

Determinazione n. 7 del 16 Luglio 2009

Problematiche applicative delle disposizioni in materia di opere a scampo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti.

Premessa

Sono pervenuti all'Autorità numerosi quesiti interpretativi in merito alle problematiche applicative della nuova disciplina delle opere a scampo degli oneri di urbanizzazione introdotta nel D. lgs. n. 163 del 12/04/2006 (d'ora innanzi "Codice") dal D. lgs. 152/2008 (cd. terzo decreto correttivo). Stante la complessità del tema, l'Autorità ha deliberato di adottare un atto a carattere generale contenente indicazioni applicative relativamente alla disciplina delle opere a scampo degli oneri di urbanizzazione. A tal fine sono state svolte due audizioni in data 9 e 24 giugno 2009 con gli operatori del mercato e le amministrazioni competenti ed i rappresentanti della conferenza dei Presidenti delle Regioni.

Il quadro giuridico - normativo

1. La materia delle opere a scampo degli oneri di urbanizzazione è stata negli ultimi anni ripetutamente oggetto di intervento da parte del legislatore nazionale nella materia degli appalti pubblici, dalla legge Merloni - *quater* al Codice dei Contratti (questo ultimo con tre discipline diverse); e ciò a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia con la sentenza 12 luglio 2001 C 399 /1998, "Scala 2001".

La regolamentazione dell'istituto delle opere di urbanizzazione a scampo risale alla normativa in materia urbanistica, secondo la quale la realizzazione di tali opere condiziona il rilascio del permesso di costruire. L'articolo 31 della legge 1150/42 (ora art. 12 del DPR 6 giugno 2001, n. 380 -Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) stabilisce, infatti, che il rilascio della concessione edilizia è in ogni caso subordinato all'esistenza delle opere di urbanizzazione primaria o alla previsione, da parte dei Comuni, dell'attuazione delle stesse nel successivo triennio o all'impegno dei privati di procedere all'attuazione delle medesime contemporaneamente alle costruzioni oggetto della concessione. Si può, pertanto, affermare che la preventiva, necessaria, urbanizzazione delle aree in funzione delle costruzioni edilizie costituisca un principio fondamentale che la normativa urbanistica italiana ha progressivamente consolidato (legge 1150/1942; legge 765/1967; legge 10/1977, DPR 380/2001); non diversamente hanno disposto le diverse leggi regionali, sulle quali, peraltro, la presente analisi non si sofferma espressamente.

L'obbligo di pagare gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria in caso di esecuzione di un certo tipo di opere edilizie è sorto con l'entrata in vigore della legge 6 agosto 1967 numero 765 (articolo 8), al quale si è aggiunto quello inerente il contributo commisurato al costo di costruzione con l'articolo 6 della legge 28 gennaio 1977, numero 10 (la cosiddetta legge Bucalossi). Queste disposizioni sono state tutte trasfuse nell'articolo 16 del Testo unico sull'edilizia che, ai commi 7,7-Bis e 8 del DPR n. 380/2001, stabilisce la suddivisione in oneri di urbanizzazione primaria e secondaria. Il rilascio del permesso di costruire da parte di una amministrazione comporta, pertanto, per il privato "la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione" (art. 16, comma 1, del DPR n. 380/2001). Come sostenuto dalla giurisprudenza, gli oneri di urbanizzazione sono dovuti "in ragione dell'obbligo del privato di partecipare ai costi delle opere di trasformazione del territorio" (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 159).

Il legislatore ha previsto con l'art. 11, primo comma, della legge n. 10/77, ora trasfusa con modifiche nell'art. 16, comma 2 del Testo Unico dell'edilizia, la possibilità di scomputare la quota del contributo relativa agli oneri di urbanizzazione, nel caso in cui il titolare del permesso di costruire o attuatore del piano si obblighi a realizzarle direttamente. Tra l'operatore privato e l'amministrazione viene stipulata una convenzione che accede al permesso di costruire nella quale vengono regolate le opere da realizzare, i tempi, le modalità della loro esecuzione, la loro valutazione economica e le garanzie dell'adempimento, imprimendo così una connotazione negoziale al rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato. Lo stesso art. 16 sopra citato stabilisce, poi, che le opere così realizzate sono acquisite al patrimonio indisponibile del Comune. La *ratio* dell'istituto, che ha avuto una vasta applicazione nella pratica, va individuata nella possibilità offerta all'amministrazione locale di dotarsi di opere di urbanizzazione senza assumere direttamente i rischi legati alla loro realizzazione.

