

Opere di urbanizzazione realizzate da privati e relative problematiche dopo il 17 ottobre 2008, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 152 del 2008 (terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici)

Note sull'applicazione degli articoli 32, comma 1, lettera g), e 122, comma 8, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici)

1. Premessa

2. La disciplina del Codice dei contratti - 2.1. *La disciplina transitoria esplicita* - 2.2. *La disciplina transitoria implicita* - 2.3. *La disciplina a regime*

3. I moduli operativi - 3.1. *L'affidamento mediante procedura negoziata* - 3.2. *L'affidamento mediante procedura pubblica gestita dal privato* - 3.3. *L'affidamento mediante procedura pubblica gestita dal Comune*

4. Questioni ancillari - 4.1. *La possibilità per il Comune di appaltare ed eseguire le opere in via ordinaria* - 4.2. *La partecipazione del privato qualificato alle procedure di affidamento* - 4.3. *La previsione del corrispettivo mediante cessione di beni* - 4.4. *La cronologia degli interventi* - 4.5. *La frazionabilità delle opere di urbanizzazione tra primarie e secondarie* - 4.6. *L'estensione della disciplina del Codice alle opere aggiuntive o eccedenti lo "scomputo" degli oneri*

1. PREMESSA

La questione posta (nelle sue diverse angolazioni) non può essere affrontata senza un minimo di ricostruzione storica. Per semplicità possiamo partire dalla cosiddetta sentenza "Bicocca" ⁽¹⁾ che, con chiarezza cristallina ha così concluso: «La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/37/CE, ⁽²⁾ che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste da tale direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi», affermando (punto 97 in sentenza) che «Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre concludere che la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione secondo le condizioni e le modalità previste dalla normativa italiana in materia urbanistica costituisce un "appalto pubblico di lavori" ai sensi della direttiva»; da quanto precede si possono trarre le seguenti conclusioni:

- le opere di urbanizzazione sono da ritenere pubbliche sin dalla loro origine (quindi anche se eseguite su proprietà privata e se formalmente di proprietà privata prima del passaggio al patrimonio pubblico),
- gli accordi convenzionali configurano la presenza dell'elemento contrattuale (a prescindere dalla complessa natura giuridica della convenzione urbanistica),
- la sussistenza dell'onerosità deriva dalla concessione, da parte della pubblica amministrazione, dello scomputo degli oneri in luogo del loro pagamento diretto,
- è irrilevante che l'attuatore privato (in genere il lottizzante) sia o meno un imprenditore, dal momento che può

¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98.

² Ora Direttiva del Consiglio 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE.

ricorrere all'affidamento a terzi così come farebbe il Comune concedente.

Sul punto nessuna novità rilevante è stata apportata dal Ministero delle infrastrutture e trasporti con la Circolare 18 dicembre 2001, n. 462 (G.U. n. 300 del 28 dicembre 2001), ma la successiva Circolare del Ministero per le politiche comunitarie 6 giugno 2002, n. 8756 (G.U. n. 178 del 31 luglio 2002) ha ricordato un altro principio fondamentale: se le direttive comunitarie non sono applicabili agli appalti sottosoglia ⁽³⁾ nondimeno a questi appalti minori (e conseguentemente alle opere di urbanizzazione di importo non rilevante) devono applicarsi i principi derivanti dal Trattato ⁽⁴⁾ e dalle pronunce della Corte di Giustizia in materia di non discriminazione, trasparenza, libera concorrenza ecc. ⁽⁵⁾, soluzione ampiamente accolta anche dal giudice amministrativo nazionale.

Pare anche utile ricordare come il giudice delle leggi abbia affermato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali che **non** prevedono l'obbligo di affidamento mediante procedure di evidenza pubblica, di tutti i lavori infrastrutturali di interesse generale, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria. ⁽⁶⁾

Anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ⁽⁷⁾ ha aderito a tale interpretazione, ed ha esteso la portata dell'articolo 32, comma 2, lettera g), del Codice dei contratti, formalmente rivolta ai titolari dei permessi di costruire e ai lottizzanti convenzionati, anche a tutti i piani urbanistici e agli accordi convenzionali, comunque denominati, stipulati tra privati e amministrazioni (cosiddetti "accordi complessi", compresi gli accordi di programma) che prevedano l'esecuzione di opere destinate a confluire nel patrimonio pubblico, con la sola eccezione di "accordi complessi" stipulati in seguito a procedura di evidenza pubblica originaria per la scelta del privato sottoscrittore dell'accordo, nel qual caso non è richiesta una gara di "secondo livello" per la scelta dell'esecutore delle opere.

L'opinione dell'Autorità appare condivisibile e non superabile nemmeno mediante la sostituzione di accordi bilaterali con atti unilaterali del privato che assume le obbligazioni convenzionali, quantomeno per l'equiparazione di questi atti alla disciplina contrattuale (articolo 1324 del Codice civile).

2. LA DISCIPLINA DEL CODICE DEI CONTRATTI

Dopo il terzo decreto correttivo il Codice dei contratti disciplina le opere di urbanizzazione ⁽⁸⁾ con due norme:

- l'articolo 32, comma 1, all'alinea apre con «*Le norme del presente titolo ... si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28:*» ⁽⁹⁾ per poi completare, alla lettera g), con «g) *lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d. P. R. 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste*

³ Quindi euro 5.150.000 per i lavori ed euro 206.000 per le forniture e i servizi.

⁴ Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici (G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C 179).

⁵ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ordinanza 3 dicembre 2001, in C-59/00, e sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324.

⁶ Corte Costituzionale, 28 marzo 2006, n. 129 (Governo della Repubblica vs. Regione Lombardia).

⁷ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 4 del 2 aprile 2008 (preceduta da ampia istruttoria).

⁸ Nel presente lavoro, quando si parla di "opere di urbanizzazione", se non diversamente specificato, si intendono le opere di urbanizzazione sia primaria che secondaria.

⁹ Quindi euro 5.150.000 per i lavori ed euro 206.000 per le forniture e i servizi.

dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza;»;

- l'articolo 122 (rubricato «Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia»), comma 8, secondo il quale: «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; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei.» .

2.1. La disciplina transitoria esplicita

In realtà il Codice contiene una terza norma, con efficacia transitoria, costituita dall'articolo 253, comma 8, secondo la quale «Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione.»; quest'ultima norma, peraltro, è l'unica rimasta invariata rispetto alla versione originaria. Si può trascurare questa fattispecie, limitata alle opere di urbanizzazione secondaria previste da convenzioni urbanistiche stipulate anteriormente al 1° luglio 2006 (che alla data odierna rivestono un interesse marginale); basti concludere, sul punto, che le stesse opere, anche nel caso improbabile non siano ancora state affidate alla data odierna, possono essere eseguite direttamente dall'attuatore privato o da un operatore economico di sua libera individuazione. E' tuttavia opportuno ribadire che questa liberalizzazione "assoluta" ⁽¹⁰⁾ è subordinata al ricorrere di tutte le seguenti tre condizioni riguardanti le opere:

- devono essere previste in convenzioni o atti unilaterali sottoscritti anteriormente al 1° luglio 2006;
- devono consistere in sole opere di urbanizzazione secondaria;
- devono essere di importo inferiore alla soglia comunitaria (a quella data euro 5.278.227).

2.2. La disciplina transitoria implicita

Pur nel silenzio del Codice dei contratti, si ritiene che sussista anche una disciplina transitoria incardinata nel principio *tempus regit actum*. Come noto il Codice, dopo il secondo decreto correttivo ⁽¹¹⁾ e prima dell'entrata in vigore del terzo decreto correttivo, regolamentava la materia in modo molto più complesso, che per ragioni di economia generale è riassumibile nei seguenti schemi:

data di stipula della convenzione: di importo x 1.000: ⁽¹²⁾	prima del 01/07/2006		dal 01/07/2006 al 31/12/2007		dal 01/01/2008	
	< 5.278	= > 5.278	< 5.278	= > 5.278	< 5.150	= > 5.150
primaria	esecuzione diretta	gara pubblica	esecuzione diretta ⁽¹³⁾	gara pubblica	esecuzione diretta ⁽¹⁴⁾	gara pubblica
secondaria	esecuzione diretta	gara pubblica	gara pubblica		gara pubblica	

¹⁰ Si ritiene comunque che l'operatore economico esecutore, ancorché scelto liberamente, oppure coincidente con il soggetto attuatore, debba essere qualificato ai sensi dell'articolo 40 del Codice dei contratti (ovvero ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. n. 34 del 2000).

