



CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME



ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA DEGLI APPALTI E LA COMPATIBILITA' AMBIENTALE

**STRUMENTI A SUPPORTO DELLE
AMMINISTRAZIONI COMUNALI PER LA
REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI
URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO
DEI RELATIVI ONERI**

ITACA (Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale) è organo tecnico della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome ed esercita la propria attività operando attraverso comitati e gruppi di lavoro, organizzati come segue:

- Comitato Tecnico Scientifico, arch. Claudio Tomasini (Regione Piemonte)
- GdL "Osservatori regionali appalti", dr. Leonardo Draghetti (Regione Emilia-Romagna)
- GdL "Espropriazioni per p.u.", ing. Gerardo Calvello (Regione Basilicata)
- GdL "Finanza di Progetto", dr. Leonardo Caronna (Provincia autonoma di Trento)
- GdL "Sicurezza appalti", ing. Marco Masi (Regione Toscana)
- GdL "Capitolati e Prezzari", arch. Silvia Risso (Regione Liguria)
- GdL "Contratti Pubblici", arch. Claudio Tomasini (Regione Piemonte)
- GdL "Barriere Architettoniche", ing. Roberto dall'Armi (Regione Veneto)
- GdL "Monitoraggio attività edilizia", dr. Leonardo Draghetti (Regione Emilia-Romagna)
- GdL "Stazione Unica Appaltante", arch. Claudio Tomasini (Regione Piemonte)
- GdL "Appalti piccoli Comuni", avv. Ilenia Filippetti (Regione Umbria)
- GdL "Edilizia Sostenibile", ing. Raffaella Fontana (Regione Marche)
- GdL "Legalità", ing. Luigi Cicalese (Regione Campania)
- GdL "Qualità Appalti Servizi e Forniture", dr.ssa Ivana Malvaso (Regione Toscana)
- GdL "Opere a Scomputo", dr.ssa Maria Grazia Bortolin (Regione Veneto)

STRUMENTI A SUPPORTO DELLE AMMINISTRAZIONI COMUNALI PER LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DEI RELATIVI ONERI

Il presente documento è stato adottato dal Consiglio Direttivo ITACA nella seduta del 26 giugno 2013, dalla Commissione Infrastrutture, Mobilità e Governo del Territorio nella seduta del 6 novembre 2013, **approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 7 novembre 2013.**

Il documento, redatto da uno specifico Gruppo di lavoro coordinato dalla Regione Veneto, costituito nell'ambito del GdL Contratti pubblici, da attuazione al Progetto Fondo Speciale approvato dal Consiglio Direttivo Itaca il 7 luglio 2010. Il gruppo di lavoro è composto da:

- Dr.ssa **Maria Grazia BORTOLIN**, Regione Veneto – coordinatrice;
- Arch. **Claudio TOMASINI**, Regione Piemonte;
- Dr.ssa **Eleonora SANTINI**, Regione Toscana;
- Prof. **Mariano PROTTO**, Università degli Studi di Torino.

CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME
Via Parigi 11 - 00185 ROMA
Tel. 06.4888291 Fax 06.4881658 Email: conferenza@regioni.it

ITACA
Via della Mercede 52 - 00187 ROMA
Tel. 06.6782620 Fax 06.6781759 Email: segreteria@itaca.org

PRESENTAZIONE

Il presente documento costituisce attuazione della proposta approvata dal Consiglio Direttivo di ITACA di fornire strumenti operativi di ausilio alle piccole e medie amministrazioni aggiudicatrici nella realizzazione delle opere di urbanizzazione attraverso l'istituto dello scorporo dei relativi oneri.

Il documento si compone delle linee guida (**allegato 1**), volte ad indicare le *best practices* che le amministrazioni dovrebbero seguire operativamente nella gestione del procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scorporo e di due schemi di convenzione-tipo rispettivamente per le opere di urbanizzazione sopra (**allegato 2**) e sottosoglia (**allegato 3**).

Le linee guida hanno per oggetto la discussione delle questioni fondamentali e l'esplicazione degli schemi di convenzione.

Con la dicitura **IO**, seguita da numero progressivo, sono sintetizzate in grassetto le indicazioni operative per i Comuni

INDICE

Allegato 1 - LINEE GUIDA

1. Ricostruzione del contesto normativo delle opere di urbanizzazione a scomputo	8
1.1. La disciplina del codice dei contratti pubblici	12
1.2. Il secondo correttivo del codice	12
1.3. Il terzo correttivo del codice	14
1.4. Il decreto Salva Italia	15
1.5. La nozione di opere funzionali	16
1.6. L'esclusione del codice	17
2. Indicazioni operative relative all'affidamento e realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo	19
2.1. Aspetti preliminari alla procedura di gara	19
2.1.1. Rapporti con la programmazione triennale	19
2.1.2. Individuazione delle opere di urbanizzazione	19
2.1.3. La determinazione dell'importo ai fini del superamento delle soglie di rilevanza comunitaria	22
2.2. Le procedure di gara	23
2.2.1. La gara espletata dall'operatore edilizio per le opere di urbanizzazione soprasoglia	23
2.2.2. La gara espletata dal Comune per le opere di urbanizzazione soprasoglia	25
2.2.3. Le opere di urbanizzazione sottosoglia comunitaria secondo l'art. 122, comma 8, del Codice	27
2.2.4. Affidamento delle sole opere di urbanizzazione primaria sottosoglia secondo l'art. 16, comma 2 bis, D.P.R. 380 del 2001	30
2.3. L'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo	31
2.3.1. Il potere di vigilanza del Comune: la natura del rapporto tra Comune ed operatore edilizio	31
2.3.2. Obblighi dell'operatore edilizio e del Comune	35
2.3.3. Tempi di esecuzione, garanzie e collaudo	37
2.3.4. Sanzioni	40
Allegato 2 – SCHEMA CONVENZIONE TIPO SOPRA SOGLIA	43
Allegato 3 – SCHEMA CONVENZIONE TIPO SOTTO SOGLIA	57

