

# Progressive aperture al confronto concorrenziale nell'evoluzione della disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo

Sommario: 1. Le opere di urbanizzazione a scomputo: elencazione tassonomica e definizione 2. La *ratio* delle opere di urbanizzazione a scomputo tra Legge urbanistica e Legge Bucalossi 3. L'impatto della giurisprudenza comunitaria sulle opere di urbanizzazione a scomputo e sulla disciplina in materia di contratti pubblici 3.1. Le opere a scomputo nel . n. 163/2006 e il secondo decreto correttivo: un bilancio sul grado di armonizzazione con la disciplina europea 3.2. Gli ulteriori impulsi sovranazionali ed il terzo decreto correttivo: l'eliminazione della distinzione tra opere a scomputo primarie e secondarie e l'applicabilità *tout court* del Codice dei contratti pubblici 4. Le opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice dei contratti pubblici e le modifiche introdotte con il . n. 56/2017. Un bilancio sui fattori proconcorrenziali presenti nella nuova disciplina

## 1. Le opere di urbanizzazione a scomputo: elencazione tassonomica e definizione

Il tema delle opere di urbanizzazione a scomputo investe un dibattito ancora aperto nella scienza giuridica. Non ultima a sollevare qualche profilo di criticità si rivela la circostanza che il legislatore, pur intervenuto numerose volte in materia, pare aver concentrato la propria attenzione prevalentemente sull'elencazione tassonomica delle opere di urbanizzazione a scomputo primarie e secondarie, senza formularne una definizione in termini generali.

Con riferimento alle opere di urbanizzazione primaria, il relativo ambito viene circoscritto in ragione di ciò che appare indispensabile per l'effettiva fruizione degli immobili e, considerata la rilevanza delle opere da realizzare, le stesse sono indicate tassativamente dal legislatore. Il riferimento va, in particolare, all'articolo 16, comma 7, del . n. 380/2001 con il quale il legislatore ha disposto che: *"Gli oneri di urbanizzazione primaria sono relativi ai seguenti interventi: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato"*[1].

Dall'indagine sulla natura degli interventi rientranti nelle opere *de quibus* si ritiene che quelle di urbanizzazione primaria, assicurando presupposti di vita irrinunciabili, costituiscano condizione necessaria e sufficiente per il rilascio del titolo abilitativo alla costruzione e, dunque, per qualunque intervento edilizio.

La categoria delle opere di urbanizzazione secondaria, parimenti riconducibile ad un'elencazione tassativa posta in essere dal legislatore[2], non risulta, come nel caso delle opere di urbanizzazione primaria, essenziale all'utilizzo delle opere da realizzare ma piuttosto, in una logica complementare e non alternativa, finalizzata a garantire adeguati *standards* di civiltà[3] alla comunità locale presso cui si procede alla realizzazione dell'opera[4].

Un profilo di unità nella disciplina, relativa rispettivamente alle opere a scomputo primarie e a quelle secondarie, è rinvenibile nella determinazione dei profili economici connessi al rilascio del permesso di costruire. Invero, i privati che intendono realizzare l'opera - ovvero ampliarne una già esistente - sono tenuti a corrispondere una somma di denaro per i costi che le amministrazioni comunali dovranno sostenere al fine di "urbanizzare" il territorio. Il pagamento di questo contributo all'amministrazione comunale può avvenire, in via generale, attraverso l'esborso di una somma di denaro da parte del soggetto che richiede il permesso o la licenza di costruire, ovvero, in maniera alternativa, mediante il pagamento degli oneri di urbanizzazione mediante l'esecuzione delle opere. Il contributo che il cittadino è tenuto a versare si articola in due voci relative al costo di costruzione ed agli oneri di urbanizzazione[5]. Per questi ultimi il legislatore ha previsto che il privato possa contrattare con l'amministrazione l'esecuzione diretta delle opere in esame, decurtandole - totalmente o parzialmente - dagli oneri che, altrimenti, avrebbe dovuto versare. Questa facoltà è riconosciuta anche nelle ipotesi in cui alla realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione proceda il privato lottizzante sulla base di una specifica convenzione

di lottizzazione approvata dall'amministrazione comunale.

## 2. La ratio delle opere di urbanizzazione a scomputo tra Legge Urbanistica e Legge Bucalossi

Richiamata la distinzione tra opere di urbanizzazione a scomputo primaria e secondaria, la ricostruzione della *ratio* sottesa all'istituto in esame muove dall'analisi dei numerosi interventi riformatori che hanno inciso sul medesimo. La stessa pare rinvenirsi nella volontà di limitare la facoltà, pienamente dispiegata in origine, del privato titolare di permesso, licenza di costruire ovvero concessione - di effettuare direttamente le urbanizzazioni considerate, interamente o parzialmente, sostitutive degli oneri concessori[6], in elusione dei principi comunitari della libera concorrenza e del *favor participationis* alla realizzazione dell'infrastrutture.

Conviene anzitutto partire dal dato positivo contenuto nell'articolo 31 della Legge n. 1150 del 1942 - meglio nota come Legge Urbanistica - disposizione che ha evidenziato per la prima volta l'attenzione del legislatore alle opere di urbanizzazione a scomputo.

La disposizione imponeva a chiunque intendesse nell'ambito del territorio comunale procedere all'esecuzione di opere di urbanizzazione del terreno, l'obbligo di richiedere apposita licenza al Sindaco. In capo a quest'ultimo era stato previsto, sempre dal legislatore, l'obbligo di notificare all'interessato le determinazioni sulla licenza di costruzione entro il termine di 60 giorni dalla data di ricevimento delle relative istanze, decorso il quale si sarebbe configurata un'ipotesi di silenzio rifiuto. Il legislatore stabiliva altresì che il rilascio della licenza edilizia fosse subordinato: all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria; alla previsione, da parte dei comuni, dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio; nonché, in particolare, all'impegno dei privati di procedere alla realizzazione delle medesime contemporaneamente alle costruzioni oggetto della licenza.

La lettura della disposizione consente di rilevare in particolare tre profili di criticità. In primo luogo, non è dettata alcuna disciplina in ordine al pagamento degli oneri per l'opera da realizzare e, dunque, alle modalità dello stesso, da parte del titolare della licenza; in secondo luogo, il rilascio della licenza è subordinato all'ampia discrezionalità del sindaco e, in particolare, la mancata risposta entro il termine perentorio di 60 giorni configura un'ipotesi di silenzio diniego. È evidente che una previsione come quella appena richiamata rendesse poco agevole la realizzazione diretta delle opere nel territorio da urbanizzare, considerata l'eventualità di una mancata risposta da parte del sindaco. Infine, il legislatore disciplinava in maniera espressa esclusivamente il rilascio della licenza in relazione ad interventi di urbanizzazione primaria, determinando di conseguenza un vuoto di disciplina in ordine alla possibilità del privato di realizzare interventi di urbanizzazione secondaria

Il tema delle opere di urbanizzazione a scomputo è stato sottoposto ad un processo di revisione strutturale con la legge , n. 10 (c.d. Legge Bucalossi). Anche in questo caso è utile partire dal dato positivo relativo al rilascio della concessione edilizia. L'articolo 3 della medesima legge disponeva che *"La concessione comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza delle spese di urbanizzazione nonché al costo di costruzione"*. Oltre ad aver operato una modifica con riferimento all'atto ampliativo che il privato deve ottenere al fine di realizzare l'opera - la concessione in luogo della licenza - una delle novità più rilevanti apportate dalla riforma è rappresentata dalla scelta di subordinare il rilascio della concessione al pagamento di un contributo determinato in base alle spese di urbanizzazione[7] nonché al costo di costruzione, in virtù del principio in base al quale ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio partecipa agli oneri ad essa relativi[8].

La previsione circa la necessità di versare un corrispettivo come elemento condizionante il rilascio della concessione presenta indubbi profili di innovatività. Il legislatore della Legge Bucalossi ha infatti disposto che il rilascio della concessione non fosse collegato esclusivamente alla realizzazione di opere di urbanizzazione primaria, ma anche alle opere di urbanizzazione secondaria.

Altra novità che merita menzione è rinvenibile nel disposto dell'articolo 11 della legge in esame, a mente del quale: "A

*scomputo totale o parziale della quota dovuta, il concessionario può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con le modalità e le garanzie stabilite dal comune".* Con la disposizione in parola il legislatore ha dunque contemplato la possibilità, per il soggetto titolare della concessione, di impegnarsi, a scomputo parziale o totale del contributo dovuto per oneri di urbanizzazione, alla realizzazione diretta dell'opera, con modalità e garanzie fissate dall'amministrazione comunale[9].

La scelta del legislatore di consentire la realizzazione diretta delle opere e, al tempo stesso, di non sottoporre l'affidamento delle stesse alle regole della procedura ad evidenza pubblica, appare operazione gravida di conseguenze potenzialmente dirompenti. La mancata configurazione di un procedimento di affidamento basato su una selezione competitiva, oltre ad incidere negativamente sul principio di concorrenza affermato in sede comunitaria, rischiava infatti di condizionare anche il profilo della qualità e dell'efficienza dell'opera da realizzare, nella misura in cui la scelta avrebbe potuto con tutta evidenza ricadere non sul concorrente che avesse presentato il miglior progetto di urbanizzazione della zona, ma più semplicemente sul soggetto che avesse ottenuto la concessione dal Comune[10].

### *3. L'impatto della giurisprudenza europea sulle opere di urbanizzazione a scomputo e sulla disciplina in materia di contratti pubblici*

Il quadro giuridico sin qui ricostruito sembrerebbe configurare in capo al privato, titolare di una concessione, la possibilità di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione, sfuggendo così alle regole proconcorrenziali della procedura ad evidenza pubblica. Tuttavia una compiuta disamina della questione non può prescindere da una rassegna delle pronunce della giurisprudenza sovranazionale, che ha svolto una funzione propulsiva determinante in relazione alla disciplina italiana della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri.