¹¹ Decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113, entrato in vigore il 1° agosto 2007.

¹² L'importo di 5.278.227 euro è stato ridotto a 5.150.000 euro solo dal 1° gennaio 2008 (regolamento CE 4 dicembre 2007, n. 1422).

¹³ Con trasmissione degli atti, da parte del Comune, alla Procura regionale presso la Corte dei conti a partire dal 1° agosto 2007.

¹⁴ Con trasmissione degli atti, da parte del Comune, alla Procura regionale presso la Corte dei conti.

Dove per “gara pubblica” si intendeva una delle seguenti procedure:

<i>soggetto che gestisce la gara</i>		<i>contenuto contrattuale</i>	<i>contratto stipulato tra</i>
Privato		vincolato alle sole condizioni previste dagli atti di gara	privato ed esecutore
Comune	con promotore	mancato esercizio della prelazione	vincolato alle sole condizioni previste dagli atti di gara
		esercizio della prelazione	esecuzione in proprio
	senza promotore	(gara ordinaria)	vincolato alle norme in materia di lavori pubblici
			Comune ed esecutore

Sembra pacifico che le procedure avviate in vigenza di questo regime possono proseguire e restano insensibili alla disciplina introdotta dal terzo decreto correttivo. Condizione affinché questo sia possibile è che, oltre all'avvenuta stipula della convenzione, siano già state avviate le procedure di gara, oppure che, nei casi in cui era possibile l'esecuzione diretta (opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria), i lavori siano già stati iniziati dall'operatore o, almeno, sia stato rilasciato il titolo abilitativo edilizio. ⁽¹⁵⁾

2.3. La disciplina a regime

La normativa a regime, dopo l'entrata in vigore del terzo decreto correttivo, introduce due novità fondamentali:

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

Se vengono espulse dall'ordinamento sia la possibilità di esecuzione diretta (comunque già limitata alle opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria), che la procedura del promotore (con diritto di prelazione), viene però introdotta la possibilità del ricorso alla procedura negoziata, senza previa pubblicazione di bando, per tutte le opere di importo inferiore a 5.150.000 euro (quindi anche per le opere di urbanizzazione secondaria il cui affidamento, in precedenza, era subordinato alla gara pubblica a prescindere dall'importo), con implicazioni di non poco rilievo. ⁽¹⁶⁾

Non esiste più alcuna possibilità, per il privato, di eseguire in proprio le opere di urbanizzazione.

Nel dettaglio i moduli operativi che assumono rilievo ai fini dell'argomento in oggetto, sono sostanzialmente tre:

- 1) le opere di urbanizzazione di importo inferiore a 5.150.000 euro sono eseguite da impresa selezionata dagli operatori privati mediante procedura negoziata ai sensi del combinato disposto degli articoli 57, comma 6, e 122, comma 8, del Codice di contratti;
- 2) le opere di urbanizzazione di importo pari o superiore a 5.150.000 euro sono eseguite da impresa selezionata dagli operatori privati mediante procedura di evidenza pubblica (aperta o ristretta) ai sensi del combinato disposto degli articoli 32, comma 1, lettera g), primo periodo, e 55, commi 5 o 6, del Codice di contratti;
- 3) le opere di urbanizzazione di importo pari o superiore a 5.150.000 euro sono eseguite da impresa selezionata dal Comune mediante procedura di evidenza pubblica (aperta o ristretta), su impulso progettuale degli operatori privati, ai sensi del combinato disposto degli articoli 32, comma 1, lettera g), secondo periodo, 55, commi 5 o 6, e 53,

¹⁵ Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, deliberazione 26 novembre 2008, n. 95.

¹⁶ Si pensi solo alle piattaforme per la collocazione dei cassonetti della raccolta rifiuti che, ai sensi dell'articolo 266, comma 1, del decreto legislativo n. 152 del 2006, sono opere di urbanizzazione secondaria, quindi, nella disciplina previgente, da appaltare con gara.

comma 2, lettera c), del Codice di contratti.

Resta ovviamente fermo che, in tutti i casi, le imprese che concorrono alle procedure di scelta del contraente devono essere in possesso dei requisiti di cui all'articolo 40 del Codice dei contratti (e, in attesa del nuovo regolamento generale, dell'articolo 3 del d.P.R. n. 34 del 2000), adeguati in relazione alle categorie e agli importi dei lavori da eseguire.

3. I MODULI OPERATIVI

3.1. L'affidamento mediante procedura negoziata (importo inferiore a 5.150.000 euro)

L'articolo 122, comma 8, del Codice dei contratti dispone che le opere di urbanizzazione di importo inferiore a 5.150.000 euro sono (possono essere) affidate mediante la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, cioè mediante procedura negoziata, senza preventiva pubblicazione di bando, individuando almeno 5 operatori economici (in deroga alla norma appena citata che ne richiede solo 3), adeguatamente qualificati, da invitare simultaneamente a presentare offerta con apposita lettera.

La norma individua con precisione la procedura, ma lascia libero il criterio dell'offerta, che può essere quello dell'offerta di prezzo (con ribasso percentuale in una delle forme previste dall'articolo 82 del Codice dei contratti) o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (poco pertinente in caso di opere di urbanizzazione primaria, ma comunque percorribile, come previsto dall'articolo 83 del Codice dei contratti).

Nel silenzio della norma si ritiene che il negoziato possa essere articolato in uno dei modi previsti dall'articolo 53, comma 2, del Codice dei contratti, ovvero mediante contratto di sola esecuzione *ex* lettera a), oppure di progettazione ed esecuzione *ex* lettera b) (appalto integrato sulla base del progetto definitivo con progetto esecutivo come obbligazione contrattuale dell'aggiudicatario) o *ex* lettera c) (appalto concorso sulla base del progetto preliminare, con offerte di progetto definitivo in sede di gara da parte dei concorrenti e con progetto esecutivo come obbligazione contrattuale dell'aggiudicatario). Nell'ultimo caso è obbligatorio, per motivi noti che non è il caso di approfondire, l'adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ai sensi dell'articolo 253, comma 1-*quinquies*, del Codice dei contratti, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento generale le procedure previste dall'articolo 53, comma 2, lettere a), b) e c), sono sospese e surrogate da quelle previste rispettivamente dall'articolo 19, commi 1, lettere a) e b), 1-*bis* e 1-*ter*, e dall'articolo 20, comma 4, dell'abrogata legge n. 109 del 1994, che sul punto è da ritenersi ultrattiva. ⁽¹⁷⁾

Qualunque sia la procedura scelta, la progettazione (a qualsiasi livello) deve essere coerente con le previsioni della convenzione urbanistica e con gli obblighi da questa previsti in materia di opere e:

- prima dell'indizione della gara, deve essere disponibile la progettazione al livello necessario in relazione alle modalità della gara (preliminare, definitivo oppure esecutivo);
- prima dell'inizio dei lavori, deve essere in ogni caso disponibile la progettazione esecutiva.

Si ritiene che il controllo della coerenza tra la progettazione del privato e le obbligazioni assunte con la convenzione urbanistica possa essere fatto nell'ambito dei normali controlli di natura urbanistico-edilizia, con l'istruttoria del permesso di

¹⁷ Il comma 1-*quinquies* è stato modificato in tal senso dal terzo decreto correttivo, rimediando ad una imperdonabile mancanza del legislatore delegato (fortunatamente notata da pochi e tenuta in considerazione da nessuno) che, introdotta dal decreto legislativo n. 6 del 2007 era stata abrogata dal decreto legislativo n. 113 del 2007; quest'ultimo, omettendo una norma transitoria, aveva introdotto la sospensione di tutte le procedure di gara per l'affidamento di lavori pubblici previste dall'articolo 53, comma 2, del Codice dei contratti (quindi qualunque tipo di appalto di lavori) compresa la definizione di "appalti pubblici di lavori" di cui all'articolo 3, comma 7, dello stesso Codice, per cui dal 1° agosto 2007 all'entrata in vigore del terzo decreto correttivo erano sospesi ... tutti gli appalti di lavori nei settori ordinari (salvo attingere al diritto comunitario per sopperire alla carenza normativa interna).

costruire o della denuncia di inizio attività avente per oggetto le opere di urbanizzazione, senza necessità di formalità ulteriori (ferma restando la verifica del progetto ai sensi dell'articolo 112 del Codice dei contratti). In presenza di strutture organizzative comunali complesse con competenze distribuite tra i diversi uffici (ad esempio urbanistica e lavori pubblici), l'istruttoria può avvenire mediante una conferenza di servizi interna.