Come, quindi, previsto dall'art. 16, comma 2, del DPR 380/2001, il privato attuatore del piano e/o titolare del permesso di costruire, debitore del versamento degli oneri di urbanizzazione, può adempiere all'obbligo costituito dal pagamento del contributo relativo agli oneri di urbanizzazione

mediante l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione.

2. Su tale assetto normativo è intervenuta la citata pronuncia della Corte Europea "Scala 2001" che ha affermato «La direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, n. 93/37/CE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste da tale direttiva, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi». La Corte di Giustizia ha precisato che «Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre concludere che la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione secondo le condizioni e le modalità previste dalla normativa italiana in materia urbanistica costituisce un "appalto pubblico di lavori" ai sensi della direttiva» (punto 97). In sostanza, la Corte ha sostenuto che le opere di urbanizzazione sono da ritenere pubbliche sin dalla loro origine (quindi anche se eseguite su proprietà privata e se formalmente di proprietà privata prima del passaggio al patrimonio pubblico); la realizzazione delle opere in luogo del loro pagamento conferma la natura patrimoniale del contratto, con riflessi sui pubblici interessi.

A seguito di tale pronuncia, dopo la circolare 18 dicembre 2001, n.462 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, il legislatore italiano è intervenuto più volte cercando di contemperare le finalità ed i principi della normativa nazionale con i principi enunciati dalla Corte di Giustizia.

Venne modificato, dapprima, l'art.2, comma 5, della legge. n.109/94, introducendo l'obbligo, per i privati che si fossero impegnati realizzare opere a scomputo, di affidare le stesse nel rispetto delle procedure di gara previste dalla direttiva 93/37/CEE. Tale obbligo, tuttavia, era limitato al caso (raro) in cui le singole opere di urbanizzazione superavano la soglia comunitaria.

Con l'approvazione del codice dei contratti il quadro normativo si è evoluto nella direzione di un più esteso assoggettamento delle opere a scomputo alle procedure di evidenza pubblica.

La Corte Costituzionale con sentenza 28 marzo 2006, n. 129 e con sentenza 13 luglio 2007, n. 269 ha affermato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali che non prevedono l'obbligo di affidamento mediante procedure di evidenza pubblica, di tutti i lavori infrastrutturali di interesse generale, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

L'Autorità con la determinazione n. 4 del 2008 ha esteso la portata dell'articolo 32, comma 2, lettera g), del Codice dei contratti a tutti i piani urbanistici e agli accordi convenzionali, comunque denominati, stipulati tra privati e amministrazioni (cosiddetti "accordi complessi", compresi gli accordi di programma) che prevedano l'esecuzione di opere destinate a confluire nel patrimonio pubblico, con la sola eccezione di "accordi complessi" stipulati in seguito a procedura di evidenza pubblica originaria per la scelta del privato sottoscrittore dell'accordo, nel qual caso non è richiesta una gara di "secondo livello" per la scelta dell'esecutore delle opere.

Il legislatore è da ultimo intervenuto sulla materia con il D. lgs. n. 152/2008, cd. terzo decreto correttivo che, in linea generale, introduce due novità fondamentali:

a) non c'è più alcuna distinzione tra opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria, unificate sotto la medesima disciplina;

b) tutte le opere, a prescindere dal loro importo (inferiore, pari o superiori alla soglia comunitaria), sono ricondotte nella disciplina del Codice dei contratti e differenziate, in base all'importo, esclusivamente sotto il profilo della procedura applicabile.

Le questioni controverse

3. Dubbi interpretativi sono stati sollevati nei quesiti pervenuti all'Autorità e nelle osservazioni emerse nel corso delle audizioni.

Con riguardo alle opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria all'art. 32, comma 1, lett. g) dispone l'applicazione dei Titoli I, IV e V del Codice, ai "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 d.P.R.6 giugno 2001, n.380, e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste 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".