Con riferimento al processo evolutivo delle opere di urbanizzazione a scomputo, nel senso di voler subordinarne la realizzazione al previo esperimento di procedure competitive, assume fondamentale rilevanza anzitutto la sentenza della Corte di Giustizia Europea del 12 luglio 2001, n. 399/1998. Con la pronuncia in esame la Corte, oltre ad aver dichiarato l'incompatibilità con la disciplina comunitaria della disciplina italiana relativa all'*iter* di affidamento diretto delle opere di urbanizzazione, ha sancito il principio in virtù del quale l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo, nel caso in cui tali opere costituiscano il corrispettivo di una controprestazione dell'amministrazione, deve essere ricondotta al *genus* dell'appalto pubblico di lavori[11] e, in quanto tale, va subordinata all'esperimento della procedura ad evidenza pubblica. La novità non è di poco conto, in quanto con la sentenza in analisi, confermata nei contenuti dalla giurisprudenza Costituzionale[12], la Corte di Giustizia europea ha sostanzialmente affermato la possibilità di estendere la disciplina dell'appalto pubblico di lavori anche a forme di "urbanistica negoziata" che non prevedono la facoltà del privato di scomputare gli oneri di urbanizzazione[13].

Sembra altrettanto utile sottolineare come la pronuncia della Corte di Giustizia europea[14] abbia trovato applicazione solo per le opere il cui valore fosse uguale o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, tenuto conto della circostanza per cui l'esame effettuato dalla Corte di Lussemburgo circa la compatibilità della legislazione italiana con quella sovranazionale fosse limitato all'esclusiva analisi della Direttiva 93/37/CEE[15], unica normativa comunitaria sottoposta al suo vaglio dal giudice interno. Di talchè l'intervento della Corte di Giustizia europea ha reso doveroso l'allineamento della normativa nazionale in materia di contratti pubblici - nella specie, la legge n. 109/1994, meglio nota come "Legge Merloni" - ai principi comunitari che la prima aveva ritenuto fossero stati elusi dal legislatore nazionale.

Gli esiti cui è addivenuta la giurisprudenza comunitaria, nel senso di voler rendere effettivo il principio di concorrenza per la realizzazione delle opere in esame, hanno così obbligato il legislatore ad introdurre - all'articolo 2, comma 5, della Legge in analisi - una disposizione con la quale si sottoponevano alla procedura ad evidenza pubblica le opere di urbanizzazione a scomputo con valore superiore alla soglia comunitaria, sottraendo all'ambito applicativo della legge in analisi gli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo degli oneri connessi agli atti autorizzanti l'attività edilizia. Nondimeno, il

legislatore interno ha attribuito al privato la possibilità di svolgere le attribuzioni tradizionali della stazione appaltante, sostituendosi così alla pubblica amministrazione[16].

Oltre alle modifiche della Legge Merloni ritenute necessarie a seguito della pronuncia citata della Corte di Giustizia europea, anche l'articolo 16 comma 2 del . , n. 380 - Testo Unico sull'Edilizia - è stato oggetto di integrazioni[17], nella misura in cui è stata subordinata la realizzazione diretta delle opere alle condizioni fissate nell'articolo 2, comma 5, della legge n. 109/1994, con il quale, come si è detto, il legislatore ha espressamente disposto l'obbligo di gara esclusivamente per le opere di urbanizzazione con valore superiore alla soglia comunitaria[18]. In particolare, l'articolo 16, c. 2 del . in esame dispone che *"A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune"*.

Dall'analisi congiunta delle norme emerge l'intento del legislatore nazionale di circoscrivere la questione relativa all'obbligatorietà di esternalizzare attraverso procedure competitive l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo, alle sole opere "sopra soglia", e di attribuire al contempo la possibilità al titolare del permesso di costruire di realizzare direttamente le opere[19] con valore inferiore alla soglia comunitaria, stipulando una convenzione con l'amministrazione nella quale vengono regolate le opere da realizzare, i tempi, le modalità della loro esecuzione, la loro valutazione economiche nonché le garanzie dell'adempimento[20].

Nonostante il netto intervento della Corte di Giustizia europea - che nel dichiarare incompatibile con il diritto comunitario l'affidamento diretto ad un privato avente ad oggetto l'esecuzione di opere a scomputo, aveva inteso in tale area garantire il rispetto dei principi di concorrenza e di *favor participationis*, subordinando l'esecuzione delle medesime opere all'esperimento di una procedura competitiva - il legislatore interno, attraverso le modifiche apportate all'articolo 2, comma 5, della Legge Merloni e, conseguentemente, all'articolo 16 del Testo Unico sull'Edilizia, ha recepito in maniera parziale quanto affermato in sede sovranazionale, lasciando di fatto sopravvivere un'area - coincidente con gli interventi di valore inferiore alla soglia comunitaria - in cui gli stessi possono essere realizzati direttamente dal titolare del permesso di costruire.

In tal senso, proprio con riguardo alle le puntuali (ma parziali) correzioni della disciplina nazionale scaturite dalla censura contenuta nella pronuncia della CGUE del 12 luglio 2001, la Commissione Europea, con lettera di messa in mora del 19 febbraio 2002, nel manifestare profili di ulteriore incompatibilità tra il diritto interno ed i principi sovranazionali, ha avviato una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica italiana.

Un primo ordine di censure è circoscrivibile all'esclusione, da parte della normativa nazionale, dell'applicazione delle regole concorrenziali con riguardo alle opere di urbanizzazione di valore inferiore alla soglia comunitaria. Ulteriore profilo di criticità della disciplina interna - strettamente connesso alla censura appena segnalata, che esclude dalle regole concorrenziali le opere "sotto soglia" - attiene alle ipotesi (divenute prassi) attraverso le quali l'artificioso frazionamento del valore delle opere, collegate tra loro in via funzionale, attribuisce al singolo lotto un valore inferiore alla soglia comunitaria, eludendo così l'affidamento della stessa attraverso la procedura ad evidenza pubblica.

La Corte di Giustizia è quindi nuovamente intervenuta con la sentenza - causa n. 412/2004 - del [21], affermando l'incompatibilità della disciplina italiana con il diritto comunitario 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 comunitaria, fossero ritenute di interesse transfrontaliero certo[22].

*3.1. Le opere a scomputo nel . n. 163/2006 e il secondo decreto correttivo: un bilancio sul grado di armonizzazione col diritto europeo*

Al fine di armonizzare e garantire una maggior corrispondenza tra la disciplina interna e quella sovranazionale, il legislatore

italiano, a seguito del recepimento delle direttive comunitarie nn. 2004/17 e 2004/18, ha adottato il Codice dei contratti pubblici[23]. Per ciò che interessa l'indagine, la disciplina della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione è stata disciplinata dal legislatore nazionale dagli articoli 32 e 122 del codice medesimo, che affrontano la questione in modo differenziato a seconda che l'importo delle opere che si intendono realizzare sia superiore o inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria[24].

Quanto alle opere di urbanizzazione a scomputo con valore superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, l'articolo 32, comma 1, lettera g), del Codice dei contratti pubblici disponeva nella sua originaria formulazione che *"salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28: ... 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, decreto del Presidente della Repubblica 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, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dal promotore sulla base della progettazione presentata, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato"*.

Dall'analisi della norma, emerge dunque come il legislatore nazionale, nel confermare le soluzioni accolte nella Legge Merloni, abbia sottoposto la realizzazione delle opere a scomputo ad una previa procedura ad evidenza pubblica, aderendo all'opzione ermeneutica cui è addivenuta la giurisprudenza comunitaria, nel senso di dover attribuire al privato un espresso mandato a soddisfare, attraverso la realizzazione dell'opera, le esigenze della collettività[25].

Sono tuttavia diversi i profili di novità attribuibili alla disposizione in esame. In primo luogo veniva conferita all'amministrazione competente a rilasciare il titolo abilitativo a costruire, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, la facoltà di prevedere che il titolare del permesso di costruire assumesse le vesti di promotore dell'opera, spettando a quest'ultimo presentare la progettazione preliminare delle opere entro novanta giorni dal rilascio del titolo *de quo*. In secondo luogo, e sempre qualora fosse stato espressamente previsto nella *lex specialis* della gara bandita, era attribuita in capo al promotore la facoltà di esercitare uno *ius prelacionis* (entro quindici giorni) nei confronti dell'aggiudicatario, corrispondendo a quest'ultimo il 3% del valore dell'appalto aggiudicato.

L'attivazione di uno schema procedurale improntato sull'istituto della finanza di progetto e, soprattutto, la possibilità di esercitare il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, ha posto un problema di coerenza tra la normativa nazionale ed i principi comunitari con riferimento alla probabile elusione della *par condicio competitorum* e più specificamente, con riferimento all'indebita posizione di vantaggio che il promotore, potenzialmente non qualificato per l'esecuzione dell'opera, assumesse rispetto agli altri partecipanti alla gara[26].

In chiave risolutiva delle criticità sin qui sinteticamente riportate, è intervenuto il . n. 113/2007 - meglio noto come "secondo decreto correttivo" - che, nel modificare alcuni degli aspetti controversi inerenti la disciplina delle opere a scomputo, non pare comunque aver sciolto alcuni dei nodi problematici della disciplina in esame. Se, per un verso, l'intervento correttivo del 2007 ha eliminato la possibilità concessa al promotore di svolgere le funzioni di stazione appaltante nell'affidamento delle opere di esecuzione sopra soglia - disponendo che a bandire la gara fosse la pubblica amministrazione, e ciò al fine di evitare un potenziale accavallamento dei ruoli, di aggiudicatario e concorrente, nello stesso soggetto[27] - per altro verso ha introdotto dei riferimenti che mal si conciliavano con le disposizioni generali del Codice dei contratti pubblici, lasciando al contempo inalterate alcune disposizioni dalle quali potevano desumersi profili di incompatibilità con la disciplina comunitaria.

Nello specifico l'articolo 32, comma 1, lettera g) del . n. 163/2006, come modificato dal correttivo del 2007, disponeva espressamente l'applicabilità delle norme del Codice ai "*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, decreto del Presidente della Repubblica 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, il titolare del permesso di costruire assuma la veste di promotore, presentando all'amministrazione medesima, entro novanta giorni dal rilascio del permesso di costruire, la progettazione preliminare delle opere. All'esito della gara bandita ed effettuata dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire sulla base della progettazione presentata dal promotore, il promotore può esercitare, purché espressamente previsto nel bando di gara, diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, entro quindici giorni dalla aggiudicazione, corrispondendo all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto aggiudicato. Il promotore deve avere i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione*".