Nella procedura di gara è possibile il ricorso alla normativa in materia di semplificazione (quindi alle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà), anche se il soggetto ricevente è un privato, in applicazione degli articoli 2 e 77-bis, del d.P.R. n. 445 del 2000; tuttavia è opportuno che nella lettera di invito sia richiamata questa possibilità. ⁽¹⁸⁾

Lo schema di contratto d'appalto, redatto e disponibile per i concorrenti invitati alla procedura negoziata, può avere contenuti liberamente determinati ai sensi degli articoli 1322 e 1323 del codice civile, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, purché non contenga clausole inserite più o meno subdolamente al fine di discriminare fra i soggetti invitati, impedire o rendere eccessivamente non conveniente la partecipazione.

La stipulazione del contratto d'appalto avviene tra il privato e l'impresa affidataria senza necessità di intervento da parte del Comune il quale, fatto salvo il potere di controllo, resta estraneo ai rapporti economici tra le parti, avendo solo l'interesse al risultato di una corretta esecuzione, verificata mediante il collaudo.

Il problema della giurisdizione sulla procedura di affidamento dovrebbe essere risolto nel senso della competenza del giudice amministrativo, malgrado la strana omissione all'articolo 244, comma 1, del Codice dei contratti (che parla solo di procedure di evidenza pubblica), quantomeno in forza della disciplina generale sulla giurisdizione esclusiva di cui all'articolo 23-bis, comma 1, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034. Quanto alla competenza in materia di controversie contrattuali, è possibile la clausola compromissoria poiché le gare gestite dai privati non incontrano il divieto di ricorso all'arbitrato previsto dall'articolo 3, commi 19, 20, 21 e 22, della legge 24 dicembre 2007, n. 244. ⁽¹⁹⁾

Più difficile invece individuare il perimetro dell'azione penale in caso di procedura viziata da patologie, tuttavia si tratta di materia estranea all'oggetto delle presenti note.

3.2. L'affidamento mediante procedura pubblica gestita dal privato (importo pari o superiore a 5.150.000 euro)

L'articolo 32, comma 1, lettera g), primo periodo, del Codice dei contratti, dispone che quest'ultimo si applica alle opere di urbanizzazione di importo pari o superiore a 5.150.000 euro, da realizzarsi da parte dei soggetti privati (in seguito ad obbligazioni a scomputo degli oneri di urbanizzazione).

Il privato, dunque, aggiudica tali opere mediante una delle procedure di evidenza pubblica previste dall'articolo 55, ovvero procedura aperta o procedura ristretta (rispettivamente comma 5 e comma 6), ovviamente con pubblicazione di apposito bando di gara, operando in tutto e per tutto come se fosse una pubblica amministrazione, compreso il rispetto delle norme sulla pubblicità di cui agli articoli 66 e 67 e i termini di cui agli articoli 70, 71 e 72 del Codice dei contratti, la comprova dei requisiti a sorteggio, nonché le comunicazioni obbligatorie ai siti *internet* istituzionali, l'acquisizione del CIG e il pagamento della tassa sulle gare all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Anche in questo caso è lasciato libero il criterio di aggiudicazione, che può essere quello dell'offerta di prezzo o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (rispettivamente articoli 82 e 83 del Codice dei contratti).

Lo stesso dicasi per la possibilità di ricorso ad una delle modalità previste dall'articolo 53, comma 2, del Codice dei

¹⁸ L'articolo 2 ammette il ricorso alla semplificazione per i privati che acconsentano (condizione soggettiva), l'articolo 77-bis, la prescrive in materia di lavori pubblici (condizione oggettiva).

¹⁹ Divieto peraltro più volte prorogato, da ultimo in forza dell'articolo 4-bis, comma 12, della legge n. 129 del 2008.

contratti, ovvero contratti di sola esecuzione *ex* lettera a), oppure di progettazione ed esecuzione *ex* lettera b) o lettera c), con le opportune cautele in relazione al periodo transitorio. Sul punto si rinvia a quanto già descritto al precedente Capo 3.1.

Anche in relazione ai livelli progettuali e al controllo comunale sulla coerenza tra la progettazione del privato e le obbligazioni assunte con la convenzione urbanistica si rinvia al precedente Capo 3.1.

Lo schema di contratto d'appalto, redatto e disponibile prima dell'indizione della gara, può avere contenuti liberamente determinati ai sensi degli articoli 1322 e 1323 del codice civile, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e in modo che non contenga clausole inserite più o meno subdolamente al fine di discriminare fra i soggetti invitati, impedire o rendere eccessivamente non conveniente la partecipazione. Le clausole contrattuali devono anche essere coerenti con le norme regolatrici della gara che hanno influenza sui rapporti contrattuali; ad esempio:

- se l'aggiudicatario è un raggruppamento temporaneo il contratto non potrà ammettere il subentro alle imprese raggruppate (se non nei casi normativamente previsti);
- se l'aggiudicazione è avvenuta con l'obbligo di subappalto o con il divieto di subappalto di determinate categorie, (articolo 37, comma 11, o articoli da 72, 73 e 74 del d.P.R. n. 554 del 1999), tali obblighi e divieti non potranno essere superati dal contratto;
- se l'offerta è fatta su un importo a corpo, il contratto non potrà prevedere la liquidazione a misura (o viceversa).

Alla stessa stregua, tuttavia, il bando può riportare norme contrattuali derogatorie alla disciplina pubblicistica inerente l'esecuzione. Ad esempio possono essere previste penali superiori all'1 per mille giornaliero, cauzioni definitive superiori al 10 per cento, risoluzioni anche nei casi predeterminati *ex* articolo 1456 del codice civile, subappalti dei lavori della categoria prevalente in misura superiore al 30 per cento, libera determinazione delle rate di acconto e degli interessi di mora ecc.

Di rilievo sul punto il comma 2, dell'articolo 32 del Codice dei contratti, che sottrae l'appalto delle opere di urbanizzazione alla disciplina sia legislativa che regolamentare, in materia di lavori pubblici, relativa alla fase di esecuzione. E' noto che, a prescindere dall'atto nel quale sia contenuta, la disciplina di gara è materia del bando, mentre la disciplina dell'esecuzione è materia del contratto. ⁽²⁰⁾

Resta fermo il rispetto dei principi generali, in primo luogo quello di ragionevolezza, per cui la libera determinazione di talune clausole contrattuali non può portare alla non eseguibilità del contratto.

La stipulazione del contratto d'appalto avviene tra il privato e l'impresa affidataria senza necessità di intervento da parte del Comune, fatti salvi i possibili controlli, il quale resta estraneo ai rapporti economici tra le parti, avendo solo l'interesse al risultato di una corretta esecuzione, verificata mediante il collaudo.

Si è parlato di libertà contrattuale; tuttavia tale libertà potrebbe essere utilizzata al fine di scoraggiare o addirittura ad impedire la partecipazione. In caso di gara deserta la modalità di affidamento transiterebbe nella procedura negoziata senza bando e con invito limitato a tre operatori, ai sensi dell'articolo, comma 2, lettera a), del Codice dei contratti. Difficilmente accettabile, a questo scopo, anche la previsione di prezzi non remunerativi o palesemente "in perdita", dal momento che questo aspetto appare tutelato dall'articolo 133, comma 8, del Codice dei contratti. Si ritiene che debba essere individuato un corretto equilibrio nel contemperamento dell'interesse del privato alla libertà contrattuale contrapposto all'interesse pubblico alla concorrenza. Equilibrio che non consente al privato di introdurre clausole tali da espellere l'opera dal mercato; spetterà al Comune, che deve provvedere alla verifica del progetto, anche ai sensi dell'articolo 112 del Codice dei contratti, nonché alla sua approvazione, garantire che il privato non abusi della libertà contrattuale.