Allegato 1

LINEE GUIDA PER LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DEI RELATIVI ONERI

PREMESSA

Le presenti linee guida non perseguono il fine di offrire soluzioni univoche ai problemi interpretativi connessi agli indirizzi comunitari e nazionali in materia di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri, ma intendono fornire alle stazioni appaltanti, soprattutto quelle di piccole dimensioni, alcune indicazioni operative in ordine all'affidamento delle opere e al rapporto tra l'operatore edilizio e l'amministrazione, soprattutto quando le funzioni di stazione appaltante sono svolte dal primo.

Tale esigenza deriva dalla circostanza che si tratta pur sempre di opere pubbliche e che, una volta realizzate, sono destinate ad essere acquisite al patrimonio pubblico: di talché è imprescindibile il rapporto tra, da una parte, l'affidamento e la realizzazione delle opere di urbanizzazione e, dall'altra, la qualità delle opere da realizzare e la rispondenza delle medesime alle esigenze dell'amministrazione.

1. RICOSTRUZIONE DEL CONTESTO NORMATIVO DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO

L'individuazione delle opere di urbanizzazione risale alla l. 29 settembre 1964 n. 847, che all'art. 4 le ha suddivise in *primarie*¹ e *secondarie*².

La norma è rimasta sostanzialmente inalterata fino ad oggi, ed è stata sostanzialmente riprodotta nell'art. 16 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380.

Si tratta di un'elencazione considerata tassativa dalla giurisprudenza amministrativa³.

La realizzazione di tali opere è stata inscindibilmente correlata all'esercizio dell'attività edilizia fin dalla legge urbanistica fondamentale (l. 17 agosto 1942 n. 1150), la quale prescriveva che il rilascio della licenza edilizia fosse comunque subordinato alla sussistenza

¹ Le strade residenziali; gli spazi di sosta o di parcheggio; le fognature; la rete idrica; la rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas; la pubblica illuminazione; gli spazi di verde attrezzato.

² Gli asili nido e le scuole materne; le scuole dell'obbligo nonché le strutture e i complessi per l'istruzione superiore all'obbligo; i mercati di quartiere; le delegazioni comunali; le chiese e gli altri edifici religiosi; gli impianti sportivi di quartiere; i centri sociali e le attrezzature culturali e sanitarie; le aree verdi di quartiere.

³ T.A.R. Sicilia, Palermo, 10 maggio 2006 n. 1045; T.A.R. Lombardia, Brescia, 25 luglio 2005 n. 784, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 2279; T.A.R. Toscana, Sez. III, 6 dicembre 2001 n. 1819, in *Foro amm.*, 2001, 3269. In senso opposto, tuttavia, si veda: Consiglio di Stato, Sez. V, 18 settembre 2003 n. 5315 in *Dir. e giust.*, 2003.

delle opere di urbanizzazione primarie o alla previsione da parte dei Comuni dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio, ovvero, ancora, all'impegno dei privati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alle costruzioni oggetto di licenza (art. 31).

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

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

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

L'art. 11 della citata l. n. 10 del 1977, inoltre, attribuiva all'operatore edilizio⁴ l'alternativa fra il versare il contributo dovuto per gli oneri di urbanizzazione ovvero, previo consenso della P.A, obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione stesse, sia pure con le modalità e le garanzie stabilite dall'amministrazione comunale interessata.

Con riguardo a siffatto quadro normativo (poi trasfuso nel D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380), è intervenuta la sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 12 luglio 2001⁵.

Con tale pronuncia, l'esecuzione diretta, a scomputo dei relativi oneri, delle opere di urbanizzazione dedotte in una convenzione di lottizzazione da parte del privato lottizzante è stata assimilata ad un appalto pubblico e, in quanto tale, assoggettata al regime della direttiva 93/37/CEE.

Siffatta assimilazione è stata riferita alle opere di urbanizzazione tanto primaria che secondaria, sempreché il relativo valore eguagli o superi la soglia comunitaria, con la

⁴ Nell'ambito delle presenti linee guida il termine “operatore edilizio” è utilizzato per indicare sia il titolare del permesso di costruire in caso di interventi edilizi diretti, che quindi si impegna a realizzare le opere di urbanizzazione a scomputo mediante un atto unilaterale d'obbligo che il soggetto attuatore di un piano attuativo che invece assume il predetto obbligo con la stipula di una convenzione di urbanizzazione.

⁵ Corte giust. Ce, 12 luglio 2001 (in causa C-399/98), in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 815 ss.

precisazione che a tal fine occorre considerare l'investimento complessivo (quindi l'importo sia delle opere primarie che di quelle secondarie) e fermo il divieto di procedere alla suddivisione in lotti con il fine di eludere l'obbligo dell'evidenza pubblica.

