di una recente legge nella Provincia di Trento (art. 1, comma 6, l. Provincia di Trento n. 10/2008). Tale legge



(approvata pochi mesi prima del terzo decreto correttivo) stabilisce la possibilità di affidamento diretto delle opere di urbanizzazione a scomputo sotto-soglia comunitaria. Giova soltanto richiamare, a tale riguardo, l'incompatibilità di tale previsione con quanto stabilito nel nuovo art. 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici. Ma ciò che più rileva è immaginare modalità attraverso cui risolvere tale antinomia. Sul punto ci sembra interessante il richiamo ad un precedente sostanzialmente analogo deciso dal Tar Puglia, Lecce, Sez. II, sentenza 26 gennaio 2007, n. 178.

[35] *Contra* R. De Nictolis, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, n. 11/2008, pag. 1227. Secondo l'Autrice «la regola dell'incompatibilità recata dall'art. 90, comma 8, vale fintanto che non sia derogata da altre norme». Tale soluzione, però, ci pare non tener conto del fatto, che, le deroghe alle regole generali, comprese quelle sulle incompatibilità, richiedono previsione espressa. Se così non fosse, si potrebbe essere indotti a ritenere che qualsiasi regola generale potrebbe essere aggirata.

[36] Per altro, anche tale prestazione, al di sopra di un certo importo (206.000 euro), dovrebbe essere soggetta ad evidenza pubblica. Lo rileva De Nictolis, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, op. cit., pag. 1227.

[37] Adunanza Generale, 6 giugno 2007 - Sez. Atti normativi, secondo cui (p.to 5.7.): «la modifica chiarisce, correttamente, che la gara va bandita non dal promotore, ma dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire».

[38] Vedi d.lgs. n. 113/2007, art. 2, comma 1, lett. f): «all'articolo 32, comma 1, alla lettera g), le parole «gara bandita ed effettuata dal promotore» sono sostituite dalle seguenti «gara bandita ed effettuata dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire».

[39] Vedi A. Barbiero, *Note generali e riferimenti interpretativi in ordine all'affidamento di lavori per la realizzazione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione in base alle novità introdotte dal d.lgs. n. 152/2008*, reperibile nel sito web [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it). Secondo cui «non sussistono dubbi» sul fatto che il soggetto privato possa gestire direttamente la gara per la selezione del soggetto esecutore dei lavori. Ciò, prosegue l'Autore, anche in forza «della lettura del comma 2 dello stesso art. 32, che comprende l'ipotesi di cui alla lettera g) tra le situazioni nelle quali i privati devono farsi carico delle procedure, potendo peraltro disporre di alcune facilitazioni nella procedura di aggiudicazione e di una considerevole flessibilità nella gestione dell'esecuzione (rispetto alla quale è richiesto il rispetto delle sole norme del Codice inerenti i collaudi)». Tale ricostruzione, come detto, non sembra tener conto della *lettera* della disposizione fondamentale di riferimento, che affida all'Amministrazione (e non al privato) il compito di stazione appaltante.

[40] V. articolo Sole 24 Ore, «Norme e Tributi», 16 marzo 2009, pag. 10.

[41] Art. 122, comma 8: «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 (...)».

[42] Vedi S. Civitarese Matteucci, *Note sulla realizzazione delle opere di urbanizzazione nell'ambito dei comparti edilizi e dei "programmi complessi" sulla base della disciplina del codice dei contratti pubblici*, in rivista web [www.pausania.it](http://www.pausania.it).

(pubblicato il 2.4.2009)