Resta il problema della tipologia contrattuale da adottare, ovvero se questa debba essere costretta nel perimetro

²⁰ *Ex multis: Consiglio di Stato, sezione VI, 17 agosto 1998, n. 110; sezione V, 7 luglio 2005, n. 3736.*

dell'articolo 53, comma 4, del Codice dei contratti, che impone la stipulazione del contratto "a corpo", salvo che per contratti di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro (mentre gli appalti di progettazione ed esecuzione devono essere stipulati "a corpo" a prescindere dall'importo). Si tratta di vedere se tale norma attiene all'esecuzione (quindi è derogabile dal contratto redatto dal privato) o attiene all'aggiudicazione (quindi non derogabile). Si propende per la prima soluzione, ovvero per la libertà di scelta della tipologia contrattuale. Peraltro potrebbe essere proprio il privato (che sostiene direttamente gli oneri del contratto) ad avere interesse alla stipula del contratto a corpo il quale, come noto, gode di qualche garanzia sulla certezza dei costi (a condizione di basarsi su un progetto adeguato). Malgrado questo si ritiene che la tipologia contrattuale non influenzi la procedura di gara ma solo le modalità di contabilizzazione dei lavori, per cui il privato appare libero di determinarla anche interamente a misura o parte a corpo e parte a misura.

Sorgono alcuni problemi di logistica della gara, quali ad esempio: dove far consegnare le offerte, dove tenere le sedute pubbliche per la loro apertura, quali figure curano la correttezza della procedura e le esigenze di riservatezza di cui all'articolo 13 del Codice dei contratti, chi svolge le mansioni (inevitabili) attribuite normalmente al responsabile del procedimento.

A parte la possibilità, da non sottovalutare, di avvalersi del recapito, del locale e dei tecnici del Comune, sempre che quest'ultimo sia disponibile, il privato deve organizzarsi (in proprio o con affidamento a tecnici o a società competenti) in modo da garantire, oltre alla legittimità, anche la serietà della procedura. Non si esclude, per gare di notevole importanza, che per il recapito delle offerte e la gestione della loro apertura e verbalizzazione ci si avvalga dell'assistenza di un notaio. Qualora poi si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa le difficoltà organizzative si estendono alla impostazione dei requisiti minimi delle varianti, all'individuazione degli elementi e dei criteri di valutazione (articoli 76 e 83 del Codice dei contratti, di non facile applicazione per i privati), alla nomina e al funzionamento della Commissione giudicatrice, dal momento che non pare esistano alternative al ricorso al problematico articolo 84 (applicabile a tutte le stazioni appaltanti, quindi anche al privato lottizzante in forza della definizione offerta dall'articolo 3, comma 33).

La giurisdizione sulla procedura di aggiudicazione è risolta nel senso della competenza del giudice amministrativo, in forza dell'articolo 244, comma 1, del Codice dei contratti e dell'articolo 23-bis, comma 1, della legge n. 1034 del 1971. Quanto alla competenza in materia di controversie contrattuali, anche in questo modulo operativo è possibile la clausola compromissoria come già visto al precedente Capo 3.1.

E' stata avanzata l'ipotesi che, dopo il terzo decreto correttivo, l'articolo 32, comma 1, lettera g) e l'articolo 122, comma 8, abbiano estromesso il privato dal procedimento, cioè che questi non possa essere stazione appaltante delle opere di urbanizzazione, riservando al solo Comune la possibilità di affidare le medesime opere. Una simile lettura restrittiva non è condivisibile: la figura del privato quale stazione appaltante, seppure eccezionale, non è affatto estranea all'ordinamento; senza scomodare i soggetti aggiudicatori di cui all'allegato VI al Codice o i concessionari di lavori o di servizi di cui all'articolo 32, comma 1, lettere c), e) ed f), si pensi ai privati finanziati parzialmente o totalmente di cui alla lettera d) della stessa norma, oppure alla lettura *a contrariis* del divieto di cui all'articolo 33, comma 3, o ancora, all'attuazione di accordi riconducibili all'articolo 11 della legge n. 241 del 1990 secondo l'interpretazione offerta dalla Consulta ⁽²¹⁾ e affrontata al successivo paragrafo 4.6.

3.3. L'affidamento mediante procedura pubblica gestita dal Comune (importo pari o superiore a 5.150.000 euro)

L'articolo 32, comma 1, lettera g), secondo periodo, del Codice dei contratti, prevede che per le opere di urbanizzazione di importo pari o superiore a 5.150.000 euro, il Comune "può" consentire al privato attuatore di presentare al Comune stesso

²¹ Corte costituzionale, sentenza 28 marzo 2006, n. 129, punto 5 del "Considerato in diritto".

un progetto preliminare delle opere da eseguire. Il progetto preliminare è corredato dall'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate le opere (o meglio ancora, da un cronoprogramma) e da uno schema del relativo contratto di appalto.

L'aver lasciato al privato il compito di determinare i tempi e i contenuti dello schema di contratto appare del tutto ragionevole, dal momento che la libertà imprenditoriale (dell'attuatore dell'intervento urbanistico) sarebbe eccessivamente limitata o arbitrariamente compressa se tempi e contenuti fossero imposti dal Comune, magari in contrasto radicale con i tempi e le modalità di attuazione dell'edificazione privata del comparto.

Il Comune mantiene il potere di far adeguare (o adeguare d'ufficio in caso di inottemperanza) gli atti presentati dal privato per renderli coerenti con le obbligazioni assunte da quest'ultimo con la convenzione urbanistica. E' del tutto evidente la necessità di una leale collaborazione tra le parti.

L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare presentato dal privato, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55 (procedura aperta *ex* comma 5, o ristretta *ex* comma 6). Quindi la norma prosegue con «*Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza*». E' evidente il rinvio implicito all'articolo 53, comma 2, lettera c), del Codice dei contratti, norma transitoriamente sospesa ma il cui contenuto sostanziale è riprodotto, quasi letteralmente, nell'articolo 32, quindi di fatto applicabile.

In buona sostanza, quando il Comune ricorre al progetto preliminare proposto dal privato e decide di indire la gara sulla base di quest'ultimo, la procedura è vincolata all'appalto concorso di nuova formulazione (o all'appalto integrato complesso come taluni chiamano questa procedura).⁽²²⁾

Pertanto i concorrenti alla gara devono presentare il progetto definitivo in sede di offerta, mentre il progetto esecutivo costituisce un'obbligazione contrattuale dell'aggiudicatario. Ovviamente si deve ricorrere necessariamente al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'articolo 83 del Codice dei contratti e, oggetto della valutazione, non potranno che essere le caratteristiche del progetto definitivo (nella parte qualitativa) e il prezzo (nella parte quantitativa); meno interessante l'offerta di riduzione sul tempo, dal momento che il privato lottizzante che sostiene gli oneri del contratto d'appalto, normalmente non dovrebbe avere alcun interesse all'esecuzione in tempi più brevi rispetto a quelli programmati.

Inevitabile il ricorso alla Commissione giudicatrice di cui all'articolo 84 del Codice dei contratti e inevitabile l'applicazione, anche al contratto, della disciplina legislativa e regolamentare in materia di lavori pubblici anche alla fase esecutiva, nei limiti dei contenuti dello schema presentato originariamente dal privato e condiviso dal Comune prima dell'indizione della gara. Non si può escludere, pertanto, una disciplina derogatoria delle norme pubbliche per la sola fase esecutiva del contratto, a condizione che essa sia inequivocabilmente prevista sin dall'origine.

Non è necessario che il lavoro sia previsto nel programma triennale e nell'elenco annuale dei lavori pubblici; sia perché l'articolo 32, comma 2, del Codice dei contratti, prevede esplicitamente l'inapplicabilità dell'articolo 128 sulla programmazione, sia perché, nella denegata ipotesi in cui quest'ultima norma fosse applicabile, si ricorrerebbe alla 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.

Restano due problemi, uno relativo alla tipologia contrattuale e l'altro relativo alla progettazione.