Il citato principio, in particolare, fu giustificato, da un lato, in considerazione dell'idoneità funzionale delle opere di urbanizzazione a soddisfare esigenze pubblicistiche non limitate al solo intervento edilizio da realizzare e, dall'altro, in virtù della permanenza in capo all'amministrazione competente del pieno controllo delle opere stesse, in forza di un titolo giuridico che ne assicura alla stessa la disponibilità al fine di garantire la fruizione collettiva da parte di tutti gli utenti della zona: tali elementi, secondo il ragionamento della Corte di Giustizia, confermerebbero la destinazione pubblica impressa, fin dall'origine, alle opere di urbanizzazione da realizzare a scomputo dei relativi oneri⁶.

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

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

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

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

⁶ La Corte di Giustizia, nella sentenza cit. afferma «67. *A questo proposito, come rilevato dal giudice di rinvio, le opere di urbanizzazione menzionate all'art. 4 della legge n. 847/1964 possono ben costituire opere pubbliche in senso stretto, da un lato, a motivo della loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze di urbanizzazione non limitate al semplice insediamento individuale e, dall'altro, a motivo del fatto che l'amministrazione competente ha il pieno controllo di tali opere, in forza di un titolo giuridico che ne assicura alla stessa la disponibilità al fine di garantirne la fruizione collettiva da parte di tutti gli utenti della zona.* 68. *Tali elementi sono importanti in quanto confermano la destinazione pubblica impressa, sin dall'origine, alle opere da realizzare».*

opere di urbanizzazione soprasoglia, come peraltro espressamente riconosciuto dalla circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 18 dicembre 2001 n. 462⁷.

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

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

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

In relazione a siffatta disposizione si è pronunciata nuovamente la Corte di Giustizia (a seguito di una procedura di infrazione sollevata dalla Commissione europea) con la sentenza del 21 febbraio 2008⁸, nella quale si è affermata l'incompatibilità con il diritto comunitario della disciplina italiana nella parte in cui escludeva l'applicazione dei principi comunitari di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento con riferimento alla realizzazione di opere di urbanizzazione che, benché di importo inferiore alla soglia, fossero ritenute di interesse transfrontaliero certo.

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

⁷ Circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 18 dicembre 2001 n. 462, pubblicata in G.U. del 28 dicembre 2001 n. 300.

⁸ Corte giust. Ce, 21 febbraio 2008 n. 412 (in causa 412/2004), in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, II, 306.

1.1. La disciplina del codice dei contratti pubblici

Di tale pronuncia il legislatore italiano ha tenuto, sia pure parzialmente, conto nella redazione della prima versione del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (d'ora in poi "Codice").

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

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

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

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

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

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

1.2. Il secondo correttivo del codice

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

La novella legislativa ha apportato all'art. 32 comma primo lett. g), parziali ma significative modifiche.

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

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

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

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

In merito a tale ultima disposizione, occorre segnalare come il citato d.lgs. n. 113 del 2007, conformandosi alle osservazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere del 6 giugno 2007 n. 1750, reso in relazione allo schema del decreto correttivo, avesse sostituito la locuzione "*correlate al singolo intervento edilizio assentito*" con l'espressione: "*correlate all'intervento edilizio assentito, comprensivo dell'ipotesi in cui le opere siano funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio*".

In particolare, il Consiglio di Stato aveva evidenziato le sostanziali difficoltà applicative poste dalla locuzione normativa in esame, in considerazione dell'obiettivo difficoltà di ipotizzare l'esistenza di opere di urbanizzazione primaria correlate ad un singolo intervento edilizio. Era quindi stata prospettata l'opportunità di far riferimento ad un intervento complesso ma unitario, comprensivo di tutte le opere di urbanizzazione ad esso funzionalmente connesse.

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

In definitiva, dal quadro complessivamente scaturente dal d. lgs. n. 113 del 2007, risultava soggetta all'applicazione della normativa comunitaria l'esecuzione a scomputo di tutte le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, sopra e sottosoglia, ad eccezione delle sole opere di urbanizzazione primaria correlate all'intervento edilizio assentito, compresa l'ipotesi di opere funzionalmente connesse all'intervento edilizio in questione.

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

Le doglianze avverso la disciplina dettata dal secondo decreto correttivo del Codice dei Contratti trovavano, poi, conferma nell'apertura da parte della Commissione europea avverso lo Stato Italiano di una nuova procedura di infrazione (n. 2007/2309), specie in relazione al mantenimento del diritto di prelazione a favore dell'operatore edilizio laddove questi avesse assunto la veste di promotore presentando al Comune la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione⁹.

1.3. Il terzo correttivo del codice

Il c.d. terzo Correttivo del Codice (d. lgs. 11 settembre 2008 n. 152) ha, sotto la spinta della giurisprudenza comunitaria, significativamente innovato la disciplina di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri.