La prima novità da commentare, che non sembra potersi accogliere con favore, riguardava la previsione a mente della quale il diritto di prelazione, e la contestuale realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, era esercitabile esclusivamente dai soggetti "*in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione*"[28]. È evidente il mancato coordinamento della modifica della disposizione in analisi con le regole generali in materia di contratti pubblici - con particolare riferimento ai principi in materia di partecipazione alla gara - in quanto la modifica non contemplava la possibilità in capo al concorrente, che non fosse in possesso al momento della presentazione dell'offerta dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, di avvalersi dei requisiti tecnico-professionali ed economico-finanziari di un soggetto diverso.

Ulteriore profilo di criticità che emerge dalle modifiche apportate dal . 113/2007 all'articolo 32 del Codice dei contratti pubblici è ascrivibile alla mancata eliminazione del riferimento all'istituto del *project financing*. Secondo la disciplina dettata dal legislatore con riferimento all'istituto della finanza di progetto, infatti, il promotore dell'opera sarebbe tenuto a dimostrare il comprovato possesso dei requisiti di qualificazione non già nella fase embrionale della procedura e di presentazione dell'offerta, bensì nel momento successivo relativo alla negoziazione con le migliori due proposte formulate[29].

Rivolgendo ora attenzione alle opere di urbanizzazione a scomputo con importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, l'articolo 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici disponeva espressamente che "*le disposizioni di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g) non si applicano alle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964 n. 847, correlate al singolo intervento edilizio assentito, per le quali continua ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001 n. 380*".

Secondo l'impianto originario della disciplina quindi, l'assoggettamento alle regole concorrenziali della procedura ad evidenza pubblica riguardava esclusivamente le opere di urbanizzazione secondarie, laddove le opere di urbanizzazione primaria "sotto soglia" erano destinate ad un regime di affidamento diretto, per le quali l'articolo 122 del Codice dei contratti pubblici delineava una peculiare ipotesi di negoziazione privata.

La delimitazione al "singolo intervento edilizio assentito" circa la possibilità per il privato di realizzare direttamente le opere destava indubbi profili di perplessità. Per un verso, i recepimenti nazionali degli esiti della giurisprudenza comunitaria si rivelano più severi, sotto il profilo concorrenziale, rispetto ai chiarimenti offerti dalla Corte di giustizia europea, nella parte in cui il legislatore nazionale profila ipotesi di esecuzione diretta ai soli casi dell'articolo 122, comma 8, del Codice, sottoponendo così tutte le altre opere con valore inferiore alla soglia comunitaria alle regole dell'evidenza pubblica. Per altro verso, la scelta del legislatore presta il fianco ad ulteriori rilievi critici, nella misura in cui pareva escludere dal raggio di operatività della possibilità di intervento diretto l'ipotesi in cui l'opera fosse risultata connessa ad un intervento complesso

ma comunque unitario[30].

Con riferimento alla disciplina in esame, gli esiti del parere del Consiglio di Stato n. 1750/2007[31] hanno indotto il legislatore, con il secondo decreto correttivo, a modificare l'articolo 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, espungendo dalla norma il riferimento al "singolo" intervento edilizio, e introducendo il concetto a maglie più larghe di opere "funzionalmente connesse"[32]. L'introduzione del concetto di opere "connesse funzionalmente", valutate con riferimento all'"intervento di trasformazione urbanistica del territorio" - e non solo "dell'edificio", come previsto dalla precedente versione dell'art. 122, comma 8 del . 163/2006[33] - non può comunque essere accolta con favore, considerato che la previsione in esame esclude dal regime concorrenziale una serie di interventi ai quali, in virtù della loro rilevanza, doveva essere riconosciuto valore di opere pubbliche e, in quanto tali, soggette alle regole dell'evidenza pubblica[34].

### *3.2. Gli ulteriori impulsi sovranazionali ed il terzo decreto correttivo: l'eliminazione della rilevanza della distinzione tra opere a scomputo primarie e secondarie e l'applicabilità tout court del Codice dei contratti pubblici*

L'impianto normativo relativo alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, così come delineato dal secondo decreto correttivo, è stato sottoposto ad un'ulteriore procedura di infrazione comunitaria della Commissione europea, la quale, con nota n. 2309/2007[35], sempre al fine di richiedere un più elevato livello di consonanza della disciplina interna ai principi sovranazionali di tutela della concorrenza e *par condicio competitorum*, ha ritenuto incompatibili con il diritto europeo alcune delle previsioni contenute negli articoli 32 e 122 del Codice dei contratti pubblici. In risposta alle censure rilevate in sede comunitaria il legislatore nazionale, con il . n. 152/2008 - meglio noto come "terzo decreto correttivo" - ha apportato numerose modifiche strutturali all'istituto delle opere di urbanizzazione a scomputo[36].

Per le opere di urbanizzazione a scomputo con valore superiore alla soglia comunitaria l'articolo 32, comma 8, novellato dal correttivo del 2008, prevede che: *"salvo quanto dispongono il comma 2 e il comma 3, le norme del presente titolo, nonché quelle della parte I, IV e V, si applicano in relazione ai seguenti contratti, di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 28: ... 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, del decreto del Presidente della Repubblica 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 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".*

Diversi sono i tratti innovativi che connotano la norma, la quale - letta per ciò che non disciplina più, e per ciò che mancava in passato e che ora invece disciplina - pare riflettere un grado di omogeneità tra disciplina europea e disciplina interna più elevato rispetto al passato.

Qualcosa che non c'è più in quanto, al fine eliminare il contrasto delle disposizioni interne con il principio della *par condicio competitorum*, il legislatore nazionale ha espunto dalla norma ogni riferimento sia alla possibilità per il privato, titolare del permesso di costruire, di svolgere le funzioni di promotore dell'opera[37], sia alla facoltà di esercitare un diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario. L'opzione interpretativa accolta dal legislatore di voler vietare, al titolare del permesso di costruire, la possibilità di ricoprire il ruolo di promotore dell'opera, appare di stretta interpretazione rispetto alle risultanze delle pronunce della Corte di Giustizia europea in quanto limitativa della libertà di iniziativa dei privati[38]. Sul punto è così intervenuta l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che ha affermato il principio in virtù del quale "tale divieto si può

considerarsi violato solo qualora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione sia stata direttamente curata dall'impresa titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo), e non anche qualora quest'ultima abbia semplicemente svolto il ruolo di committente di tale progettazione preliminare"[39].

Quanto all'aspetto assente nella disciplina previgente, l'articolo 32 del Codice dei contratti pubblici, così come riformato dal terzo decreto correttivo, muovendosi in una prospettiva più coerente con la disciplina comunitaria, conferma la facoltà al privato di presentare all'amministrazione un progetto preliminare delle opere da realizzare, introducendo la novità in virtù della quale la presentazione del progetto risulta essere disgiunta dalla qualificazione in termini di promotore dell'opera. All'esito di tale presentazione, l'amministrazione può indire la gara che, ai sensi della disposizione in analisi, potrà svolgersi sia mediante procedura aperta, sia mediante procedura ristretta[40], concludendosi con la stipulazione di un contratto avente ad oggetto sia la progettazione esecutiva, sia l'esecuzione dei lavori.

Infine, se da un lato, il legislatore ha individuato analiticamente le regole procedurali cui sottoporre l'affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo, dall'altro lato, non ha chiarito espressamente se il privato che presenta il progetto preliminare sia legittimato a partecipare alla gara. Nonostante le diverse oscillazioni riscontrate in dottrina, non si rinvengono ostacoli, in punto di ossequio del principio di *par condicio competitorum* e di incompatibilità, nel senso di dover riconoscere tale possibilità, e tale esito pare trovare agevole riscontro proprio nell'eliminazione, da parte del legislatore del terzo decreto correttivo, della possibilità concessa al promotore di esercitare il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario[41].

Passando all'analisi del dato positivo relativo alle opere di urbanizzazione a scomputo con valore inferiore alla soglia comunitaria, il legislatore nazionale, recependo anche su questo versante le indicazioni fornite dalla Commissione europea, dispone all'articolo 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici che: *"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"*.

Anche relativamente alle opere in questione il legislatore mostra aver significativamente inciso sul dato positivo previgente avvicinandosi in maniera evidente alle logiche del mercato e della concorrenza. Invero, se dal previgente art. 122, comma 8, del Codice si evinceva la possibilità di affidare direttamente le opere di urbanizzazione primaria con valore inferiore alla soglia comunitaria, l'intervento correttivo esclude tale opzione. L'intervento del 2008, avallando la collocazione delle opere di urbanizzazione a scomputo nell'alveo dell'appalto pubblico di lavori[42], ha reso evidente l'intenzione del legislatore di sottoporre l'affidamento delle opere in analisi alla procedura ad evidenza pubblica, indipendentemente dalla loro qualificazione come opere di urbanizzazione primaria ed opere di urbanizzazione secondaria[43].

Ulteriore novità che emerge dalla lettura della disposizione in esame è circoscrivibile all'*iter* procedurale che la stazione appaltante è tenuta a percorrere. A differenza della previgente disciplina, la quale, per le opere di urbanizzazione a scomputo con valore inferiore alla soglia comunitaria, non operava alcun riferimento ad una specifica tipologia di selezione del contraente, l'intervento correttivo del 2008, modificando l'articolo 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, ha previsto che per l'affidamento delle opere in analisi si debba applicare il regime della procedura negoziata senza bando[44], disponendo che l'invito debba essere rivolto ad almeno cinque candidati ove sussistano in tale numero aspiranti idonei.

L'utilizzo della locuzione "aspiranti idonei" inserita dal legislatore nella norma in analisi lascia spazio ad una duplice interpretazione. Da un lato, si evince come il soggetto invitato abbia manifestato in via preliminare - attraverso un'indagine preliminare di mercato curata dalla stazione appaltante - un potenziale interesse alla partecipazione alla gara; dall'altro lato, l'attenzione del legislatore è comunque rivolta all'affidamento dell'opera ad un soggetto qualificato ad eseguire lavori pubblici di pari importo a quelli appaltati[45]. È altresì evidente come la disposizione in analisi segnali un netto passo avanti, rispetto alla disciplina previgente, in punto di tutela della concorrenza. La volontà del legislatore di voler garantire che la scelta avvenga attraverso meccanismi competitivi emerge dall'espresso richiamo effettuato all'articolo 57, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, in ragione della quale la consultazione degli operatori economici - aspiranti affidatari del lavoro - deve avvenire in ossequio ai principi di trasparenza, rotazione e concorrenza[46].