Quanto alla tipologia contrattuale, si è visto che l'articolo 53, comma 4, primo periodo, impone la stipulazione del contratto "a corpo", per gli appalti di progettazione ed esecuzione, come nel caso che ci occupa. Diversamente da quanto

²² Chi scrive preferisce continuare a chiamarlo "appalto-concorso" sia per chiarezza terminologica, in modo da distinguerlo dall'appalto integrato canonico, sia per conformarsi al Consiglio di Stato, parere 3262 del 17 settembre 2007, espresso sul regolamento generale.

affermato al Capo 3.2, dove si concludeva nel senso della derogabilità di tale norma, in quanto attinente all'esecuzione, quando è il Comune ad indire e gestire la gara, la circostanza pare assumere un rilievo diverso.

La deroga concessa dall'articolo 32, comma 2, del Codice dei contratti, infatti, appare accordata solo ai soggetti di cui al comma 1, lettera g) (quindi al privato lottizzante), mentre il Comune è un soggetto di cui al comma 1, lettera a) (amministrazione aggiudicatrice). In disparte la discrasia tra il comma 2, che si riferisce esplicitamente ai «*soggetti di cui al comma 1*» e lo stesso comma 1 che invece parla di «*contratti*» (all'alinea) e poi elenca i «*lavori*» e non i «*soggetti*», appare difficile sostenere che il Comune possa disapplicare la norma che disciplina le diverse tipologie contrattuali.

Peraltro a maggior ragione in questo caso il privato (che sostiene gli oneri del contratto dovendoli anticipare o rimborsare al Comune), ha l'interesse alla stipula del contratto a corpo, dal momento che ha avuto un ruolo marginale nella fase progettuale (limitata al preliminare) ed ha un controllo "debole" sull'esecuzione, per cui se il contratto fosse stipulato a misura potrebbe essere chiamato a sostenere oneri incerti fino alla liquidazione e a rispondere di perizie di variante.

Nel silenzio della norma il contratto è stipulato dal Comune che ha indetto e gestito la gara, con l'aggiudicatario. Gli oneri sostenuti per la progettazione e l'esecuzione, da riconoscere all'aggiudicatario, sono corrisposti dal Comune che, in forza della convenzione urbanistica, corredata da adeguata garanzia fideiussoria, ne deve chiedere l'anticipazione o il rimborso al privato in occasione di ogni stato di avanzamento. La metodologia di ripetizione delle somme deve essere disciplinata nella convenzione urbanistica, sempre con la salvaguardia costituita dalla possibilità di attingere alla garanzia. ⁽²³⁾

La stessa convenzione urbanistica può regolare i rapporti economici tra il privato e il Comune in due modi:

- con la ripetizione delle somme spese in misura reale, in modo che il privato possa beneficiare di eventuali ribassi conseguiti dal Comune in fase di gara; tuttavia in tal caso si ritiene che il privato debba rispondere anche di maggiori spese legittimamente sostenute per perizie di variante non imputabili direttamente al Comune;
- con la ripetizione delle somme in misura predeterminata; in questo caso la ripetizione riguarderà l'importo del quadro economico, il privato non potrà beneficiare dei risparmi conseguiti in sede di gara ma non sarà nemmeno chiamato a sostenere oneri supplementari.

Ma proprio il silenzio della norma porta a presumere la possibilità di un'alternativa nel senso della semplificazione: non si può escludere che il contratto sia stipulato direttamente dal privato attuatore con l'aggiudicatario individuato dal Comune, purché tale possibilità sia resa nota preventivamente ai concorrenti e il Comune sia malleato inequivocabilmente (ancora una volta mediante clausola prevista nella convenzione urbanistica). Tale condizione ha l'effetto di estromettere il Comune e la Tesoreria comunale dai movimenti di cassa e dagli adempimenti contabili, oltre che dalle incombenze legate alla nomina del direttore dei lavori e alla gestione del cantiere, così come della responsabilità e del coordinamento per la sicurezza in fase esecutiva, tutti compiti che vengono trasferiti in capo al privato (che ne aveva comunque già assunto l'onere economico). Non indifferente sul punto la conseguenza della semplificazione anche fiscale, con i vantaggi in termini di detraibilità dell'I.V.A. sui lavori che può essere invocata dal privato mentre per il Comune, come noto, la questione è molto più problematica.

Quanto alla progettazione il problema riguarda la necessità o meno della qualificazione per la progettazione (definitiva in sede di gara ed esecutiva in sede di contratto); in altri termini:

- se il concorrente deve essere qualificato anche per la progettazione, ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del Codice dei contratti (e dell'articolo 3, comma 8, del d.P.R. n. 34 del 2000), come parrebbero deporre la condizione di applicazione generalizzata della norma, i principi di concorrenza, e la circostanza che l'articolo 32, comma 1, lettera g), impone di evidenziare nell'offerta anche il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva

²³ La parificazione tra polizza assicurativa e fideiussione bancaria, anche dopo l'abrogazione dell'articolo 13 della legge n. 1 del 1978, è tutt'ora operante in forza dell'articolo 1 della legge 10 giugno 1982, n. 348.

(oltre che per i lavori e per gli oneri di sicurezza);

- se, al contrario, il concorrente possa omettere la qualificazione per la progettazione, come potrebbe sostenersi dal fatto che l'articolo 32 non accenna alla questione specifica e disciplina (apparentemente in modo esaustivo) le modalità dell'offerta senza alcun rinvio all'articolo 53, comma 3. A questa conclusione potrebbe giungersi in base al principio evocato dal brocardo *quod lex voluit lex dixit*; infatti sarebbe bastato che la norma, invece di descrivere compiutamente la procedura, rinviasse al predetto articolo 53, comma 3.

Si ritiene che debba essere condivisa la prima conclusione. Non vi sono ragioni perché oltre alle garanzie di qualificazione richieste all'esecutore, non debbano essere richieste anche quelle relative al progettista. E' probabile che la legge non abbia fatto cenno alla necessità della qualificazione per la progettazione considerandola una precisazione superflua, infatti non fa alcun cenno nemmeno alla qualificazione dell'esecutore ma non può essere revocato in dubbio che questa sia necessaria. Una diversa conclusione sarebbe confliggente con l'articolo 29, commi 5 e 6, del Codice dei contratti. Peraltro il comma 2 dell'articolo 32, nell'elencare le disposizioni inapplicabili al privato appaltatore, non cita l'articolo 53, il quale, fatta salva la sospensione nel periodo transitorio, ⁽²⁴⁾ non può essere obliato. Infine sarebbe curioso che possano essere omesse le norme sulla progettazione quando l'intero coacervo normativo sul punto ha avuto origine proprio per la mancata concorrenza nei servizi tecnici di ingegneria e architettura. ⁽²⁵⁾

Pertanto ai concorrenti, oltre agli adeguati requisiti di qualificazione per l'esecuzione, deve essere richiesta la qualificazione per la progettazione, in base all'importo presunto delle spese per la progettazione da evidenziare nel bando, secondo le tre note articolazione di detto importo:

- 1) inferiore a 100.000 euro, semplice iscrizione all'Ordine (con le opportune precisazioni qualora siano previste opere del ciclo idrico riservate agli ingegneri, opere su beni vincolati riservate agli architetti, od opere modeste accessibili anche ai geometri) e abilitazione ai sensi dell'articolo 98 del decreto legislativo n. 81 del 2008;
- 2) pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 206.000 euro, oltre a quanto previsto al numero 1), requisiti tecnici di cui all'articolo 63, comma 1, lettera o), del d.P.R. n. 554 del 1999 (entità dei lavori progettati in precedenza);
- 3) pari o superiore a 206.000 euro, oltre a quanto previsto al numero 1), requisiti economico-finanziari e tecnici di cui all'articolo 66, comma 1, lettere a), b), c) e d), del d.P.R. n. 554 del 1999 (entità del fatturato, entità dei lavori analoghi progettati in precedenza, servizi di punta, personale tecnico utilizzato in precedenza).