Sono stati, infatti, sostituiti sia il primo comma, lettera g), dell'art. 32, relativo alle c.d. opere sopra soglia, sia l'ottavo comma dell'art. 122, relativo alle c.d. opere sottosoglia.

a) *opere di urbanizzazione sopra soglia.*

⁹ In particolare, la Commissione delle Comunità europee, nell'ambito della citata procedura di infrazione, nella nota di costituzione in mora trasmessa il 1° febbraio 2008 alla rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea osserva: "L'art. 32, par. 2, lett. g), del codice, infatti, permette al titolare del permesso di costruire di presentare una proposta per la realizzazione di tali opere in qualità di "promotore". Sulla base di tale proposta, l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire bandisce una gara per l'attribuzione dei relativi appalti di lavori, in tale gara, il "promotore" beneficia di un diritto di prelazione che gli permette di aggiudicarsi l'appalto corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato. In merito a tale disposizione, la Commissione ricorda che le regole applicabili alla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi dovuti per il rilascio del permesso di costruire, precedentemente previste dalla l. n. 109/1994 sono state parimenti oggetto del ricorso per inadempimento sopra citato. La nuova disciplina introdotta dal codice resta problematica. Oltre a presentare i medesimi problemi di compatibilità con il diritto comunitario sollevati dalle disposizioni del codice in materia di promotore, infatti, la procedura particolare di cui all'art. 32 mantiene il diritto di prelazione in favore del promotore, che peraltro può essere solo il titolare del permesso di costruire. Inoltre, è da rilevare che l'art. 32, par. 2, del codice ha vocazione ad applicarsi all'attribuzione di appalti pubblici di lavori, che è soggetta a regole comunitarie ben più dettagliate di quelle applicabili all'attribuzione delle concessioni di lavori. A maggior ragione, dunque, la procedura sopra descritta non sembra suscettibile di assicurare il rispetto delle regole della direttiva 2004/18/CE applicabili all'aggiudicazione degli appalti di lavori".

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

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

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

b) opere di urbanizzazione sottosoglia.

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

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

1.4. Il decreto Salva Italia

Il quadro normativo sopra delineato si è arricchito recentemente con la previsione del comma 2 *bis*, innestato nell'art. 16 del D.P.R. n. 380 del 2001 dal d.l. 6 dicembre 2011, n.

201 (cd. Decreto Salva Italia, conv. con la l. 22 dicembre 2011, n. 284), secondo cui «*Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*».

Tale norma introduce una disciplina speciale delle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia rispetto a quella generale di cui all'art. 122, comma 8, del Codice che il decreto Salva Italia non ha modificato e che, come appena ricordato, non distingue più tra opere di urbanizzazione primaria e secondaria.

L'ambito di applicazione di tale speciale disciplina risulta più circoscritto di quello di cui al citato art. 122 sotto un duplice profilo: le opere di urbanizzazione primarie devono essere previste nei piani attuativi (o atti equivalenti) o deve trattarsi di interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale; inoltre tali opere devono altresì risultare funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio.

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

1.5. La nozione di opere funzionali

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.6. L'esclusione del codice

Ancora preliminare è l'interpretazione della locuzione «*non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*», che sarebbe risultata molto meno gravosa se il Decreto Salva Italia avesse ritenuto di inserire la nuova disciplina delle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia nel Codice, anziché nell'ambito dell'art. 16 del D.P.R. n. 380 del 2001.

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

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

Il comma 2, stabilisce che, in ogni caso, «*si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4*» che richiama le disposizioni della l. n. 241 del 1990 e quelle del codice civile.

Se infatti la nuova disposizione fosse stata inserita tra i contratti esclusi dal Codice non vi sarebbe stato dubbio alcuno che, ai fini realizzazione delle opere di urbanizzazione primarie sottosoglia, trovasse applicazione l'art. 27.

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

Si ritiene peraltro che tale conclusione non possa essere condivisa, poiché *i principi richiamati dall'art. 27 citato trovano il loro fondamento direttamente nei Trattati europei e la loro applicazione anche ai contratti sottosoglia è stata più volte ribadita dalla Corte di Giustizia.*

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

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

In sede di adattamento al *decisum* del giudice comunitario, il legislatore ha previsto l'importo di 1 ml di euro (cfr. art. 122, comma 9, del Codice) come soglia al di sotto della quale può ritenersi escluso l'impatto transfrontaliero dell'appalto.

In definitiva, si reputa che all'art. 16 debba riservarsi un'interpretazione "comunitariamente" orientata e, quindi, anche per le opere di urbanizzazione primaria sottosoglia viga il rispetto dei principi richiamati dall'art. 27 del Codice, allorché l'importo di tali opere superi la soglia di 1 ml di euro e l'operatore edilizio non esegua direttamente le opere, salvo quanto precisato al successivo paragrafo 2.2.4.

2. INDICAZIONI OPERATIVE RELATIVE ALL’AFFIDAMENTO E REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO

Così ricostruito il contesto normativo è ora possibile prendere in considerazione le questioni più immediatamente operative, ad iniziare dalla preliminare individuazione delle opere di urbanizzazione.

2.1. Aspetti preliminari alla procedura di gara

2.1.1. Rapporti con la programmazione triennale.

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

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

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

IO.1: non è necessario che l’opera da realizzare a scomputo sia inserita nel programma triennale e nell’elenco annuale dei lavori pubblici.

2.1.2. Individuazione delle opere di urbanizzazione

Il secondo aspetto operativo da affrontare attiene all’incidenza urbanistica e alla corretta individuazione degli “oneri” connessi all’intervento edilizio da realizzare.

Sono distintamente individuabili due diversi approcci alla questione.