4. *Le opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo Codice dei contratti pubblici e le modifiche introdotte con il . n. 56/2017. Un bilancio sui fattori proconcorrenziali nella nuova disciplina*

Il legislatore, con riguardo al tema delle opere di urbanizzazione, sia in sede di prima adozione della disciplina di recepimento delle direttive appalti del 2014 con il . n. 50/2016, sia in occasione dell'intervento correttivo recato dal . n. 56/2017, ha ripreso in larga scala le disposizioni del previgente Codice del 2006.

Il procedimento di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo è disciplinato dall'articolo 1, lettera e), del Codice dei contratti pubblici, con il quale il legislatore ha espressamente disposto l'applicabilità delle norme e delle regole in materia di contratti pubblici anche ai *“lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire o un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica 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 di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza”*.

Sebbene dalla lettura della disposizione emerga, come si è già anticipato, una portata sostanzialmente confermativa dell'impianto strutturale della previgente disciplina in materia di opere di urbanizzazione a scomputo, il . n. 50/2016 ha introdotto diverse novità che inducono ad operare un bilancio positivo in ordine alla portata proconcorrenziale della disciplina in esame.

Anzitutto, con riferimento alle procedure di selezione del contraente attingibili dall'amministrazione, si registra un'inversione di tendenza nella disciplina riferita alle opere di urbanizzazione con valore inferiore alla soglia comunitaria, ad esclusione delle opere di urbanizzazione primaria “sotto soglia” funzionali alla trasformazione urbanistica del territorio, per le quali il legislatore ha mantenuto la previsione in ordine alla realizzazione diretta da parte del titolare del permesso di costruire o di altri titoli abilitativi[47].

La normativa previgente sul punto, che consentiva il ricorso, per qualunque importo purché inferiore alla soglia comunitaria, alla procedura negoziata - previo esperimento di gara con invito rivolto ad almeno cinque soggetti idonei[48] - è stata modificata dall'articolo 36, comma 3, del Codice dei contratti pubblici, che nella sua versione originaria ha disposto che *“per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria, si fa ricorso alla procedura ordinaria con pubblicazione di avviso o bando di gara”*.

È evidente come la *ratio* sottesa al mutamento della procedura di scelta del contraente operato dal legislatore del 2016 sia agevolmente rinvenibile in una maggiore effettività delle garanzie partecipative, per gli operatori economici, al fine di realizzare le opere di urbanizzazione primaria e secondaria. Tuttavia, volendo recuperare le coordinate interpretative fornite dalla giurisprudenza comunitaria con la sentenza - causa n. 412/2004 - del , tale opzione comporterebbe un regime procedurale eccessivamente stringente - soprattutto rispetto agli esiti della giurisprudenza europea - per la realizzazione delle opere con valore inferiore alla soglia comunitaria, soprattutto qualora queste rientrino tra le opere di urbanizzazione secondaria, non tenendo conto che il valore economico connesso alla realizzazione dell'opera da realizzare potrebbe

giustificare l'adozione di una più semplice procedura negoziata.

Nella logica originaria del legislatore, il ricorso alle procedure negoziate diventa così un'ipotesi del tutto residuale, in quanto l'articolo 36, comma 2, del Codice dei contratti pubblici dispone, in relazione all'oggetto delle opere e al valore delle stesse, le ipotesi in cui sia possibile affidare l'opera attraverso i meccanismi della procedura negoziata, salva la possibilità di ricorrere comunque alle procedure ordinarie[49].

Sulla disciplina è intervenuto il legislatore che, attraverso il proprio intervento correttivo, con . n. 56/2017, ha modificato l'impianto delineato dal . n. 50/2016, sostituendo all'articolo 36, comma 3, l'utilizzo delle procedure ordinarie con le procedure negoziate, disponendo che *"per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo per gli importi inferiori a quelli di cui all'articolo 35, si applicano le previsioni di cui al comma 2"*. La modifica, che potrebbe *prima facie* mostrare il fianco a critiche in ordine a potenziali profili di attrito con il principio della concorrenza, sembrerebbe in realtà sottendere una volontà del legislatore di garantire un regime caratterizzato da profili di semplificazione per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, primaria e secondaria, con valore inferiore alla soglia comunitaria, risultando l'*iter* della procedura negoziata maggiormente snello rispetto a quello previsto per la procedura ordinaria.

Tuttavia, nella disciplina così come delineata all'esito dell'intervento correttivo del legislatore, non sembra difficile poter rinvenire profili di sinergia tra principio di semplificazione procedurale per la realizzazione delle opere di urbanizzazione e garanzie delle regole della concorrenza. Nonostante le modifiche intervenute con il . n. 56/2017 - che modificando il comma 2 ed il comma 3 dell'articolo 36, ha stabilito che per le opere di urbanizzazione sotto soglia la scelta del contraente sia circoscritta alle regole della procedura negoziata - nella nuova disciplina emergono ad ogni modo fattori di apertura al confronto concorrenziale. In particolare, se nella vigenza del . n. 163/2006, per l'affidamento delle opere di urbanizzazione con valore inferiore alla soglia comunitaria, la procedura indicata era ascrivibile alla procedura negoziata senza bando con invito almeno a cinque concorrenti, nel nuovo Codice dei contratti pubblici il legislatore ha ancorato l'affidamento delle stesse a criteri connotati da un grado di maggiore effettività della disciplina della concorrenza nel mercato.

La modifica dell'articolo 36, comma 2 del Codice, operata dal decreto correttivo, anzitutto dispone che l'affidamento delle opere di urbanizzazione con valore inferiore alla soglia comunitaria non venga più operato con una procedura negoziata senza bando, ma attraverso una procedura competitiva con negoziazione con previa pubblicazione del bando, aprendo maggiormente al mercato delle commesse pubbliche l'affidamento dei lavori in esame.

Ulteriore profilo che denota una progressiva attenzione del legislatore alla garanzia della concorrenza nel mercato è rinvenibile nell'aumento del numero degli operatori economici invitati a negoziare il contenuto discrezionale del bando di gara. Nella disciplina previgente, per le opere di urbanizzazione con valore inferiore alla soglia comunitaria, l'invito era rivolto esclusivamente a cinque soggetti, a prescindere che si trattasse di un affidamento di lavori, servizi o forniture. Nella disciplina attualmente in vigore in materia di contratti pubblici, in un primo caso, l'invito è rivolto ad almeno dieci operatori economici (per gli affidamenti dei lavori), ovvero a cinque operatori economici per affidamenti di servizi e forniture[50]; in un secondo caso, l'invito a negoziare con l'amministrazione aggiudicatrice è rivolto ad almeno quindici operatori economici[51]. In entrambi i casi, a conferma dell'attenzione che il legislatore ha riservato all'effettività del principio di concorrenza, gli operatori in analisi devono essere individuati nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, con il quale lo stesso legislatore, soprattutto negli affidamenti sotto soglia, intende scoraggiare il consolidamento di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore, risultati in precedenza aggiudicatari del lavoro, del servizio o della fornitura[52].

Con riferimento all'*iter* procedurale disposto per l'affidamento delle opere di urbanizzazione, l'articolo 1, comma 2, lett. e) del Codice dei contratti pubblici attribuisce alla pubblica amministrazione le funzioni di stazione appaltante, la quale, sulla base di un progetto di fattibilità presentato dall'avente diritto a richiedere il titolo, bandisce una gara che seguirà le regole della procedura aperta e della procedura ristretta. È agevole rilevare come, in tale eventualità, l'amministrazione eserciti

ruolo e funzioni di centrale di committenza[53], in quanto la stessa amministrazione si limita a bandire e gestire le procedure di gara per conto dell'operatore privato il cui oggetto della gara si rinviene nella progettazione esecutiva e nell'esecuzione di lavori. La peculiarità di tale disposizione è rinvenibile nel fatto che se, ordinariamente, le centrali di committenza sono incaricate della gestione delle procedure di gara per conto di più pubbliche amministrazioni, nella norma in analisi sarà l'operatore privato, il quale presenta un progetto di fattibilità tecnica ed economica dell'opera, e non, appunto, la pubblica amministrazione, a ricoprire il ruolo di destinatario delle commesse pubbliche[54].

In definitiva, l'analisi dell'evoluzione normativa delle opere di urbanizzazione a scomputo consente di tracciare un bilancio dal quale è dato evincere una costante apertura al mercato della disciplina in analisi nel corso degli anni. Protagonista principale dell'assoggettamento delle opere di urbanizzazione a scomputo all'esperimento della procedura ad evidenza pubblica e, più in generale, al rispetto del principio di concorrenza e *favor participationis*, è sicuramente la Corte di Giustizia europea, la quale, attraverso la presentazione di numerose procedure di infrazione, ha indotto il legislatore nazionale ad eliminare le disposizioni - o parti delle stesse - che si ponessero in una posizione di conflitto con i principi stabiliti a livello comunitario, in particolare quello a tutela della competitività degli affidamenti delle opere in esame.

L'effettività del principio di concorrenza, nei vari processi di riforma che hanno inciso sulla disciplina in esame, si snoda in due direttrici principali: l'una, quella del consolidamento dell'obbligatorietà della sottoposizione dell'affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo a procedure ad evidenza pubblica, a prescindere dal valore dell'opera - escluse, come si è detto, le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia "funzionali", per le quali vige un particolare regime di esecuzione diretta da parte del privato- ; l'altra, rappresentata invece da un processo di razionalizzazione del ricorso ai meccanismi alle procedure ordinarie e di conseguente modifica delle regole procedurali, al fine di consentire un equo bilanciamento tra competitività per l'affidamento dell'opera da realizzare e potenziali aggravamenti procedimentali che le procedure ordinarie avrebbero potuto creare.