Nei casi 2) e 3) l'individuazione dei requisiti è resa problematica dall'articolo 253, comma 15-*bis*, del Codice dei contratti (applicabile fino al 31 dicembre 2010), in combinato con gli articoli 41, comma 1, e 42, comma 1, lettere a) e g), dello stesso codice e con i citati articoli 63 e 66 del d.P.R. n. 554 del 1999 (questi ultimi cedevoli rispetto alla norma primaria ai sensi dell'articolo 253, comma 3, del Codice dei contratti). Se il concorrente non è adeguatamente qualificato per la progettazione, nel senso che non dispone di uno *staff* tecnico ai sensi dell'articolo 18, comma 7, del d.P.R. n. 34 del 2000, oppure tale *staff* tecnico non abbia i requisiti richiesti, dovrà costituire un raggruppamento temporaneo con tecnici progettisti oppure indicarli nominativamente e saranno questi ultimi ad apportare i requisiti per la progettazione.

Trattandosi di appalto pubblico indetto da una pubblica amministrazione non sussistono dubbi sulle competenze giurisdizionali. Quanto all'arbitrato, anche quando sarà vietato alle pubbliche amministrazioni, sarà ammesso nei contratti se questi saranno stipulati tra il privato operatore e l'impresa aggiudicataria mantenendo estraneo il Comune, secondo l'opzione operativa alternativa illustrata in precedenza.

²⁴ Il periodo transitorio resta comunque disciplinato dalle analoghe disposizioni contenute nell'articolo 19, comma 1-*bis*, della legge n. 109 del 1994 e nell'articolo 3, comma 8, del d.P.R. n. 34 del 2000.

²⁵ Si veda la pronuncia della Corte di giustizia alla nota n. (1).

4. QUESTIONI ANCILLARI

4.1. La possibilità per il Comune di appaltare ed eseguire le opere in via ordinaria

Ai moduli operativi descritti al precedente Capo 3 se ne può aggiungere un altro: il Comune mantiene sempre la facoltà di eseguire le opere mediante appalto ordinario, facendosi rimborsare dal privato il relativo onere. L'articolo 28, quinto comma, numero 2), della legge urbanistica n. 1150 del 1942 impone infatti «*l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione ...*» non necessariamente delle "opere"; per la Lombardia, poi, è l'articolo 46, comma 1, lettera b), della legge regionale n. 12 del 2005 a stabilire che «*al comune spetta in ogni caso la possibilità di richiedere, anziché la realizzazione diretta delle opere, il pagamento di una somma commisurata al costo effettivo delle opere di urbanizzazione ...*». ⁽²⁶⁾

In questi casi non vi sono dubbi sull'obbligo di applicazione integrale del Codice dei contratti e dei regolamenti di attuazione, compresa la disciplina inerente l'esecuzione.

Né pare che il Comune, per opere di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario, possa ricorrere alla procedura negoziata di cui all'articolo 122, comma 8.

In realtà tale norma, recitando «*Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei*» introduce un problema interpretativo, ovvero se la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata costituisca:

- a) una deroga assoluta per l'affidamento delle opere di urbanizzazione a prescindere dal soggetto che indice e gestisce la procedura di affidamento, sia esso il Comune, sia esso l'operatore lottizzante o titolare del permesso di costruire.
- b) una deroga riservata alle opere di urbanizzazione riconosciuta all'operatore lottizzante o titolare del permesso di costruire, non utilizzabile qualora la procedura di affidamento sia gestita dal Comune il quale resta vincolato alla disciplina di scelta del contraente prevista per le pubbliche amministrazioni;

In disparte qualunque critica alla tecnica normativa utilizzata dal legislatore delegato, che sarebbe comunque sterile, all'interpretazione della norma non è di aiuto la ricostruzione della *voluntas legis*; infatti né la procedura d'infrazione, né i pareri del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari, né la relazione di accompagnamento, contengono elementi significativi relativamente alla norma in commento.

Nemmeno pare decisivo il ricorso al criterio della prevalenza della norma speciale sulla norma generale *ex* articolo 14 delle preleggi, dal momento che la specialità del comma 8, riservato alle opere di urbanizzazione (sottosoglia) si scontra con la specialità del comma 7, che conferisce eccezionalità assoluta alla procedura negoziata. Deve peraltro rilevarsi che la procedura negoziata costituisce di per sé istituto eccezionale e derogatorio applicabile nei ristretti casi previsti normativamente, almeno per quanto riguarda i contratti pubblici, e tale considerazione deve essere posta a base di qualunque modulo interpretativo.

Solo apparentemente la lettera della norma depone per l'interpretazione *supra* individuata sub. a), quando si riferisce ai «*lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g)*», in quanto pare riferita alla condizione oggettiva (lavori di cui ...) e non alla condizione soggettiva (quale sia la stazione appaltante). Tuttavia il rinvio non può essere considerato parziale alla sola condizione oggettiva, ma deve essere considerato come riferito ad ambedue le condizioni (oggettiva e soggettiva) contenute nella norma richiamata: in altri termini con il rinvio non sono richiamati solo i «*lavori pubblici ...*» bensì i «*lavori pubblici da*

²⁶ Anche la precedente legge regionale n. 60 del 1977, all'articolo 12, comma 1, lettera b), recava una disposizione analoga.

realizzarsi da parte dei soggetti privati ... che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione ...». Se questa è la lettura (rinvio all'intero primo periodo) allora la conclusione sarebbe a favore dell'interpretazione *supra* individuata sub. b), dal momento che la procedura negoziata, come introdotta eccezionalmente dal comma 8, sarebbe riservata appunto ai «... *soggetti privati*».

Questa seconda interpretazione ha il pregio di far salvo il principio dell'eccezionalità della procedura negoziata per le amministrazioni aggiudicatrici, principio che, al contrario, può essere attenuato quando la stazione appaltante è un soggetto diverso (nel caso l'operatore lottizzante o titolare del permesso di costruire).

Non pare rilevante che la lettera g) dell'articolo 32, nei periodi successivi al primo, si rivolga all'amministrazione che rilascia il permesso di costruire, trattandosi di una fattispecie del tutto diversa (intervento alternativo al privato, limitatamente ai lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria) e incardinata nell'articolo 55 (procedure di gara di evidenza pubblica) del tutto estranea al richiamo effettuato dall'articolo 122, comma 8; richiamo che, si ribadisce, ha un senso compiuto e pertinente solo se riferito al primo periodo della citata lettera g), quindi riservato, ancora una volta, ai soggetti privati.

In conclusione si ritiene che il Comune, in quanto amministrazione aggiudicatrice, non possa avvalersi della procedura negoziata di cui all'articolo 122, comma 8. Qualora ritenga di affidare in proprio le opere di urbanizzazione di importo inferiore alla soglia comunitaria, avvalendosi della facoltà concessa dalla legge urbanistica, esso dovrà necessariamente ricorrere alla procedura di evidenza pubblica (salvo che le opere siano di importo inferiore a 500.000 euro, caso nel quale, per ragioni del tutto diverse, la procedura negoziata è ammessa ai sensi del comma 7-bis ⁽²⁷⁾ dello stesso articolo).

La convenzione urbanistica, come già visto in precedenza per altri moduli operativi, dovrà disciplinare adeguatamente le modalità di ripetizione delle somme dovute dal Comune all'appaltatore dei lavori in modo da impedire il formarsi di danno erariale anche sotto il solo profilo degli interessi o delle penali per ritardato pagamento.

4.2. La partecipazione del privato qualificato alle procedure di affidamento

L'operatore privato, ovviamente adeguatamente qualificato, potrebbe essere interessato all'assunzione dei lavori, ancorché nell'ambito delle procedure previste dall'ordinamento.

Nel caso di cui all'articolo 122, comma 8, (procedura negoziata indetta dallo stesso operatore privato) appare evidente l'incompatibilità non potendosi ragionevolmente pensare che stazione appaltante e offerente invitato possano coincidere nel medesimo soggetto. Semmai si porrebbe il problema qualora partecipassero società controllate o collegate al privato; in questi casi si ritiene che l'incompatibilità si verifichi solo quando vi è una inequivocabile comunanza di interessi o di soggetti dotati di poteri decisionali, non quando vi sia un semplice collegamento o una qualche partecipazione di quote o di azioni, anche incrociate. Le medesime considerazioni si possono fare nel caso della gara pubblica indetta dal privato, essendo difficile riconoscere la possibilità di *“fare due parti nella stessa commedia”* e attribuire una indipendenza di giudizio alla stazione appaltante.