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

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

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

In questa prospettiva sembra porsi l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che, nella determinazione del 2 aprile 2008 n. 4, ha ritenuto, con riferimento ai piani di riqualificazione urbana e ai piani integrati di intervento, che *«Il carattere oneroso della prestazione deve ritenersi sussistere in qualunque caso in cui, a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento di un corrispettivo che può essere, a titolo esemplificativo, in denaro, ovvero nel riconoscimento del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni. In altri termini, il vantaggio economico in cui consiste la causa del negozio non deve obbligatoriamente essere limitato ad una corresponsione in denaro, ma ben può consistere in un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica. Ne consegue, quindi, che le convenzioni urbanistiche mediante le quali i privati si obbligano a realizzare opere pubbliche presentano elementi e natura tali da essere riconducibili, sul piano tassonomico, allo stesso genus dei piani di lottizzazione, ancorché si configurino come tipi differenti di piani attuativi (i cosiddetti programmi complessi). Ciò in quanto, come sopra riferito, la realizzazione di opere da parte del privato avviene comunque sulla base di accordi convenzionali conclusi dallo stesso con l'amministrazione per il raggiungimento di un proprio interesse patrimoniale, che è la causa del negozio giuridico in base al quale il privato stesso assume su di sé l'obbligo di realizzare le opere di cui trattasi. Alla luce di quanto sopra, pertanto, si può ritenere che le fattispecie in esame siano da ricondurre alla categoria dell'appalto pubblico di lavori», da ciò derivando, come necessario corollario, che esse debbano essere affidate secondo procedure ad evidenza pubblica nel rispetto del diritto comunitario e nazionale vigente».*

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

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

Si ritiene quindi che l'incidenza urbanistica dell'intervento non possa essere stabilita in via automatica e parametrica, ma richieda comunque di considerare l'effettiva incidenza

urbanistica dell'intervento in base alla previsioni di urbanizzazione previste dallo strumento urbanistico generale e dai piani attuativi.

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

L'assoggettamento a gara delle opere pubbliche che, nell'ambito di una convenzione urbanistica, il privato si assume l'obbligo di realizzare a titolo gratuito, ossia oltre il limite dello scomputo degli oneri di urbanizzazione, contrasta del resto con la natura onerosa del contratto d'appalto che lo stesso giudice comunitario richiede, osservando che *«nell'ordinanza di rinvio il giudice nazionale constata che, contrariamente alla tesi sostenuta dalla parte resistente e dagli intervenienti nella causa principale, il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato che realizza le opere di urbanizzazione non effettua alcuna prestazione a titolo gratuito, in quanto egli estingue un debito di pari valore salvo conguaglio in denaro che sorge in favore del Comune, ossia il contributo per gli oneri di urbanizzazione, senza che il carattere alternativo dell'obbligazione contributo pecuniario o esecuzione diretta delle opere consenta di differenziarne la causa a seconda della modalità di adempimento prescelta (o prestabilita dal legislatore). Tale interpretazione della normativa nazionale è conforme all'obiettivo della direttiva, [...] ed è pertanto idonea ad assicurare l'effetto utile della direttiva medesima. Da ciò consegue che l'elemento relativo al carattere oneroso del contratto deve ritenersi sussistente»¹⁰.*

IO.2: Da ciò derivano due rilevanti conseguenze operative:

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

¹⁰ Corte giust. Ce, del 12 luglio 2001 (in causa C-399/1998) cit..

medesime e del conseguente difetto del carattere sinallagmatico dell'impegno assunto.

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

Come già osservato, secondo la Corte di Giustizia, se nel caso di specie si prevede la realizzazione a scomputo di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, l'importo di entrambe deve essere computato ai fini della verifica del superamento o meno della soglia. Ciò non esclude, ed anzi appare auspicabile, che nella convenzione si preveda la suddivisione, nel rispetto delle soglie di rilevanza comunitaria, delle opere primarie da quelle secondarie attraverso lotti funzionali, come previsto dal nuovo comma 1 *bis* dell'art. 2 del Codice.

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

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

Ciò deriva dall'accoglimento, qui propugnato, di un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 16, comma 2 *bis* e quindi, dalla sostanziale identità tra il regime della gara informale di cui all'art. 57 del Codice e i principi ricavabili dall'art. 27 del medesimo Codice con riferimento agli appalti esclusi, salva la realizzazione diretta delle opere da parte dell'operatore edilizio come precisato al successivo paragrafo 2.2.4.

IO.3: Ai fini della verifica della soglia comunitaria vanno considerate congiuntamente le opere di urbanizzazione sopra e sottosoglia. Ove siano previste opere di urbanizzazione primaria e secondaria sottosoglia si applica in ogni caso l'art. 122, comma 8, del Codice.

Va peraltro sottolineato che spesso vi è la tendenza ad escludere dal valore delle opere di urbanizzazione una serie di voci di spesa (allacciamenti, interferenze, etc.).

Tale tendenza non pare corretta poiché la determinazione del valore delle opere deve essere effettuata in ragione dell'investimento complessivo, ossia del "valore lordo" delle opere, ponendosi cioè nella prospettiva che sia il Comune a doverle realizzare.

IO.4: Le opere di urbanizzazione vanno considerate nel loro nel "valore lordo", comprensivo del costo delle opere e relativa IVA, delle spese tecniche tutte per la progettazione esecutiva, direzione lavori, sicurezza, collaudo (e relativa IVA) e quant'altro configurabile come costo effettivo nell'ipotesi che sia il Comune a sostituirsi al soggetto attuatore nella realizzazione delle opere (interferenze, imprevisti, allacciamenti, etc).

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

IO.5: Ai fini della verifica della soglia comunitaria vanno considerate le sole voci del quadro economico che costituiscono l'importo a base d'asta.