Con riferimento a questa seconda tendenza, assume sicura importanza la modifica operata dal . n. 56/2017 alle modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione con valore inferiore alla soglia comunitaria. L'affidamento delle opere di urbanizzazione sotto soglia, attraverso i meccanismi delle procedure ordinarie - e quindi mediante la massima apertura al mercato anche, ad esempio, per le opere di urbanizzazione secondaria aventi valore inferiore alla soglia comunitaria - avrebbe potuto creare delle tensioni nel senso dell'appesantimento degli oneri procedimentali cui era tenuta sia l'amministrazione, sia il privato interessato a realizzare l'opera.

L'intenzione di pervenire ad una sintesi dei meccanismi competitivi per l'affidamento, da un lato, e del divieto di aggravamento del procedimento amministrativo dall'altro lato, si è così tradotta nella modifica dell'art. 36, comma 2 e comma 3, che hanno (re)introdotta i meccanismi delle procedure negoziate per l'affidamento delle opere di urbanizzazione sotto soglia. Il bilanciamento si ritiene però raggiunto non esclusivamente grazie al richiamo allo strumento della negoziazione delle condizioni dell'appalto, ma più specificamente attraverso l'utilizzo come criterio di scelta del contraente quello della procedura competitiva con negoziazione. È proprio questo profilo procedimentale a presentare tratti innovativi rispetto alla previgente disciplina. La procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando creava infatti indubbi profili di tensione con la logica sovranazionale di affidamento dell'opera all'esito di una selezione competitiva, laddove invece nella disciplina attualmente in vigore, e in rinvio ai meccanismi della negoziazione del contenuto discrezionale dell'appalto, è data rinvenire una sinergia tra meccanismi concorrenziali e semplificazione nell'affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo.

[1] A ciò va aggiunto anche il c. 7-bis della norma in analisi, a mente del quale "Tra gli interventi di urbanizzazione primaria di cui al comma 7 rientrano i cavedi multiservizi e i cavidotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni, salvo nelle aree individuate dai comuni sulla base dei criteri definiti dalle regioni". Infine, con l'articolo 83 del . 1 agosto 2003, n. 259, il legislatore ha disposto che tra le opere di urbanizzazione primaria sono incluse le infrastrutture di comunicazione elettronica

per impianti radioelettrici e le opere relative.

[2] Le categorie di opere di urbanizzazione secondaria sono disciplinate dall'art. 16, c. 8, . n. 380/2001. Il legislatore ha infatti stabilito che "Gli oneri di urbanizzazione secondaria sono relativi ai seguenti interventi: asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie. Nelle attrezzature sanitarie sono ricomprese le opere, le costruzioni e gli impianti destinati allo smaltimento, al riciclaggio o alla distruzione dei rifiuti urbani, speciali, pericolosi, solidi e liquidi, alla bonifica di aree inquinate".

[3] Bini, *Determinazione delle opere di urbanizzazione e degli standard*, in *Urb. App.*, 2011, 350.

[4] Gastaldo, in *Le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto*, in *Riv. Giur. Edil.*, I, 2010, 25, riferendosi alle opere di urbanizzazione secondaria, sostiene che "non essendo indispensabili all'utilizzo immediato degli edifici da edificare, il comune può liberamente scegliere quando procedere alla loro realizzazione".

[5] In ordine alle differenze sostanziali tra oneri di urbanizzazione e costi di costruzione, sulle quali si rinvia a Dello sbarba, *Sulla natura dell'obbligazione propter rem del costo di costruzione*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2009, I, 226-230, ove l'A., analizzando la sentenza del Tar puglia, Sez. III, 11 settembre 2008, n. 2078, sostiene che il contributo afferente agli oneri di urbanizzazione svolge "la più precisa funzione di consentire il recupero delle spese sostenute dalla collettività locale in relazione alla trasformazione del territorio (e non di prestazione patrimoniale imposta) fondata - nell'ambito della cosiddetta urbanistica negoziata tra p.a. e privati - sullo scambio tra i benefici e/o i vantaggi ricevuti per effetto dell'urbanizzazione e il pagamento di determinate somme", mentre il costo di costruzione "è commisurato e parametrato alla superficie e alla tipologia dell'edificando fabbricato".

[6] Per tutti si veda Gastaldo, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo tra concorrenza e governo del territorio*, Edizioni ETS, Pisa, 2016, 102, ha affermato che "lo scomputo è una modalità alternativa al pagamento, volta ad estinguere il debito derivante dagli oneri concessori dovuti al Comune per il rilascio del titolo abilitativo".

[7] Si è largamente dibattuto della natura giuridica del contributo in esame, tra l'alternativa corrispettiva ovvero tributaria. Tra i maggiori esponenti della prima tesi, cfr. Viviani, *Il corrispettivo della concessione*, in AA. VV., *La nuova legge sui suoli*, Milano, 1977. Sposano, invece, la natura tributaria del corrispettivo, Quaglia, *L'onerosità della concessione edilizia*, Milano, 1993; Miscali, *Contributo di edificazione*, in *Dig. comm*, Torino, IV, 1991, 121; Cutrera, *Concessione edilizia e pianificazione urbanistica*, Milano, 1977.

[8] Alle oscillazioni della dottrina relative alla natura giuridica del contributo *de quo*, si oppone l'orientamento condiviso della giurisprudenza amministrativa che, sul punto, ha stabilito che il contributo per gli oneri di urbanizzazione è considerato alla stregua di un corrispettivo di diritto pubblico, posto a carico del costruttore a titolo di partecipazione ai costi delle opere stesse. Sul punto, cfr., Tar Campania, Napoli, Sez. VIII, 12 gennaio 2012, n. 108; Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 28 febbraio 2011, n. 485; Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 159; Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2002, n. 3268. *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2006, n. 2258, che sostiene: "Il contributo per oneri di urbanizzazione, anche se la più recente giurisprudenza ne ha escluso la natura tributaria, costituisce, comunque, un corrispettivo di diritto pubblico posto a carico del costruttore, connesso al rilascio della concessione edilizia, a titolo di partecipazione del concessionario ai costi delle opere di urbanizzazione in proporzione all'insieme dei benefici che la nuova costruzione ne ritrae"; ad avviso del Tar Toscana - Firenze, Sez. III, 11 agosto 2004, n. 3181, il contributo in questione svolge, pertanto, la funzione di permettere all'amministrazione comunale il recupero delle spese sostenute dalla collettività con riferimento alla trasformazione del territorio consentita al privato. In questo senso, cfr. Tar Campania - Salerno, Sez. II, 23 maggio 2003, n. 548. Quanto alla letteratura sul punto, su tutti, cfr. Manfredi, *Le opere di urbanizzazione. Ammissibilità dell'esecuzione diretta a scomputo del contributo*, nota a Cons. Stato, sez. V, n. 716, *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 1143, il quale, nel sostenere la natura di diritto pubblico del corrispettivo in analisi, afferma che "Il contributo fa partecipare l'attività privata all'impegno urbanizzatorio del Comune.

Ne discende che il privato che segue direttamente delle infrastrutture può svolgere un'attività veramente sostitutiva solo nella realizzazione di quelle opere che il Comune può e deve realizzare, e solo per queste è consentibile lo scomputo degli oneri dovuti".

[9] Si veda la pronuncia del Tar toscana - firenze, Sez. III, 12 dicembre 2013, n. 1718. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha sostenuto che l'esenzione totale o parziale dal pagamento degli oneri di urbanizzazione è espressione di un'attività discrezionale dell'amministrazione, che si conclude con un atto, anche di natura convenzionale, che determini non solo il tipo delle opere ammesse dal Comune alla realizzazione diretta da parte del privato, ma anche l'importo economico da scomputare, sottolineando altresì che l'esenzione in discorso non può mai derivare dall'autonoma scelta unilaterale del concessionario; in senso conforme, *ex multis*, Tar toscana - firenze, Sez. III, 1 luglio 2010, n. 2252; Tar campania - Salerno, Sez. II, 3 agosto 2006, n. 1118; Tar toscana - firenze, Sez. III, 14 settembre 2004, n. 3782.

[10] In tal senso, e sulla necessità di sottoporre comunque la realizzazione delle opere attraverso la procedura dello scomputo alla disciplina concorrenziale degli appalti pubblici, si richiama lo scritto di Manfredi, *Le opere di urbanizzazione. Ammissibilità dell'esecuzione diretta a scomputo del contributo*, *op. cit.*, 1141. L'A. sostiene che "Il pagamento di un'opera con la procedura dello scomputo dai contributi di urbanizzazione, è in ogni caso un'uscita dalla cassa comunale. Si deve ammettere che con questo espediente verbale, "scomputo in luogo di pagamento", si avalla il ricorso alla trattativa privata, e per di più si legittima una scorciatoia per evitare le normali procedure d'appalto soggette al controllo consigliere per lo stanziamento dei fondi e l'affidamento degli appalti. Non si pone in discussione il principio stabilito dall'art. 11 della legge n. 10 del 1977 e la sua formulazione, ma si ritiene necessario individuare a quali condizioni è ammissibile l'esecuzione diretta finalizzata allo scomputo. Se lo "scomputo" è ammesso a pieno titolo tra le procedure che giustificano la spesa, sia pure in particolari situazioni di opportunità, non può essere tuttavia sottratto alle regole che l'ordinamento prevede per la gestione ed il controllo della spesa pubblica". Si veda altresì Mandarino, *Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza*, in *Urb. App.*, 2008, 1367 ss.; Tanzarella, *Brevi osservazioni sull'obbligo di gara per le opere di urbanizzazione direttamente realizzate a scomputo del contributo*, in *Riv. Giur. Ed.*, 2003, 519 ss.; Simolo, *Realizzazione "a scomputo" delle opere di urbanizzazione e disciplina di evidenza pubblica*, in *Urb. App.*, 1999, 190.