La disciplina sopra riportata, per le opere a scomputo sopra soglia, prevede quindi sia l'ipotesi della gara indetta dal privato per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, sia l'ipotesi dell'esercizio da parte dell'amministrazione delle funzioni di stazione appaltante. Infatti, la norma dispone che l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che il soggetto che richiede tale permesso presenti con la relativa istanza un "progetto preliminare" delle opere da eseguire, allegando lo schema del contratto di appalto; sulla base di tale progetto l'amministrazione potrà quindi indire una gara. In sostanza, quando il privato sceglie di eseguire opere di urbanizzazione invece di pagare i relativi oneri, si può prevedere che lo stesso gestisca interamente la procedura ovvero che una parte del procedimento (la gara) sia da gestita dall'amministrazione.

Occorre, anzitutto, analizzare il profilo soggettivo della disciplina in questione. Al riguardo, si può ritenere che l'articolo 32, comma 1, lett. g), configuri una titolarità "diretta" della funzione di stazione appaltante in capo al privato titolare del permesso di costruire (ovvero titolare del piano di lottizzazione o di altro strumento urbanistico attuativo contemplante l'esecuzione di opere di urbanizzazione), che, in quanto "altro soggetto aggiudicatore", è tenuto ad appaltare tali opere a terzi, nel rispetto del Codice. La disciplina delle opere di urbanizzazione "e scomputo" è infatti inserita nell'articolo 32 che identifica l'ambito soggettivo di applicazione del Codice dei Contratti, indicando le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti aggiudicatori tenuti all'applicazione di tale disciplina. E, quindi, lo stesso Codice ad individuare l'esecutore delle opere a scomputo quale diretto destinatario, al pari degli altri soggetti privati di cui alla lettera d), della normativa sulle gare pubbliche. Di conseguenza, il privato, in qualità di stazione appaltante, è esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento e di esecuzione delle opere di urbanizzazione, fermi restando i poteri di vigilanza e di controllo che spettano all'amministrazione e che, tra l'altro, comportano l'approvazione del progetto in linea tecnica ed economica e delle eventuali varianti in corso di esecuzione e la possibilità di chiedere al privato informazioni circa le modalità di svolgimento della gara d'appalto.

Il quadro degli strumenti di vigilanza può essere definito nell'ambito della convenzione urbanistica o altro atto, pattizio o unilaterale, d'obbligo in relazione all'attuazione dello strumento urbanistico.

Per l'individuazione dell'appaltatore, il privato dovrà applicare le medesime norme cui è tenuta l'amministrazione quando affida l'esecuzione di lavori pubblici di corrispondente tipologia ed importo, escluse le sole disposizioni specificatamente indicate dall'articolo 32, comma 2, secondo il quale non si applicano gli articoli 63, 78, comma 2, 90, comma 6, 92, 128. Trovano, quindi, applicazione, ad esempio, le procedure di gara previste dal Codice (procedura aperta o ristretta e, solo nei casi tassativamente indicati dagli artt. 56 e 57, la procedura negoziata) le norme sulla pubblicità (artt. 66 e 67, quelle sul rispetto dei termini (artt. 70 - 72), sui requisiti di partecipazione (artt. 38-49), la cauzione provvisoria (art. 75), i criteri di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa, artt. 81-84), la disciplina delle offerte anomale (artt. 86-88), la corresponsione del contributo all'Autorità, le comunicazioni obbligatorie all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. Va ricordato, inoltre, che anche su tali appalti l'Autorità esercita i propri compiti e poteri di vigilanza.

Il contenuto del contratto d'appalto è invece determinato dal privato che agisce in qualità di stazione appaltante ai sensi degli articoli 1322 e 1323 del codice civile ed è disciplinato dalle norme del diritto civile, nel rispetto delle disposizioni contenute nella convenzione urbanistica, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e delle disposizioni sulla procedura di gara (ad esempio la normativa antimafia, la normativa sulla sicurezza nei cantieri) fermo restando che è sempre ammissibile il rinvio alla disciplina pubblicistica dell'appalto di lavori, almeno con riguardo alle varianti, alle garanzie.