2.2. Le procedure di gara

2.2.1. La gara espletata dall'operatore edilizio per le opere di urbanizzazione soprasoglia

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

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

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

IO.6: nel caso di gara bandita dall'operatore edilizio, nell'atto d'obbligo accessorio al permesso di costruire ovvero nella convenzione di lottizzazione dovrà essere richiamato l'obbligo di applicare le pertinenti norme del Codice e nel contratto tra l'operatore edilizio e l'appaltatore dovrà essere richiamata la convenzione tra il primo e il Comune.

In altre parole, si ritiene che verso il Comune continui ad essere responsabile solamente e direttamente l'operatore edilizio, il quale a propria volta dovrà adeguatamente tutelarsi nei confronti dell'aggiudicatario della procedura di gara e materiale esecutore delle opere di urbanizzazione, anche attraverso il richiamo nel relativo contratto di appalto delle prescrizioni contenute nell'atto d'obbligo o nella convenzione stipulata con il Comune.

Per quanto concerne lo svolgimento della fase ad evidenza pubblica valgono le regole generali dettate dal Codice.

IO.7: L'operatore edilizio affida le opere di urbanizzazione primaria pari o sopra soglia mediante procedura di evidenza pubblica scelta tra quelle di cui all'articolo 55 del Codice ed in particolare:

- l'operatore deve redigere e pubblicare apposito bando di gara, osservando le modalità di cui agli articoli 66 e 67 e i termini di cui agli articoli 70, 71 e 72 del Codice;
- possono utilizzarsi liberamente una delle tipologie contrattuali di cui all'articolo 53, comma 2, lettere a), b) o c), del Codice;
- è altresì possibile ricorrere ad un contratto d'appalto con corrispettivo parzialmente o totalmente costituito da cessione di beni o diritti reali, ivi comprese cose future ai sensi dell'articolo 1472 del codice civile, in applicazione analogica dell'articolo 53, commi 6, 7, 8 e 9, Codice;
- il Comune, tramite il Responsabile per la realizzazione delle opere di

urbanizzazione a scomputo, vigila in merito alla regolarità della procedura di gara;

- **l'aggiudicazione è effettuata a favore dell'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**

2.2.2. La gara espletata dal Comune per le opere di urbanizzazione soprasoglia

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

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

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

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

Infatti, la norma pare costruita non è dato comprendere quanto consapevolmente nel senso (uso del congiuntivo "*presenti*") che ove il Comune eserciti tale facoltà, il privato sia poi tenuto a seguirla, non potendo cioè più procedere ad appaltare egli stesso le opere di urbanizzazione, secondo l'ipotesi principale prevista dall'art. 32 cit.

Se così davvero fosse, è evidente che una siffatta previsione non potrebbe essere contemplata, in via generale, ad esempio nel Regolamento edilizio, ma appunto soltanto, caso per caso, nelle convenzioni accessorie a piani attuativi.

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

La gara deve essere, quindi, indetta dal Comune, con procedura aperta o ristretta, e deve prevedere la presentazione da parte dei concorrenti, in sede di offerta, del progetto

definitivo delle opere da realizzare, indicando separatamente il corrispettivo richiesto per la progettazione, per l'esecuzione delle opere e per gli oneri di sicurezza.

La norma in esame non chiarisce chi debba essere, per parte committente, il soggetto che stipula il contratto di appalto: se, cioè, esso vada rinvenuto nel Comune, che bandisce la gara, ovvero l'operatore edilizio, che, precedentemente ad essa, ha l'onere di predisporre lo schema del contratto.

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

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

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

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

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

Ovviamente, tale ipotesi, ritenuta ammissibile da alcuni commentatori, non sarebbe neppure percorribile ove si propendesse per ritenere che l'operatore edilizio sia poi parte

del contratto di appalto, perché altrimenti si confonderebbero nello stesso soggetto il ruolo di committente ed appaltatore.

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

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

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

La prima soluzione, anche se fa ricadere sull'istante i tempi necessari per l'esecuzione della gara, appare preferibile, in quanto solo dopo l'aggiudicazione è possibile conoscere i termini precisi della progettazione delle opere di urbanizzazione.

IO.8: nel caso di gara bandita dal Comune, la convenzione dovrà prevedere che l'operatore edilizio presenti il progetto preliminare; lo stesso operatore potrà partecipare alla gara solo ove non abbia preso parte in nessun modo alla progettazione. In ogni caso, il contratto con l'appaltatore è stipulato sempre dall'operatore in veste di committente.

2.2.3. Le opere di urbanizzazione sottosoglia comunitaria secondo l'art. 122, comma 8, del Codice.

Si tratta di ipotesi diversa da quella in cui debbano essere realizzate "solo" opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento edilizio prevista dall'art. 16, comma 2 *bis*, D.P.R. 380 del 2001 (cfr. *infra* 2.7).

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

La norma pone non pochi dubbi interpretativi.

Al fine della sua corretta applicazione, occorre muovere dalla sua collocazione all'interno del Titolo concernente i contratti sottosoglia comunitaria, per i quali secondo il precedente art. 121 si applicano le disposizioni del Codice relative a quelli sopra soglia, se e in quanto

non espressamente derogate. Dunque, in materia di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri, la disciplina dettata dall'art. 32, primo comma, lettera g), deve ritenersi applicabile anche a quelle sottosoglia comunitaria salvo le specifiche deroghe stabilite dal comma 8 dell'art. 122.