[11] Secondo quanto sostenuto da Chimenti, Liguori, *Soggetti aggiudicatori privati*, in *Trattato sui contratti pubblici*, De nictolis - Garofoli - Sandulli (a cura di), in corso di pubblicazione, "L'esecuzione delle opere di urbanizzazione da parte del privato lottizzante viene così assoggettata all'appalto pubblico di lavori in considerazione di diversi elementi: la qualità di amministrazione aggiudicatrice degli enti procedenti (enti pubblici territoriali); la riconducibilità delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto, stante la loro idoneità funzionale a soddisfare le esigenze della collettività ed il pieno controllo dell'amministrazione competente sulla realizzazione delle opere medesime; la natura contrattuale del rapporto fra l'amministrazione comunale e il privato lottizzante; la natura onerosa di tale contratto, in virtù del fatto che l'amministrazione comunale, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 10/1977, e che, pertanto, il titolare della concessione edilizia o del piano di lottizzazione, attraverso la realizzazione diretta delle opere, estingue un debito di pari valore". Analogamente, si veda altresì Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici ed altri enti aggiudicatori*, in Perfetti (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2013, 456 ss.

[12] Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte Costituzionale, 28 marzo 2006, n. 129 in *Foro it.* 2007, I, 36 e 13 luglio 2007, n. 269 in *Foro amm. CDS*, 2007, 2029. Sul punto si è espressa altresì l'Autorità per la Vigilanza, con determinazione n. 4 del 2008, sostenendo che "è la stessa Corte Costituzionale, con la sentenza citata n. 129/2006, a ritenere assimilabili le fattispecie delle opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione a quelle derivanti in genere da accordi conclusi fra l'amministrazione e i privati, trattandosi pur sempre di fattispecie appartenenti alla cosiddetta urbanistica negoziata, nelle quali l'intervento si iscrive in un contesto pattizio tra amministrazione e privati. In entrambi i casi, infatti, si tratta di accordi a titolo oneroso che i privati proprietari stipulano con le amministrazioni e che sfociano nella realizzazione diretta degli

interventi necessari. [&] D'altro lato, ove si ritenessero non assimilabili le fattispecie in esame, si dovrebbe optare per la pedissequa applicazione della disciplina relativa alla scelta del contraente e ciò renderebbe concretamente non praticabile l'accordo complesso finalizzato alla trasformazione del territorio, con correlata disapplicazione della normativa di riqualificazione urbana e del territorio sopra richiamata".

[13] In ordine alla nozione di "urbanistica negoziata" si veda Cabiddu, *Il diritto del governo del territorio*, Giappichelli, Torino, 2016; Mantini, *Le trasformazioni del diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2014; Urbani, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Giappichelli, Torino, 2013; Stella Richter, *Diritto urbanistico, Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2012; Urbani, *Urbanistica solidale*, Bollati Boringhieri, 2011; Fioritto, *Urbanistica negoziata*, in Mazzarelli, *Fondamenti di diritto urbanistico*, Roma, 1996. Con specifico riferimento, invece, al tema delle convenzioni urbanistiche, su tutti, cfr. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, 1970, 752 ss.; tra gli altri, si veda Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992; Ferrara, *Gli accordi tra i privati e la Pubblica amministrazione*, 1985; Dalfino, *L'interesse pubblico nelle lottizzazioni edilizie*, 1981; Mazzarelli, *Le convenzioni urbanistiche*, Bologna, 1979; Costantino, *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti fra privati*, 1978.

[14] Secondo l'avviso della Corte nella sentenza causa 399/1998 del 12 luglio 2001, la Direttiva 93/37/CEE, 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 detta direttiva.

[15] Estremamente densa è la letteratura a commento della sentenza della Corte di Giustizia europea, Sez. VI, 12 luglio 2001, n. 399/1998, meglio nota come "Caso Bicocca". Per un verso, la dottrina maggioritaria ha interpretato la non applicabilità delle procedure ad evidenza pubblica alle opere di urbanizzazione a scomputo con valore inferiore alla soglia comunitaria proprio in quanto la Corte di Giustizia europea, con la pronuncia in analisi, avrebbe interpretato esclusivamente la direttiva 93/37/CEE. Sul punto, si veda Di Iena - Maltoni, *Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi*, in *Riv. giur. Urb.*, 2014, II, 233 ss.; Quaglia, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, V, 2001, 842 ss.; Marchegiani, *La normativa italiana in materia di urbanistica alla luce di una recente sentenza del giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, V, 2001, 852 ss. Altra parte della dottrina, che si ritiene di non poter condividere, sosteneva che la scelta dell'affidamento diretto trovasse giustificazione nella circostanza per la quale l'ordinamento nazionale, per l'esecuzione di opere a scomputo, già dettava una normativa derogatoria rispetto a quella prevista per le opere pubbliche. In questo senso, cfr. Cugurra, *Normativa comunitaria e opere di urbanizzazione*, in *Riv. giur. Urb.*, 2002, 199 ss., il quale sostiene altresì che esclusivamente per le opere "sopra soglia" sorgeva un contrasto tra la legislazione urbanistica e la direttiva comunitaria a tutela del principio di concorrenza, di talché da sostenere la disapplicazione della prima. Con riferimento, invece, alle opere con importo inferiore alla soglia comunitaria, non vi sarebbe stato alcun conflitto con la direttiva europea, trovando dunque applicazione la legislazione urbanistica nazionale. Secondo Gastaldo, in *Commenti le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto*, *op. cit.*, 29, "il riconoscimento da parte della Corte di giustizia della natura di opera pubblica agli interventi di urbanizzazione, dovrebbe, invece, comportare, come diretta conseguenza, l'obbligo dell'affidamento tramite gara a prescindere dal valore dell'offerta".

[16] Per una ricostruzione dell'attività svolta dai privati in qualità di stazione appaltante, cfr. Chimenti, Liguori, *Soggetti privati aggiudicatori*, *cit.*; Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici ed altri enti aggiudicatori*, *cit.*

[17] Sul punto, si è espressa l'AVCP, con Deliberazione del 3 maggio 2012, n. 46, la quale ha evidenziato come la novella introdotta con il comma 2-bis dell'art. 16 del d. n. 380/2001 abbia modificato il quadro normativo "palesando la chiara volontà del legislatore di differenziare il regime delle opere di urbanizzazione primaria di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario. Infatti, con il comma 2-bis, che ha sottratto dette opere all'ambito di applicazione del Codice dei contratti ("non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163"), il legislatore ha di fatto estromesso detta tipologia di lavori

dalla categoria delle opere pubbliche. Essendo del tutto sottratte all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, sembra corretto ritenere che le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia non possano concorrere al calcolo del valore stimato complessivo dell'appalto, ai sensi dell'art. 28 del Codice. In sostanza, il legislatore, tenendo conto della diversa funzione economica e tecnica delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 26 novembre 2009, n. 7432) ha inteso introdurre una separazione tra le due categorie di opere ai fini della determinazione della soglia di riferimento, determinando così l'estromissione delle opere di urbanizzazione primaria, quando di valore al di sotto della soglia di rilievo comunitario, dal calcolo del valore complessivo dell'appalto. Una diversa valutazione deve essere effettuata con riferimento al caso in cui il valore dell'insieme delle opere di urbanizzazione primaria è superiore alla soglia di rilievo comunitario, con conseguente necessario ricorso alla gara pubblica, mentre l'insieme delle opere di urbanizzazione secondaria non raggiunge detto valore. Applicando all'ipotesi in esame il criterio formulato nella determinazione n. 7/2009, che postula la valutazione cumulativa di tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria, sia le opere di urbanizzazione primaria che quelle di urbanizzazione secondaria sono da affidare nel rispetto delle procedure di evidenza pubblica di cui all'art. 55 del Codice (procedura aperta o ristretta), perché l'appalto, considerato nel suo complesso unitario, supera la soglia di rilievo comunitario".

[18] Per un commento alle modifiche apportate alla Legge Merloni, cfr., Bassani, *Quando i privati devono bandire gare pubbliche per l'esecuzione di opere di urbanizzazione*, in *Urb. App.*, 2003, 5.

[19] Non si condivide, con riferimento alla possibilità di esecuzione diretta a scomputo delle opere di urbanizzazione, quanto affermato da Gracili, Mele, *La direttiva comunitaria 93/37 sugli appalti pubblici e la realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione*, in *Riv. Giur. Edil.*, III, 2002, 169. Gli AA., dopo aver sostenuto che "L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione è dunque da considerare una modalità di pagamento dei relativi oneri, in coerenza con la previsione del legislatore italiano, che appare funzionale a soddisfare le esigenze della Pubblica Amministrazione e del terzo convenzionato e, di conseguenza, non può essere ricondotta al contratto oneroso di appalto regolamentato dalla Normativa comunitaria", afferma altresì che "La questione merita comunque un ulteriore approfondimento per la notevole rilevanza dei problemi da risolvere: da una parte l'esigenza di eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi tutelati dalle direttive CEE sugli appalti pubblici di lavori; dall'altra la necessità di applicazione della prima regola contenuta nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che enuncia il principio di natura generale al pacifico godimento della proprietà e, quindi, al libero esercizio dei diritti con questa strettamente connessi".

[20] Secondo Chimenti, Liguori, *Soggetti privati aggiudicatori*, in *op. cit.* emerge infatti "come l'affidamento diretto delle opere al privato costituisse, nelle intenzioni del legislatore, lo strumento attraverso il quale realizzare le infrastrutture necessarie ai nuovi insediamenti edilizi, in virtù della difficoltà dell'amministrazione competente ad effettuare in tempi adeguati l'iniziativa privata".

[21] Per una ricostruzione della sentenza della Corte di Giustizia europea 21 febbraio 2008, C-412/04, pp. 67-68, si veda la nota di Contessa, *La Corte di Giustizia fra indicazioni (tardive) sulla legge Merloni e spunti (tempestivi) sul codice dei contratti*, *Urb. App.*, 2008, 815.

[22] In senso analogo, cfr. Di Iena - Maltoni, *Pianificazione urbanistica e meccanismi competitivi*, *op. cit.*, affermano che "la Corte di Giustizia aveva stigmatizzato il fatto che il legislatore italiano non avesse previsto alcuna regola volta ad assicurare la trasparenza nell'affidamento di appalti pubblici inerenti alla realizzazione di opere di urbanizzazione di valore inferiore alla soglia europea, eseguite dal titolare di un permesso di costruire o di un piano di lottizzazione approvato, nel caso in cui fosse dimostrata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo".

[23] Il riferimento è al n. 163/2006.