Più complessa la questione qualora l'appalto venga indetto dal Comune nell'ambito della procedura speciale dell'articolo 32, comma 2, lettera g), del Codice dei contratti, ovvero sulla base del progetto preliminare fornito dal privato (che poi intende concorrere). In assenza di una norma preclusiva specifica, bisognerebbe rifarsi a fattispecie analoghe, che tuttavia non si rinvencono nelle norme in materia di gare, né paiono idonee le cause ostative di cui all'articolo 8, comma 6, del d.P.R. n. 554 del 1999 o all'articolo 90, comma 8, del Codice dei contratti, le quali, trattandosi di cause di incompatibilità che limitano l'attività imprenditoriale, non possono che essere di stretta interpretazione. ⁽²⁸⁾

²⁷ Introdotta dall'articolo 1-ter della legge n. 201 del 22 dicembre 2008, n. 201 (conversione del decreto-legge n. 162 del 2008).

²⁸ Consiglio di Stato, sezione VI, 13 febbraio 2004, n. 561; T.A.R. Piemonte, sezione I, 5 luglio 2008, n. 1510.

Seppur con notevoli incertezze sul punto, se il privato lottizzante è un operatore economico adeguatamente qualificato, non dovrebbe essergli preclusa la partecipazione alla gara indetta dal Comune in quanto non pare godere di una posizione privilegiata o comunque significativamente differenziata rispetto agli altri concorrenti, anche se ha curato la progettazione preliminare posta a base di gara.

Qualora poi lo stesso privato dovesse risultare aggiudicatario, potrebbe addirittura essere omessa la stipulazione del contratto, essendo stata soddisfatta l'esigenza di aver messo sul mercato della concorrenza i lavori da eseguire, che, in definitiva, costituisce l'unica finalità della norma speciale.

Quanto invece alla corretta esecuzione si tratta di disciplina del tutto diversa e sempre tutelata dal collaudo.

Nulla osta alla partecipazione, ovviamente, se le opere sono appaltate dal Comune in via ordinaria come indicato al precedente Capo 4.1, senza il ricorso alla procedura speciale dell'articolo 32, comma 2, lettera g), del Codice dei contratti.

4.3. La previsione del corrispettivo mediante cessione di beni

All'appalto delle opere di urbanizzazione sono applicabili sia l'articolo 53, commi da 6 a 10, del Codice dei contratti, che l'articolo 83 del d.P.R. n. 554 del 1999, nei limiti di compatibilità tra le due diverse norme.

Limiti di compatibilità derivanti dal fatto che la norma regolamentare, ancorché complessa (radicata nel procedimento della cosiddetta "tripla offerta"), era pianamente applicabile, mentre la norma di rango primario, apparentemente più semplice (con la previsione della sola "doppia offerta"), risulta di difficile applicazione, non attribuendo alcuna utilità all'offerta per la sola esecuzione del contratto.

Al netto della problematica citata, pare comunque che anche il privato (o il Comune se la procedura è indetta da quest'ultimo) possa prevedere nel bando o nella lettera di invito in caso di procedura negoziata, la possibilità di cedere beni o diritti reali a titolo di corrispettivo per l'esecuzione delle opere. Per quanto poi riguarda il privato, estraneo al concetto di «beni già indicati nel programma di cui all'articolo 128 per i lavori ... e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico», potrebbe anche trattarsi di lotti edificabili o di beni futuri (articolo 1472 del codice civile) da realizzare nello stesso comparto.

4.4. La cronologia degli interventi

Si è già detto che la programmazione temporale delle opere di urbanizzazione è di competenza del privato, tanto che anche il caso di opere appaltate dal Comune su progetto preliminare dello stesso privato, è quest'ultimo che propone uno schema di contratto e un cronoprogramma.

Tuttavia, se è facile definire i tempi negli appalti di lavori pubblici "ordinari", nel caso che ci occupa la tempistica dell'esecuzione deve rispondere anche alle esigenze di programmazione e di attuazione progressiva degli interventi urbanistici da parte del privato che, per ambiti estesi, in genere procede per lotti normalmente distribuiti in un arco di tempo pluriennale, spesso condizionati dall'andamento del mercato immobiliare.

Gli inconvenienti legati alla possibile impraticabilità di un appalto con unica scadenza per l'ultimazione, potrebbero essere attenuati appaltando le opere di urbanizzazione per lotti o con opzioni di ripetizione (nel rispetto del divieto di frazionamento) anche se, in questi casi, il privato deve farsi carico degli adeguamenti dei prezzi di cui all'articolo 133, commi 4, 5 e 6, del Codice dei contratti, e deve garantire la unitarietà delle reti dei servizi pubblici.

4.5. La frazionabilità delle opere di urbanizzazione tra primarie e secondarie

Ci si chiede se le opere di urbanizzazione siano appaltabili separatamente tra quelle primarie e secondarie.

La ragionevolezza deporrebbe per una risposta affermativa. Anche se il Codice dei contratti, diversamente dalla versione previgente, non fa più alcuna distinzione tra le due tipologie di opere di urbanizzazione, si tratta di due tipologie di opere ontologicamente diverse, anche in relazione ai termini di esecuzione. Ad esempio mentre le opere di urbanizzazione secondaria normalmente non interferiscono con l'attuazione dei piani urbanistici (nel senso che possono avere una loro autonomia temporale), le opere di urbanizzazione primaria, sostanzialmente attinenti alla viabilità e alle reti dei servizi, sono normalmente connesse all'andamento progressivo delle edificazioni private. In buona sostanza le opere di urbanizzazione primaria seguono, sotto il profilo temporale, un percorso "lineare" che per sua natura andrebbe adattato alle strategie di sviluppo del comparto del quale sono al servizio (pur nell'unitarietà del disegno generale), mentre le opere di urbanizzazione secondaria hanno una valenza "puntuale" e possono essere eseguite con immediatezza (con conseguente acquisizione tempestiva al patrimonio comunale) o comunque in tempi ben definiti, senza alcun rapporto con l'attuazione edificatoria del comparto, le strategie dell'operatore economico o l'andamento del mercato. Inoltre lo stesso Comune potrebbe avere interesse, per motivi diversi, a gestire la gara per una tipologia di opere e rinunciare alla diversa tipologia lasciando che la procedura sia curata dal privato. Infine è noto che, normalmente, gli operatori economici esecutori delle opere di urbanizzazione primaria sono prevalentemente qualificati nelle categorie OG3 (opere stradali) e OG6 (reti idriche e simili), mentre quelli interessati alle opere di urbanizzazione secondaria sono prevalentemente qualificati nella categoria OG1 (opere civili).

Peraltro il divieto di frazionamento degli appalti, già principio generale da alcuni decenni e allo stato codificato nell'articolo 29, commi 4 e 11, del Codice dei contratti, colpisce il cosiddetto frazionamento "artificioso", ovvero quello messo in atto al fine di sottrarre il contratto alla competizione e alle norme applicabili a quest'ultima. In astratto questo potrebbe rendere legittimo, *a contrariis*, il ricorso ad appalti separati quando la motivazione, ben individuata, sia tutt'altra.

Tuttavia queste argomentazioni di natura prettamente "pratica" non paiono idonee a superare il divieto di frazionamento, soprattutto se si tiene conto della radicale diversità delle procedure discriminate in base all'importo, visto che laddove questo è inferiore a 5.150.000 euro i lavori sono sottratti ad una vera competizione e sono affidati mediante procedura negoziata che, come noto, ha per sua natura carattere di eccezionalità (articolo 54, comma 4, del Codice dei contratti) per le pesanti limitazioni alla partecipazione concorrenziale. Si consideri anche che la giurisprudenza ha sempre dimostrato una notevole contrarietà al frazionamento degli appalti, in quanto elusiva delle norme applicabili in materia di concorrenza. ⁽²⁹⁾

Se lo scopo delle norme è di impedire che mediante il frazionamento artificioso di un'opera unitaria in più lotti, si eluda l'applicazione delle norme pertinenti, l'elusione viene evitata non già vietando in assoluto la suddivisione di un'opera, bensì stabilendo che, in caso di suddivisione (in lotti), l'importo dei singoli lotti sia sommato al fine della determinazione della soglia e che quando la somma degli importi dei singoli lotti superi tale soglia, all'appalto relativo a ciascun lotto si applichi la disciplina pertinente agli appalti di rilievo comunitario. ⁽³⁰⁾

In conclusione si ritiene che l'importo delle opere di urbanizzazione, al fine di individuare la disciplina applicabile, sia costituito dalla somma degli importi delle opere di urbanizzazione primaria e delle opere di urbanizzazione secondaria. Se tale somma è inferiore a 5.150.000 euro, l'affidamento potrà avvenire applicando l'articolo 122, comma 8, del Codice dei contratti, anche separatamente per le opere di urbanizzazione primaria e quelle di urbanizzazione secondaria; se la somma è pari o superiore a 5.150.000 euro, l'affidamento, anche separatamente per le opere di urbanizzazione primaria e quelle di urbanizzazione secondaria, dovrà avvenire solo applicando l'articolo 32, comma 1, lettera g), anche se uno dei due importi,

²⁹ Consiglio di Stato, sezione V, 9 giugno 2008, n. 2803 (conferma T.A.R. Reggio Calabria, 27 aprile 2005, n. 693).

