

LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DOPO IL TERZO DECRETO CORRETTIVO

Con il varo del terzo decreto correttivo la disciplina dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo subisce nuove e significative modifiche che aggiungono problemi interpretativi a una materia già complessa.

La più importante novità da segnalare è l' **eliminazione** di qualsiasi **distinzione** fra opere di **urbanizzazione primaria e secondaria**. A prescindere dal loro importo e dalla loro natura, le opere a scomputo dei contributi concessori sono qualificate **lavori pubblici** ed in quanto tali vengono ricondotte nell'ambito del Codice dei Contratti, risultando differenziate, in relazione alla loro incidenza economica, solo sotto il profilo della procedura applicabile.

Il quadro che deriva dalle modifiche è sostanzialmente il seguente:

1) OPERE DI URBANIZZAZIONE SOPRA LA SOGLIA COMUNITARIA (ART. 32 lettera g) D.LGS. n.163/2006)

Le opere di urbanizzazione di **importo pari o superiore a 5.150.000** euro devono essere eseguite da impresa in possesso di qualificazione adeguata alla natura e all'importo dei lavori, scelta attraverso una procedura ad evidenza pubblica indetta:

- a) dal **soggetto privato** titolare del permesso di costruire, il quale è tenuto a dare applicazione alle norme del Codice dei Contratti, con alcune eccezioni espressamente previste dallo stesso art. 32, comma 2;
- b) dall'**amministrazione**, sulla base del progetto preliminare redatto a cura dall'operatore privato con indicazione del tempo

massimo di esecuzione, cui deve essere allegato uno schema di contratto d'appalto. E' previsto ulteriormente che l'amministrazione debba seguire il disposto dell'art. 55 del Codice dei Contratti (vale a dire scegliere tra una procedura aperta o ristretta), e che la tipologia del contratto debba essere quella dell'appalto integrato complesso, figura, peraltro, transitoriamente sospesa in attesa dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento.

Una lettura frettolosa della norma ha indotto taluni commentatori a ritenere possibile la sola fattispecie sub b) (gara indetta dall'amministrazione).

Alla conclusione da noi prospettata si giunge, viceversa, attraverso una lettura sistematica e coordinata dell'intero articolo 32 del Codice dei contratti, nonché percorrendo la storia di questa travagliata disposizione.

L'art. 32, comma 1, alle lettere d), e), f), **g)** contempla in sequenza quattro fattispecie omogenee nelle quali, in considerazione della natura delle opere e della non completa indifferenza dell'amministrazione pubblica rispetto all'aspetto economico, il **soggetto privato**, cui fa carico la realizzazione delle stesse, **assume la veste di stazione appaltante**, assumendo il ruolo di "altro soggetto aggiudicatore", cioè di "soggetto privato tenuto all'osservanza delle disposizioni del presente Codice" (così l'art. 3 del Codice dei Contratti).

Per l'affidamento e l'esecuzione degli appalti di questi soggetti **(compresi quelli di cui alla lettera g)**, all'art. 32, secondo comma, vengono dettate regole particolari in ragione proprio della natura privata del soggetto appaltante.

Se con riferimento alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo il soggetto privato non fosse titolato ad esperire direttamente la procedura ad evidenza pubblica, quale senso avrebbe il richiamo espresso alla lettera g) nel citato secondo comma dell'art. 32?

Quale logica, inoltre, nel consentire in fattispecie molto simili (lettera d), e tra l'altro caratterizzate da una spendita diretta di danaro pubblico, l'esperimento della gara al privato e negare questa possibilità nel caso in cui le opere, anziché con contributo diretto, siano eseguite a scomputo di oneri contributivi?

Giova, invece, ricordare come l'intervento dell'amministrazione nella gestione della gara non fosse previsto nella formulazione originaria del Codice dei Contratti, che contemplava la sola procedura indetta dal privato. Tale ruolo dell'amministrazione fu, infatti, introdotto nell'interesse dell'operatore privato dal secondo decreto correttivo, per consentire la sua partecipazione alla procedura di selezione in qualità di promotore; cosa che non gli sarebbe stata possibile – senza sollevare dubbi di legittimità - nel caso di gara indetta e governata da se stesso.

Questa ricostruzione storica consente anche di affermare che la fattispecie sub b) è in qualche modo subordinata alla prima, (da considerarsi ordinaria) e che può essere esperita a seguito di una richiesta del soggetto privato operatore, cui l'amministrazione ha facoltà di aderire o meno .