[24] Sul punto, cfr. Damonte, *Le opere di urbanizzazione a scomputo nella "morsa" della disciplina comunitaria*, in *Riv. Giur. Edil.*, III, 2009, 111 ss.; Barbieri, *Lo scomputo delle opere di urbanizzazione dal contributo concessorio nel nuovo codice dei contratti pubblici e nel diritto comunitario*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, VI, 2007, 1271 ss.

- [25] In tal senso, Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici ed altri enti aggiudicatori*, in op. cit, 457; analogamente, cfr. laione, *L'ambito oggettivo e sogettivo*, in Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 204.
- [26] Analogamente, cfr. Damonte, *Le opere di urbanizzazione a scomputo nella "morsa" della disciplina comunitaria*, in op. cit., 114, il quale afferma espressamente che, con riferimento specifico alla primordiale formulazione dell'articolo 32 del Codice dei contratti pubblici, "La norma in questione ha palesato dunque alcuni profili di criticità, in relazione segnatamente alla disposizione in base alla quale il costruttore/promotore poteva esercitare il diritto di prelazione sull'aggiudicatario della gara senza essere qualificato per l'esecuzione delle opere, nonché alla previsione secondo cui il promotore poteva "bandire ed effettuare" la gara a base della quale porre il progetto preliminare delle opere di urbanizzazione".
- [27] In tal senso, Barbieri, *Lo scomputo delle opere di urbanizzazione dal contributo concessorio nel nuovo codice dei contratti pubblici e nel diritto comunitario*, in op. cit., 1271.
- [28] Cfr. articolo 2, comma 1, lettera f), . 31 luglio 2007, n. 113.
- [29] Sul punto De Nictolis, *Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urb. App.*, 2007, 1061, ritiene di non dover accogliere positivamente questa disposizione, nella misura in cui secondo l'A. il legislatore avrebbe provveduto a sovrapporre requisiti non necessariamente coincidenti, anticipando al momento della progettazione la dimostrazione, da parte del promotore, del possesso dei requisiti che, invece, nella disciplina del *project financing*, vanno analizzati solo in un momento successivo della negoziazione. *Contra*, Chimenti, Ferrari, *Quadro generale e singole categorie contemplate dall'art. 32 del codice dei contratti pubblici*, in De nictolis - Garofoli - Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I, Milano, 531 ss., hanno ritenuto di poter valutare positivamente la novella, nella misura in cui ritengono che il legislatore abbia svelato le differenze tra la figura *de quo* e il *project financing*.
- [30] In tal senso, ancora, Damonte, *Le opere di urbanizzazione a scomputo nella "morsa" della disciplina comunitaria*, in op. cit., 115.
- [31] Cons. Stato, Ad. gen., Parere del 6 giugno 2007, n. 1750, nel quale è stato sostenuto che "la locuzione 'correlate al singolo intervento edilizio assentito' se intesa in senso letterale, cioè riferita ad opere di urbanizzazione primaria strumentali soltanto al singolo edificio", attiene a una "fattispecie difficilmente rinvenibile in fatto, risultando obbiettivamente 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", prospettando altresì all'amministrazione "la valutazione dell'opportunità di un intervento correttivo, ipotizzabile sia nella espunzione della locuzione dal testo ovvero in una sua integrazione idonea a precisare la fattispecie", al fine di includere tra quelle realizzabili direttamente dal titolare del permesso di costruire anche le opere sotto-soglia "rapportabili ad un intervento edilizio maggiore di quello riferibile ad un solo edificio oggetto di singolo permesso di costruire quando il singolo intervento edilizio assentito si configuri come intervento complesso ma unitario, afferente, cioè, ad una fattispecie più ampia di quella del solo edificio in quanto distinto da unitaria funzionalità per il profilo edilizio-urbanistico".
- [32] Si ritengono opere "funzionalmente connesse" quelle ricomprese nell'ambito di interventi complessi, che riguardino un'area più estesa di quella del singolo edificio, ma che tendono a rendere quest'ultimo connesso con il tessuto urbanistico circostante.
- [33] Chimenti, Liguori, *Soggetti privati aggiudicatori*, in op. cit.
- [34] Acocella, *Amministrazioni aggiudicatrici ed altri enti aggiudicatori*, in op. cit, 460, sostiene inoltre che la formula introdotta dal legislatore sarebbe idonea a creare dubbi interpretativi "per il fatto di prestarsi, data la sua genericità, ad interpretazioni estensive".
- [35] La Commissione europea, nello specifico, segnala una serie di disposizioni che si porrebbero in contrasto con le direttive comunitarie del 2004 in materia di contratti pubblici, ed in particolare tra le "disposizioni del Codice che sollevano problemi di compatibilità con le direttive appalti pubblici", ad avviso della Commissione, rientrerebbero anche gli artt. 152 e segg. e

32, comma 2, lettera g) del . n. 163/2006, in quanto la prelazione attribuita dalle norme citate al promotore conferirebbe allo stesso una posizione di vantaggio che non si concilierebbe con la disciplina comunitaria in tema di parità di trattamento tra i soggetti partecipanti alle procedure concorsuali”, confermando le perplessità di cui si dava conto in precedenza (cfr. *supra*, nt. 24). Con riferimento all’oggetto dell’indagine che ci occupa, la Commissione “ricorda che le regole applicabili alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei contributi dovuti per il rilascio del permesso di costruire, precedentemente previste dalla legge 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’articolo 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”.

[36] Sul punto, cfr. Gastaldo, sempre in *Commenti le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto*, op. cit., 31; Traina, *La realizzazione delle opere di urbanizzazione: le principali problematiche applicative dopo il terzo correttivo del codice dei contratti pubblici*, in , IV, 2016; Villamena, *Scomputo degli oneri in cambio di opere. Il sinallagma funzionale pubblico-privato assorbito dall’evidenza pubblica*, in , IV, 2016.

[37] Cons. Stato, Sez. consultiva per gli atti normativi, parere 14 luglio 2008, n. 2357. Secondo quanto disposto nell’Adunanza generale, “non sembra corretto il riferimento alla figura del promotore, in quanto la fattispecie non riguarda il contratto di concessione di lavori. Anzi le opere di urbanizzazione sono interamente finanziate mediante gli oneri di concessione non corrisposti dal titolare del permesso di costruire; e quindi in sostanza con risorse pubbliche. Sicché il richiamo all’articolo 153 del Codice non appare pertinente. Quindi l’indizione della gara da parte dell’amministrazione deve avvenire con le modalità previste dall’articolo 55 del Codice medesimo. Inoltre sembra maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all’appalto di progettazione e esecuzione”.

[38] In tal senso, la sentenza della Corte di Giustizia 3 marzo 2005 C-21/03 e C-34/03 ha ritenuto non conforme una norma con cui non viene ammessa la presentazione di una domanda di partecipazione o la formulazione di un’offerta per un appalto pubblico di lavori, di forniture o di servizi, da parte di una persona chi sia stata incaricata della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo di tali lavori, forniture o servizi, senza che si conceda alla medesima la possibilità di provare che, nelle circostanze del caso di specie, l’esperienza da essa acquisita non ha potuto falsare la concorrenza.

[39] Determinazione AVCP n. 7 del 16 luglio 2009, inerente le “*Problematiche applicative delle disposizioni in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti*”.

[40] *Ibidem*, nella parte in cui i Giudici Amministrativi affermano che “l’indizione della gara da parte dell’amministrazione deve avvenire con le modalità previste dall’articolo 55 del Codice medesimo. Inoltre sembra maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all’appalto di progettazione e esecuzione”.

[41] Diversi sono gli autori che sposano la tesi che legittima la partecipazione del privato che ha presentato il progetto preliminare alla gara, in virtù del fatto che l’articolo 90, comma 8, del Codice del 2006 non si applicherebbe in quanto derogato dall’articolo 32, comma 1, lettera g) del medesimo testo. L’articolo 90, comma 8, dispone che “*Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono essere affidatari degli appalti o delle concessioni di lavori pubblici, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all’affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall’articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti*

dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti". Sul punto, cfr. Gisondi, *Convenzioni urbanistiche e disciplina degli appalti pubblici alla luce del terzo correttivo al . 163 del 2006*, in ; De nicolis, *Le novità del terzo e ultimo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2008, 1225 ss.; Gastaldo, in *Commenti le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto*, *op. cit.*, 32. In senso contrario, cfr. Villamena, *Scomputo degli oneri in cambio di opere*, in *op. cit.*; Giovannelli, Lastraioli, *Il nuovo regime di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri: problematiche e possibili soluzioni*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2008, 265 ss.

[42] Di recente, cfr. Cassazione civile, sez. II, 10/04/2018, n. 8798, la quale afferma che l'obbligo del privato di realizzare opere di urbanizzazione primaria con scomputo dei relativi costi da quelli di concessione, costituisce contenuto meramente eventuale di una convenzione urbanistica, in forza del quale l'esecutore dei lavori acquisisce la detenzione dell'area divenendo soggetto legittimato a proporre l'azione di spoglio verso i terzi. La clausola che prevede il suddetto scomputo conferisce al rapporto giuridico carattere di onerosità, e quindi natura di appalto pubblico, poiché comporta la rinuncia dell'amministrazione ai contributi concessori.

[43] Damonte, *Le opere di urbanizzazione a scomputo nella "morsa" della disciplina comunitaria*, in *op. cit.*, 118.

[44] Sul punto, *ex multis*, cfr. Gambardella, *Procedura negoziata senza bando e consultazioni preliminari di mercato. Intorno a una recente proposta di Linee Guida dell'ANAC*, in .

[45] In tal senso, cfr. Trga Trento, 5 dicembre 2012, n. 357, secondo cui la necessità che si tratti di soggetti "idonei" fin dal momento dell'invito, esclude la possibilità del ricorso all'istituto dell'avalimento ai fini della presentazione dell'offerta nell'ambito della gara ufficiosa.

[46] Con riferimento alla disposizione che si richiama, sembrerebbe utile sottolineare l'intervento del d.l. 23 ottobre 2008, n. 249, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n. 201. In particolare, con il decreto legge in esame, è stato aggiunto il comma 7-bis all'articolo 122, il quale dispone che "i lavori di importo complessivo pari o superiore a euro e inferiore a euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero".