³⁰ Consiglio di Stato, sezione IV, 13 marzo 2008, n. 1101 (conferma T.R.G.A Trentino Alto Adige, Trento, 26 maggio 2003, n. 206).

oppure ambedue, presi singolarmente, fossero inferiori alla soglia di 5.150.000 euro. Una simile conclusione trova la sua giustificazione nell'articolo 29, comma 7, lettera b), del Codice dei contratti (articolo 9, paragrafo 5.a, della Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004).

In conclusione, sono ammessi appalti separati per lotti (uno per le opere di urbanizzazione primaria e uno per le opere di urbanizzazione secondaria) a condizione che questa suddivisione non sottragga le opere all'applicazione della gara di evidenza pubblica, a cura del privato o del Comune non importa, secondo i moduli procedurali di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), del Codice dei contratti.

4.6. L'estensione della disciplina del Codice alle opere aggiuntive o eccedenti lo "scomputo" degli oneri

La questione, viva da tempo e non intaccata dall'intervento del terzo decreto correttivo, è la seguente; l'obbligo delle procedure imposte dal Codice dei contratti colpisce:

- a) solo le opere "a scomputo" intese come opere nella loro limitata entità corrispondente esattamente sotto il profilo economico agli oneri tabellari che, in alternativa, dovrebbero essere versati al Comune;
- b) tutte le opere, a scomputo parziale o totale, anche eccedenti il valore economico degli oneri tabellari che sostituiscono, nonché le opere realizzate e cedute al Comune a titolo diverso quali obbligazioni convenzionali aggiuntive (ad esempio i cosiddetti "standard di qualità" di lombarda esperienza).

La lettera della norma, con le parole «*lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati ... che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo ...*», farebbe propendere per la tesi sub. a), con la conclusione "niente scomputo, niente obbligo di gara". Inoltre gli appalti pubblici sono «*contratti a titolo oneroso*» (articolo 3, comma 6, del Codice dei contratti), per cui una volta che non si è in presenza di onerosità a carico di un contraente (nel caso costituita dallo scomputo degli oneri tabellari) la fattispecie sarebbe estranea al concetto di appalto (prima ancora che di appalto pubblico).

Conseguenza diretta dell'argomentazione sarebbe la possibilità per il privato di assolvere gli oneri tabellari mediante versamento al Comune in numerario, eseguendo poi liberamente le opere di urbanizzazione senza alcun vincolo imposto dal Codice dei contratti. Ad esempio, a fronte di oneri tabellari per 500.000 euro e ad obbligazioni convenzionali in opere per 2.000.000 di euro (proporzione tutt'altro che improbabile), il privato potrebbe proporre di versare al Comune l'intera somma di 500.000 euro e poi eseguire liberamente e anche direttamente, opere per euro 1.500.000, senza alcuna diminuzione patrimoniale per il Comune e senza che ricorra formalmente alcuno "scomputo".⁽³¹⁾

Incidentalmente si osserva che le opere che potrebbero sfuggire alla disciplina degli appalti pubblici dovrebbero essere di importo almeno doppio rispetto al contributo "a scomputo", diversamente l'obbligo di gara sarebbe imposto dall'articolo 32, comma 1, lettera d), in luogo della lettera g).

Così argomentando la questione nemmeno si porrebbe per le cosiddette opere aggiuntive, che non concorrono ad alcuno scomputo, per cui la loro esecuzione potrebbe essere libera senza altre condizioni.

Questa conclusione, tuttavia, non è convincente.

Si tratta pur sempre di lavori (definizione incontrovertibile) e di lavori pubblici (in quanto destinati a confluire nel patrimonio pubblico); se si tratta di lavori pubblici la loro realizzazione può avvenire esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione (articolo 53, comma 1, del Codice dei contratti).

La loro realizzazione avviene perché vi è stata una contrattazione, più o meno tipica, tra il privato e la pubblica

³¹ *In disparte la circostanza che il privato, probabilmente, sarebbe disposto ancora ad eseguire opere per 2.000.000 di euro, puntando sui risparmi conseguibili in un affidamento fiduciario, e valorizzando la circostanza di essersi liberato da vincoli di natura pubblicistica.*

amministrazione, con un *do ut des* che non è limitato agli oneri di urbanizzazione, ma ad un contemperamento tra interessi pubblici e interessi privati, in base al quale il Comune concede qualcosa che è nella propria disponibilità in cambio della realizzazione di opere. L'obbligazione del privato ha senz'altro carattere patrimoniale (articolo 1174 del codice civile), né perde il suo carattere contrattuale nell'ipotesi potesse essere considerata come obbligazione di una sola parte o atto unilaterale (articoli 1333 e 1334 del codice civile); non è azzardato sostenere che anche la controprestazione del Comune ha carattere patrimoniale in quanto valutabile economicamente, anche se ha connotati di scelta discrezionale o di atto autoritativo.

E' noto che alla conclusione dell'obbligo del privato di appaltare con procedure di evidenza pubblica le opere convenzionate, a prescindere dallo scomputo degli oneri, è giunta anche l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione citata in premessa; anzi, in realtà l'Autorità è andata anche oltre, affermando che qualora non si ritenga di assimilare alle opere di urbanizzazione a scomputo le opere "addizionali" o comunque eccedenti o estranee allo "scomputo", il regime da applicare a queste ultime sarebbe addirittura quello ordinario previsto per la generalità dei lavori pubblici e non quello agevolato previsto dagli articoli 32, comma 1, lettera g), e 122, comma 8, del Codice dei contratti. ⁽³²⁾

Ad analoga conclusione era già giunto il Giudice delle leggi ⁽³³⁾ il quale, attingendo al diritto comunitario e senza eccessiva considerazione per le norme interne, pur giudicando di una fattispecie diversa (opere realizzate direttamente dal privato al fine di evitare l'espropriazione o in alternativa a questa), ha ritenuto che in caso di accordi stipulati tra Comune e privati, questi assumano la veste di «*titolari di un mandato espresso*», conferito dall'ente pubblico e per ciò stesso sino a tenuti all'espletamento delle gare, quindi a prescindere dalla previsione di corrispettivi o di scomputo degli oneri.

Tale mandato atipico costituisce un'eccezione al generale divieto di delega di funzioni pubbliche da parte della pubblica amministrazione a soggetti esterni (articolo 33, comma 3, del Codice dei contratti), e non assume rilievo che il costo sia sostenuto da soggetti privati. ⁽³⁴⁾

Seppure con tutte le cautele del caso, si ritiene di poter concludere che l'operatore privato sia tenuto ad appaltare, almeno nei limiti e alle condizioni più favorevoli previste dal Codice per le opere di urbanizzazione a scomputo, tutte le opere di natura pubblica che si è impegnato a realizzare mediante obbligazione convenzionale con il Comune.

³² Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n. 4 del 2 aprile 2008.

³³ Corte costituzionale, sentenza 28 marzo 2006, n. 129, punto 5 del "Considerato in diritto".

³⁴ Consiglio di Stato, sezione VI, 7 marzo 2008, n. 1008, sulla illegittimità dell'affidamento della progettazione di un'opera pubblica da parte di soggetto privato che poi ha "donato" lo stesso progetto alla pubblica amministrazione.

Esemplificazione dei moduli operativi previsti dalla normativa