(L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere...)

La fattispecie sub b) è stata riscritta completamente dal terzo decreto correttivo in forma estremamente succinta lasciando taluni interrogativi:

- il vincolo all'appalto integrato complesso è tassativo o può essere derogato dall'amministrazione?
- una volta terminata la procedura di gara, chi stipula il contratto in qualità di committente: il privato operatore o il Comune? Il ruolo dell'amministrazione è circoscritto alla sola fase di gara o si estende anche alla fase esecutiva, in ordine alla quale il privato operatore diventerebbe del tutto estraneo se non sotto il profilo meramente economico?

L'intervento correttivo che ha innovato la disciplina della procedura di gara indetta dall'amministrazione trova la propria motivazione nell'esigenza di accogliere le censure della Commissione europea; è stata così **cancellata** la possibilità per il titolare del permesso di costruire di assumere la veste di **promotore** e di aggiudicarsi in ogni caso i lavori versando all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato.

La nuova previsione fa sorgere il dubbio che l'operatore privato, anche se in possesso dell'adeguata qualificazione, non possa più **eseguire in proprio** le opere di urbanizzazione.

Per poter svolgere un ruolo operativo il soggetto privato dovrebbe partecipare o alla procedura indetta da se stesso o a quella indetta dall'amministrazione. Nella prima fattispecie è evidente il duplice, incompatibile ruolo di stazione appaltante e di concorrente, nella seconda l'operatore immobiliare ha però esercitato un ruolo attivo nella progettazione preliminare. Questo ultimo profilo non contrasta direttamente con il disposto dell'art. 90, comma 8 del Codice dei contratti che vieta agli affidatari di incarichi di progettazione di partecipare agli appalti, (le cause di incompatibilità sono di stretta interpretazione), ma pone delicati problemi sotto il profilo della trasparenza e della piena concorrenza, essendo innegabile la posizione privilegiata di uno dei partecipanti.

a) Operatore privato stazione appaltante

Nella prima fattispecie il ruolo di stazione appaltante viene svolto direttamente dal soggetto privato. Si è sostenuta da più parti la tesi secondo cui il privato agirebbe in questa veste in qualità di **mandatario** dell'amministrazione.

E', tuttavia, possibile e preferibile una diversa lettura: la funzione di stazione appaltante deriva al privato **direttamente dalla legge**

stessa. E' il Codice dei contratti a qualificare l'operatore immobiliare quale "altro soggetto aggiudicatore" e a renderlo, pertanto, **in nome proprio**, diretto destinatario della normativa sulle gare, con tutti i riflessi che ne derivano sul piano del riparto delle funzioni e della responsabilità con l'amministrazione comunale.

Quanto alle disposizioni applicabili a queste particolari figure di soggetti aggiudicatori, l'art. 32, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 ha precisato che "*ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), **g)** non si applicano gli articoli 63 (Avviso di preinformazione), 78, comma 2 (redazione dei verbali), 90, comma 6 (possibilità di affidare progettazione preliminare, definitiva ed esecutivo ai soggetti esterni in caso di carenza in organico di personale tecnico), 92 (Corrispettivi e incentivi per la progettazione) e 128 (Programmazione dei lavori pubblici)", mentre "*in relazione alla fase di esecuzione del contratto, si applicano solo le norme che disciplinano il collaudo*".*

La precisazione normativa consente di affermare che una volta osservate le procedure di gara, la stipulazione del contratto avviene tra **due soggetti privati** e nella fase di esecuzione il privato non è vincolato alla normativa pubblicistica, (in particolare alle norme del Capo V del Codice né a quelle del Regolamento n. 554/1999,) che presiedono alla esecuzione del contratto. Tra esse, fra tutte, figurano le norme in tema di subappalto, di varianti, riserve e contenzioso, cauzioni e garanzie. **Il contratto d'appalto quindi può avere contenuti liberamente determinati**, senza intervento da parte del Comune, il quale resta estraneo ai rapporti economici fra le parti, con la conseguenza che l'eventuale ribasso ottenuto in sede di aggiudicazione rimane nella disponibilità del privato committente l'esecuzione delle opere. D'altra parte, secondo la prevalente giurisprudenza, il privato è tenuto ad eseguire puntualmente le prestazioni assunte in convenzione **a nulla rilevando le vicende economiche successive** che

determinano un incremento dei costi stimati. Perché il principio non dovrebbe valere in caso contrario?