[47] L'inserimento del legislatore del 2016 del riferimento ad "altri titoli abilitativi" costituisce un indubbio riflesso dei processi di semplificazione decisionale in materia edilizia. La materia, pur non costituendo oggetto di riflessione nel presente lavoro - sebbene sia indirettamente collegata -, merita di essere approfondita cercando di illustrare come il contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione sia collegato all'incremento del carico urbanistico e, quindi, a tutti gli interventi edilizi che lo determinano. Prima di soffermarsi sui titoli abilitativi in virtù dei quali sia possibile realizzare tali interventi, la semplificazione edilizia è un tema su cui il dibattito giuridico è animato da ormai un ventennio. Tra gli altri, si veda Sandulli, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. Giur. Edil.*, VI, 2013, 601 ss.; inoltre, Urbani, *La ristrutturazione leggera nel decreto del fare*, in *Urb. App.*, VI, 2014, 631 ss; De Pretis, *Semplificazione, urbanistica ed edilizia*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2007, 337 ss.; Morbidelli, *Modelli di semplificazione amministrativa nell'urbanistica, nell'edilizia, nei lavori pubblici (ovvero della strada verso una sostenibile leggerezza delle procedure)*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1998, 304 ss. Successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 133 del 12 settembre 2014, convertito con la legge n. 164 dell'11 novembre 2014 - meglio conosciuto come "Sblocca Italia", sulla semplificazione dei titoli edilizi e, più in generale, sulla disciplina edilizia, cfr. *Testo unico dell'edilizia*, Sandulli (a cura di), Giuffrè, 2015; più dettagliatamente, si veda Urbani, *Le modifiche al T.U. n. 380/2001 dopo la L. n. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica*, in *Giur. It.*, 2015, 234 ss. Infine, con riferimento al . n. 222 del 25 novembre 2016 - decreto SCIA 2 -, una ricostruzione dei titoli abilitativi che incidono sulla semplificazione edilizia viene effettuata da Boscolo, *I decreti attuativi della Legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. Giur. Edil.*, VI, 2016, 601 ss. Alla luce delle riforme che hanno

inciso sul Testo Unico dell'Edilizia, diversi sono dunque i titoli abilitativi – alternativi al permesso di costruire – in virtù dei quali sia consentita al privato la possibilità di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Anzitutto, ci si deve senza dubbio riferire alla SCIA alternativa permesso di costruire, disciplinato dall'art. 23 del TUE, il quale dispone espressamente che possono essere realizzati mediante SCIA *“gli interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione urbanistica qualora siano disciplinati da piani attuativi comunque denominati, ivi compresi gli accordi negoziali aventi valore di piano attuativo, che contengano precise disposizioni plano-volumetriche, tipologiche, formali e costruttive, la cui sussistenza sia stata esplicitamente dichiarata dal competente organo comunale in sede di approvazione degli stessi piani”*.

La disposizione, dunque, scioglie anche gli eventuali nodi interpretativi in relazione al controllo, da parte dell'amministrazione, sulla realizzazione dell'opera. In particolare, la circostanza che l'utilizzo della SCIA sia subordinato all'attuazione di Piani Urbanistici Attuativi – meglio noti come . – contenenti precise disposizioni tecniche, segue così una duplice direttrice: l'una, a favore dell'amministrazione, nel senso della predisposizione di atti che consentano un controllo adeguato sulle modalità di realizzazione dell'opera; l'altra, a favore del privato, di non dover attendere il controllo *ex ante* dell'amministrazione e, dunque, di poter intraprendere – nel caso di specie, eseguire – l'opera, essendo subordinato solo in un momento successivo al controllo doveroso dell'amministrazione. Sulla doverosità del controllo in caso di SCIA, Tuccillo, *Contribuito allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; con riferimento più generale al nuovo volto della SCIA, nel senso del controllo *ex post* del possesso dei requisiti da parte del privato, su tutti, cfr. Liguori, *Liberalizzazioni, diritto comune, responsabilità. I tre saggi del cambiamento amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017; inoltre, con riferimento all'articolo 22 del TUE, le opere di urbanizzazione a scomputo non rientrano tra gli interventi realizzabili attraverso SCIA. Tuttavia, il comma 4 estende l'operatività degli interventi *de quibus*, in quanto dispone che *“le regioni a statuto ordinario con legge possono ampliare o ridurre l'ambito applicativo delle disposizioni di cui ai commi precedenti”*. Sulla nuova disciplina della SCIA edilizia, cfr. Tuccillo, *La . edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e la ragione dei privati*, in *Riv. Giur. Edil.*, I, 2016, 141 ss.

Dalla lettura del TUE, anche il permesso di costruire convenzionato, disciplinato dall'articolo 28-bis, risulta essere un ulteriore titolo – sempre alternativo rispetto all'ordinario permesso di costruire – che consente la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, e ciò trova espressa conferma al comma 3 della disposizione in esame, la quale dispone che *“sono soggetti alla stipula di convenzione [&] la realizzazione di opere di urbanizzazione”*. La *ratio* sottesa alla disposizione emerge dal comma 1 dell'articolo 28-bis, laddove il legislatore afferma che *“qualora le esigenze di urbanizzazione possano essere soddisfatte con una modalità semplificata, è possibile il rilascio del permesso di costruire convenzionato”*; l'approvazione – e la successiva stipula – della convenzione è subordinata, come emerge dal comma 2 della disposizione in analisi, all'approvazione del consiglio comunale nella quale sono indicati gli obblighi che il privato intende assumere al fine del soddisfacimento di un interesse pubblico. Anche tale disposizione sembra sciogliere i dubbi in relazione al controllo dell'amministrazione con riferimento all'opera di urbanizzazione eseguita direttamente dal privato, atteso che la stipula della convenzione viene subordinata ad una preventiva approvazione del consiglio comunale circa gli obblighi del privato e l'interesse pubblico da perseguire. In tal senso, come sostenuto anche da Urbani, *Le modifiche al T.U. n. 380/2001 dopo la L. n. 164/2014 tra semplificazione edilizia e deroghe alla disciplina urbanistica*, op. cit., 237, la disposizione risulta costituire un ulteriore tassello che il legislatore ha voluto aggiungere nel senso di una disciplina volta al consolidamento di modelli urbanistici semplificati. Tali soluzioni sembrerebbero bilanciare – e dunque soddisfare – diversi interessi in relazione alla realizzazione dell'opera. In primo luogo, e secondo quanto disposto dal legislatore, viene soddisfatto l'interesse pubblico a che venga realizzata una determinata opera di urbanizzazione; successivamente, viene realizzato l'interesse del privato ad accedere a modelli di realizzazione dell'opera semplificati; infine, sono sciolti i dubbi in relazione al controllo delle amministrazioni sull'opera da realizzare, che viene effettuato dal Consiglio comunale, il quale approva la convenzione disponendo gli obblighi di cui il privato dovrà tener conto.

Infine, interessante è anche il caso dell'art. 17, comma 4 del TUE, che riferisce il pagamento dei contributi di costruzione

anche alla manutenzione straordinaria – ampliata recentemente al frazionamento – ove comporti aumento della superficie calpestabile, commisurando il contributo in esame all’incidenza delle sole opere di urbanizzazione. Per un commento sulle novità in tema di contributo di costruzione – dalle quali emerge come lo stesso sia volto a favorire il recupero ed il riuso del patrimonio edilizio esistente, e non anche alle nuove costruzioni – cfr. G. Mari, *Disciplina edilizia e sviluppo sostenibile nel recente decreto “Sblocca Italia”*, in Trupiano (a cura di), *Territori, governance, sviluppo sostenibile. Prospettive italiane ed europee*, Diogene, Campobasso, 2015, 78 ss.

[48] I criteri di valutazione dell’idoneità dei soggetti invitati a partecipare alla procedura negoziata sono indicati nella delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 – Linee Guida n. 4, di attuazione del . 18 aprile 2016, n. 50, recanti *“Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*.

[49] La versione originaria dell’art. 36, c. 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici impone alla procedura negoziata in due casi:

b) per affidamenti di importo pari o superiore a euro e inferiore a euro per i lavori, o alle soglie di cui all’articolo 35 per le forniture e i servizi, previa consultazione individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l’acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati;

c) per i lavori di importo pari o superiore a euro e inferiore a di euro, mediante la procedura negoziata di cui all’articolo 63 con consultazione di almeno dieci operatori quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati.

[50] Il riferimento è circoscritto, ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lett. b), agli affidamenti di importo pari o superiore a  $\rightarrow$  e inferiore a  $\rightarrow$  per i lavori.

[51] Ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lett. c), l’invito è rivolto a quindici operatori economici per l’affidamento dei lavori con importo pari o superiore a  $\rightarrow$  e inferiore a  $\rightarrow$  .

[52] Sul punto, si vedano le Linee Guida dell’ANAC, n. 4, recanti *“Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”*.

[53] Esposito, *Oggetto e ambito di applicazione*, in Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Commentario di dottrina e giurisprudenza*, UTET, Vicenza, 2017, 14

[54] Già nel considerando (14) della Direttiva 2004/18/CE era stato previsto che “in alcuni Stati si sono sviluppate tecniche di centralizzazione delle committenze. Diverse amministrazioni aggiudicatrici sono incaricate di procedere ad acquisti o di aggiudicare appalti pubblici/stipulare accordi quadro destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici. Tali tecniche consentono, dato il volume degli acquisti, un aumento della concorrenza e dell’efficacia della commessa pubblica. Occorre pertanto prevedere una definizione comunitaria di centrale di committenza destinata alle amministrazioni aggiudicatrici. Occorre altresì fissare le condizioni in base alle quali, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento, le amministrazioni aggiudicatrici che acquistano lavori, forniture e/o servizi facendo ricorso ad una centrale di committenza possono essere considerate come aventi rispettato le disposizioni della presente direttiva”. Di talché, sia nell’ottica di un processo di riforme improntato su principi concorrenziali, sia in quella di migliorare la qualità delle commesse pubbliche, la direttiva ha previsto la facoltà di ricorrere a modelli di acquisto centralizzati.

---

Note