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

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

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

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

Pur nella sintesi della disciplina normativa, l'utilizzo dei termini "*aspiranti idonei*", lascia intendere, da un lato, che il soggetto invitato abbia manifestato, in via preliminare (magari attraverso una preventiva indagine di mercato curata dalla stessa stazione appaltante), un potenziale interesse alla partecipazione alla gara e, dall'altro lato, che si tratti comunque di un soggetto qualificato ad eseguire lavori pubblici di pari importo a quelli appaltati¹¹.

Di particolare importanza, al fine del vaglio della compatibilità della nuova disciplina dell'appalto delle opere di urbanizzazione sottosoglia con i principi dei Trattati comunitari, specie con quelli di pubblicità, trasparenza e non discriminazione (sanciti dagli artt. 43 e 49), riveste il richiamo, contenuto all'art. 57, comma 6 del Codice, ai criteri di trasparenza, concorrenza e rotazione nella valutazione della scelta dei soggetti da invitare¹².

¹¹ La necessità che si tratti di soggetti "idonei" fin dal momento dell'invito, esclude, secondo la giurisprudenza, la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento ai fini della presentazione dell'offerta nell'ambito della gara ufficiosa (TRGA Trento, 5 dicembre 2012, n. 357).

¹² La disposizione pare peraltro, sul punto, costruita più per confermare in astratto tale compatibilità, che per essere destinata ad avere un reale applicazione, sia perché la propria efficacia è già smorzata dall'*incipit* "*ove possibile*", sia perché non sono affatto chiarite le modalità operative attraverso le quali i predetti criteri si debbano estrinsecare. Inoltre, ove la stazione appaltante sia rappresentata dal destinatario del titolo abilitativo, il rispetto di tali criteri risulta essere di fatto assai mitigato dalla tendenziale non ripetitività della sua veste di soggetto aggiudicatore. Comunque, la disciplina in esame, in assenza dell'onere di pubblicazione di ogni qualsivoglia bando, risulta di discutibile conformità con il principio comunitario della pubblicità delle

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

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

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

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

IO.9: L'operatore edilizio affida le opere di urbanizzazione sottosoglia mediante procedura negoziata ai sensi del combinato disposto degli articoli 57, comma 6, e 122, comma 8, del Codice ed in particolare:

- **nella procedura negoziata sono consultati non meno di 5 (cinque) operatori economici, adeguatamente qualificati ai sensi dell'articolo 40 del Codice e del regolamento unico di attuazione;**
- **gli operatori economici invitati sono selezionati sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e**

procedure di affidamento dei contratti pubblici e ciò, quantomeno, per gli appalti relativi ad opere di urbanizzazione che, pur di valore inferiore alla soglia comunitaria, manifestino un interesse transfrontaliero certo. Ciò potrebbe esporre il nostro Paese ad una nuova procedura di infrazione della normativa comunitaria.

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

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

Ove si tratti solo di opere di urbanizzazione primarie sottosoglia funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio trova applicazione il comma 2 *bis* del citato art. 16. La lettera della norma, *«a carico del titolare del permesso di costruire»*, esclude in tale ipotesi, diversamente da quanto possibile nel caso dell'art. 122, comma 8 del Codice, che le funzioni di stazione appaltante possano essere svolte dal Comune.

Secondo l'interpretazione sopra esposta della locuzione *«non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163»* si ritiene che il privato sia comunque tenuto ad individuare l'appaltatore nel rispetto dell'art. 27 del Codice.

In particolare dovranno essere rispettati i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti *«se compatibile con l'oggetto del contratto»*.

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

Tuttavia, non si ritiene escluso che l'operatore edilizio possa realizzare direttamente le opere in questione, soprattutto in caso in cui tali opere debbano essere realizzate contestualmente all'intervento di trasformazione urbanistica cui accedono.

Allorché l'importo di tali opere sia attestato sopra la soglia di "impatto transfrontaliero", da individuarsi, come sopra rilevato, nell'importo di 1 ml euro e l'operatore edilizio decida di affidare a terzi l'esecuzione delle opere è tenuto a rispettare i principi comunitari e cioè ad invitare ad offrire almeno cinque operatori del settore dandone contezza all'amministrazione.

IO.10. Ove le opere di urbanizzazione primaria sottosoglia funzionali superino l'importo di 1 ml di euro e l'operatore edilizio non le esegua direttamente, l'affidamento delle opere medesime deve avvenire mediante invito ad offrire rivolto ad almeno cinque operatori del settore dandone contezza all'amministrazione comunale.

2.3. L'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo

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

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

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

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

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

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

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

Con riferimento a tale ricostruzione si pone la seguente alternativa:

- a) la disciplina delle opere di urbanizzazione a scorporo configura una delega da parte del Comune all'operatore edilizio della funzione di stazione appaltante;
- b) la disciplina delle opere di urbanizzazione a scorporo conferisce al titolare del titolo edilizio la titolarità "diretta" delle funzioni di stazione appaltante in virtù del primo periodo della lett. g) dell'art. 32, comma 1, del Codice secondo cui i "*soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scorporo 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)¹³.

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

Nell'ipotesi sub a), che si ritiene di dover seguire nelle presenti linee guida:

- il momento amministrativo che attua la predetta previsione normativa va individuato nella convenzione urbanistica;
- ciò che costituisce oggetto della delega non è la titolarità della posizione di stazione appaltante bensì il mero esercizio dei poteri ad essa connessi;

¹³ D.G.R. Veneto n. 436 del 24 febbraio 2009.