In sostanza, nell'individuazione dei rapporti fra le parti è del tutto condivisibile quanto previsto nelle linee guida elaborate dall'amministrazione comunale di Roma:

- all'**amministrazione** compete l'**approvazione** del progetto privato da porre in appalto dopo una verifica tecnica, economica e della congruità dei prezzi, (anche ai fini della individuazione del giusto costo dell'opera nella logica dello scomputo), nonché il **collaudo**;
- al **privato**, in qualità di autonomo soggetto aggiudicatore, competono l'intera **procedura di gara**, con la connessa assunzione delle relative responsabilità (redazione del bando, pubblicità, rispetto dei termini, scelta del criterio di aggiudicazione, stipula del contratto), nonché la responsabilità delle vicende del **contratto** di appalto: direzione lavori, contabilità, contenzioso.

Quanto alla procedura di affidamento dei lavori, a differenza di quanto previsto per l'amministrazione, il privato può scegliere liberamente di ricorrere ad una qualsiasi delle modalità previste dall'art. 53 del D.Lgs n. 163/ 2006 : contratti di sola esecuzione, appalto integrato semplice o complesso, con libertà anche nella scelta del criterio di aggiudicazione (massimo ribasso- offerta economicamente più vantaggiosa).

2) OPERE DI URBANIZZAZIONE SOTTO LA SOGLIA COMUNITARIA (ART. 122, comma 8, D.LGS. n. 163/2006)

Le opere di urbanizzazione di importo **inferiore a 5.150.000 euro** sono affidate mediante la procedura prevista dall'art. 57, comma 6, del Codice dei contratti.

E' quindi previsto che, indipendentemente dalla loro natura, qualora l'importo delle opere sia inferiore alla soglia comunitaria, la scelta dell'esecutore debba avvenire con **procedura negoziata senza pubblicazione del bando**. L'invito, anziché a tre soggetti, deve essere rivolto a cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei.

Seppur connotata da ampi margini di discrezionalità, non è prevista una contrattazione libera, senza regole; il rinvio all'art. 57, comma 6, consente di individuarne una procedura definita, come di seguito esplicitata.

- Rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione;
- selezione di almeno 5 operatori economici in possesso di requisiti di qualificazione adeguati - secondo le regole ordinarie - all'importo e alla natura delle opere da appaltare;
- i concorrenti devono essere invitati contemporaneamente con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta;
- la scelta dell'offerta deve avvenire sulla base del criterio del massimo ribasso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- è lasciato al soggetto aggiudicatore decidere l'oggetto del contratto: appalto di sola esecuzione, appalto integrato, appalto integrato complesso;
- possibilità di negoziare il contenuto del contratto, purchè nei limiti prefissati e comunicati a tutti i concorrenti;
- anche i termini di ricezione delle offerte sono lasciati alla discrezionalità dell'appaltante, sempre nel rispetto del principio di

proporzionalità;

- alla luce delle più recenti sentenze del Consiglio di Stato (CdS 22 aprile 2008 n. 1856 e CdS 8 ottobre 2007) l'apertura dei plichi, la verifica della loro integrità nonché l'esame della documentazione amministrativa dovrebbe avvenire in seduta pubblica

* * *

IL PROBLEMA DELLA FRAZIONABILITA' DELLE OPERE

Con l'entrata in vigore del terzo correttivo, la **disciplina** della esecuzione delle opere a scomputo è direttamente ed esclusivamente **dipendente dall'importo** delle stesse e dal fatto che le stesse superino o meno la soglia comunitaria.

Per questo, il primo punto che gli operatori devono affrontare è quello della quantificazione, in termini economici, dell'obbligazione assunta dal privato a scomputo degli oneri, al fine di stabilire se essa sia maggiore o minore della predetta misura.

L'operazione non si presenta difficoltosa nel caso in cui l'operatore privato abbia assunto l'obbligo di realizzare un'opera singola e ben precisa. Il problema è però più complesso nel caso in cui le opere, pur discendendo da un'unica convenzione, abbiano natura, funzionalità e tempi di esecuzione differenti, nonché differenti soggetti obbligati. L'eliminazione, poi, dalla normativa in esame di qualsiasi distinzione tra opere di urbanizzazione primaria e secondaria contribuisce a rendere la questione di maggiore rilevanza.

Occorre al riguardo fare riferimento al disposto dell'art. 9, paragrafo 3, della Direttiva Comunitaria n. 18/2004, recepito dall' art. 29 del Codice dei contratti, che **vieta il frazionamento artificioso** di un progetto

d'opera al fine di eludere l'applicazione della direttiva stessa e della normativa ordinariamente applicabile.

Un frazionamento dettato da obiettivi criteri funzionali può, pertanto, *a contrariis*, ritenersi possibile, da valutarsi in relazione alle singole caratteristiche delle opere programmate. In altri termini, se la suddivisione delle opere di urbanizzazione **non è fittizia** e volta ad evitare il supero della soglia, **ma riflette opere realmente autonome**, è legittimo poter verificare separatamente l'importo di ciascuna di esse.

Diversamente, si arriverebbe a creare una ingiusta disparità di trattamento fra soggetti appaltanti, imponendo **all'operatore privato** di considerare come un'unica opera interventi differenti per tipologia e funzionalità, mentre l'**amministrazione** affida questi stessi con appalti separati.

Non è, viceversa, in discussione, nei casi di supero della soglia comunitaria, la facoltà dell'operatore privato di appaltare i lavori per **lotti separati**, purchè a ciascun lotto **si applichi la disciplina pertinente agli appalti di rilievo comunitario**.

Quanto alla fattispecie che vede all'interno di un'unica operazione urbanistica una **pluralità di soggetti** tenuti all'esecuzione di diverse opere, è assolutamente condivisibile la posizione espressa dall'amministrazione comunale romana secondo la quale "la determinazione della soglia dell'importo va condotta alla luce del coacervo di opere che ciascun operatore privato si è assunto l'obbligo di realizzare".

LA REALIZZAZIONE DI OPERE NON SOGGETTE ALLO SCOMPUTO

L'art. 32, comma 1, lettera g), non subisce modificazioni da parte del terzo decreto correttivo laddove limita l'applicazione delle norme del Codice dei contratti ai "**lavori pubblici** da realizzarsi da parte di soggetti privati che assumono in via diretta l'esecuzione delle **opere** di urbanizzazione **a scomputo** totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso".

Nella formulazione della norma, i termini **lavori pubblici** (gara), **opere** e **scomputo** sono strettamente correlati. Pertanto, semplificando: niente scomputo, niente gara.

E' la stessa Corte di Giustizia Europea con la nota sentenza 12 luglio 2001 a precisare che perché sussista l'obbligo della procedura ad evidenza pubblica non è sufficiente l'intrinseca natura pubblica delle opere di urbanizzazione, ad essa deve essere correlata la natura onerosa del rapporto intercorrente tra l'amministrazione e il privato: accettando la realizzazione delle opere di urbanizzazione il Comune rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo chiedendo di **estinguere il suo debito** con l'esecuzione dei lavori.

Così argomentando, non dovrebbe nemmeno porsi la questione delle cosiddette **opere addizionali**, che non concorrono ad alcuno scomputo, e che vengono assunte senza un preciso *do ut des* quantificabile economicamente.

LA DISCIPLINA TRANSITORIA

Il terzo decreto correttivo nulla stabilisce in merito al regime transitorio. Secondo i principi generali, le nuove disposizioni troveranno applicazione con riferimento alle opere da eseguire successivamente all'entrata in vigore della legge, salvo il disposto dell'art. 253 del D.Lgs. n. 163/2006.

Con tale disposizione il legislatore ha previsto un regime transitorio che permette la realizzazione diretta da parte dei privati di quelle opere di urbanizzazione secondaria, di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, per le quali - alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 (**1° luglio 2006**) - era stato assunto nei riguardi del Comune l'obbligo di eseguire i lavori a scomputo degli oneri di urbanizzazione.

La disposizione transitoria non ha, tuttavia, chiarito quando si perfezioni per i privati l'obbligo di realizzare le opere di urbanizzazione a scomputo oneri ovvero sia quando la proposta del privato diventi irrevocabile.

Il regime transitorio previsto dall'art. 253 del D.Lgs. n. 163/2006 sembra, tuttavia, trovare applicazione a tutti gli interventi per i quali alla data del 1° luglio 2006 la proposta di piano esecutivo con allegato il relativo schema di convenzione era stata presentata, posto che è fin da questo preciso momento che il privato assume formalmente nei confronti del Comune l'impegno a realizzare - a propria cura e spese nonché a perfetta regola d'arte - le opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri.

u.o. Contrattualistica e Fiscalità

Milano, 2 ottobre 2008