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

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

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

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

IO.11: nel caso in cui la gara sia bandita dall'operatore edilizio, la convenzione o l'atto unilaterale d'obbligo deve prevedere il potere di vigilanza che spetta al Comune nel corso dell'intero procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione.

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

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

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

Infine, nell'ipotesi sub a) risulterebbe confermata l'opzione interpretativa che riserva al Comune la spettanza dei ribassi d'asta¹⁴. Nell'ipotesi sub b), al contrario, l'autonomia del titolare del titolo edilizio in quanto soggetto aggiudicatore dovrebbe condurre alla conseguenza che allo stesso siano riservati i vantaggi (ribassi d'asta)¹⁵ e gli svantaggi (varianti in aumento) della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo.

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

IO.12: E' necessario che il Comune nomini un responsabile del procedimento per la realizzazione delle opere di urbanizzazione con il compito di sovrintendere a tutte le fasi di realizzazione e di collaudo delle opere; quindi a titolo esemplificativo:

- **interviene nelle Conferenze di Servizi convocate dal responsabile del procedimento urbanistico;**
- **provvede alla trasmissione all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici dei dati relativi all'operatore edilizio¹⁶;**
- **è competente alla verifica tecnica di cui all'art. 112 del Codice (validazione);**
- **coordina, acquisisce i pareri dei settori e uffici comunali a vario titolo competenti in merito alle opere di urbanizzazione;**
- **è il referente nel rapporto con l'operatore edilizio ed in particolare nel rapporto con i professionisti incaricati dall'operatore medesimo per la**

¹⁴ Corte dei conti sezione regionale di controllo per il Veneto, parere n. 148/2009, pubblicato il 7 agosto 2009

¹⁵ Determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, 16 luglio 2009 n. 7

¹⁶ cfr. il comunicato del Presidente dell'Autorità di vigilanza sui Contratti pubblici in data 21 luglio 2010

progettazione esecutiva e la direzione dei lavori;

- **fornisce le informazioni e le prescrizioni di dettaglio che si rendessero necessarie durante la realizzazione delle opere, prescrizioni che l'operatore edilizio è tenuto a recepire;**
- **svolge le funzioni di vigilanza sulla procedura di affidamento dei lavori;**
- **nomina il collaudatore tecnico in corso d'opera e finale;**
- **affianca e supporta il collaudatore durante la sua attività, rilascia il nulla osta alla approvazione del certificato di collaudo provvisorio emesso dal collaudatore;**
- **rilascia al competente settore urbanistico i nulla osta allo svincolo delle fidejussioni;**
- **segnala al responsabile del procedimento urbanistico, durante l'esecuzione dei lavori, eventuali criticità che possono influire sostanzialmente sul rispetto dei tempi fissati dalla convenzione per l'ultimazione delle opere;**
- **sospende i lavori e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento urbanistico in caso di difformità o varianti rispetto al progetto esecutivo eseguite senza formale condivisione e autorizzazione;**
- **coordina con il settore per il patrimonio l'acquisizione delle aree al patrimonio comunale.**

2.3.2. Obblighi dell'operatore edilizio e del Comune.

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

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

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

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

IO.13: E' necessario che l'operatore edilizio nomini il Responsabile unico del procedimento con i compiti di:

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

La direzione dei lavori e il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione sono affidati e svolti da soggetti abilitati liberamente individuati dall'operatore edilizio, con oneri

a proprio carico, e comunicati al Responsabile del procedimento per la realizzazione delle opere di urbanizzazione con le modalità previste dal D.P.R. n. 380 del 2001.

2.3.3. Tempi di esecuzione, garanzie e collaudo

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

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

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

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

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

IO.14: E' necessario che la convenzione disciplini dettagliatamente il termine di esecuzione delle opere di urbanizzazione, l'eventuale proroga di tale termine, le sanzioni in caso di inosservanza, nonché la possibilità di proroga del termine di validità dei titoli edilizi.

A garanzia degli obblighi assunti dall'operatore edilizio, la convenzione o l'atto d'obbligo sono corredati da apposita fideiussione prestata con le modalità di cui all'art. 75, commi 3, 4 e 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006, per un importo pari all'intero valore dell'investimento, ossia pari al valore lordo¹⁷ delle opere di urbanizzazione.

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

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

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

IO.15: A garanzia degli obblighi assunti dall'operatore edilizio, la convenzione o l'atto d'obbligo devono prevedere il deposito di apposita fideiussione per un importo pari al valore lordo delle opere di urbanizzazione con le modalità di cui all'art. 75, commi 3, 4 e 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

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

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

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

¹⁷ Cfr. *supra* par. 2.1.3 e IO.4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IO.16: E' opportuno che la convenzione disciplini il procedimento di collaudo, anche al fine di sancire l'obbligo di cooperazione da parte dell'operatore edilizio e le conseguenze in caso di inadempimento.

2.3.4. Sanzioni

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

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

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

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

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

corrispondente al costo o valore delle opere o prestazioni, quantificato dal Responsabile del procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione.

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

IO.17 E' opportuno che la convenzione preveda meccanismi di contestazione dell'inadempimento e le relative conseguenze, in particolare per ciò che riguarda l'escussione della garanzia fideiussoria.