4. Si deve, poi, tenere presente che, per quanto riguarda l'esecuzione dei lavori, ai sensi dell'articolo 32, comma 2, si applicano le norme che disciplinano il collaudo al fine di garantire la corretta esecuzione del contratto. Ciò può interpretarsi, coerentemente con quanto già affermato dall'Autorità nella determinazione n. 2 del 2009, nel senso che spetta alla stazione appaltante privata la nomina dei collaudatori, mentre va riservato all'amministrazione, nell'ambito della funzione di vigilanza, il potere di approvare gli atti di collaudo, dal momento che le opere realizzate devono essere cedute all'amministrazione e confluire nel patrimonio pubblico. Tale assetto va disciplinato dalla convenzione urbanistica che può prevedere, ad esempio, al fine di garantire l'interesse pubblico ad una corretta esecuzione delle opere di urbanizzazione, che fino alla data di approvazione del collaudo rimangono in vigore le garanzie prestate dal privato all'esatto adempimento della realizzazione delle opere.

La gara può avere ad oggetto la sola esecuzione ovvero la progettazione e l'esecuzione dei lavori. Si deve tenere presente che, ai sensi dell'articolo 253, comma 1 - *quinques* del Codice, l'articolo 53 si applica ai bandi pubblicati dopo l'entrata in vigore del regolamento ex art.5. Di conseguenza, ai sensi del suddetto articolo, fino all'entrata in vigore del regolamento, si continuano ad applicare le disposizioni dell'art. 19 (appalto integrato: gara sul progetto definitivo) e 20 della legge 109/94

(appalto concorso, gara sul progetto preliminare).

Non si ritiene ammissibile la partecipazione alla gara del titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico attuativo, anche qualora sia un'impresa qualificata ex art. 40 del Codice, per evidenti ragioni di conflitto di interesse tra il ruolo di stazione appaltante e di concorrente alla gara, né si ritiene ammissibile una partecipazione indiretta attraverso soggetti con i quali sussistano rapporti di controllo ex art. 2359 c.c. o tali da configurare un unico centro decisionale.

5. Si pone, poi, il problema di stabilire se degli eventuali risparmi di spesa, ad esempio per ribasso del prezzo a base d'asta ottenuto in sede di gara, debba beneficiare il privato titolare del permesso di costruire che ha assunto l'obbligo di realizzare l'opera a scomputo, ovvero l'amministrazione locale. Se si muove dal presupposto sopra delineato che il privato adempie all'obbligo eseguendo la diversa prestazione della realizzazione delle opere, si può concludere che gli eventuali ribassi debbano rimanere nella disponibilità del privato, così come eventuali costi aggiuntivi sono a carico dello stesso secondo una logica di rischio imprenditoriale. In sostanza, fatte salve pattuizioni diverse in sede di convenzione urbanistica, il costruttore adempie compiutamente il proprio obbligo con la realizzazione dell'opera a regola d'arte ed il suo trasferimento al Comune, con la conseguenza che l'eventuale risparmio sui costi dell'esecuzione dell'opera stessa rispetto al valore stimato ex ante ai fini dello scomputo degli oneri, come anche gli eventuali costi aggiuntivi, rimane irrilevante per l'amministrazione.

6. Si pone, inoltre, la questione dell'individuazione del valore di riferimento sia ai fini della determinazione dell'importo degli oneri da scomputare, sia per accettare il superamento della soglia di rilievo comunitario. Si ritiene che il valore delle opere su cui commisurare l'importo degli oneri da scomputare sia costituito dal quadro economico del progetto presentato dal privato (ai sensi dell'articolo 17 del DPR n. 554/99) ed approvato dall'amministrazione.

Per quanto riguarda l'individuazione della soglia di valore, secondo quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 21 febbraio 2008 (C-412/2004), l'importo di stima che deve essere considerato è rappresentato dal valore globale dei differenti lavori, sommando i valori dei diversi lotti, qualora le opere da realizzare siano suddivise in lotti, fatta salva l'applicazione della regola prevista dall'articolo 29, comma 7, lett. c) del Codice. Devono dunque essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, la cui esecuzione è in capo al singolo titolare del permesso di costruire. Rimane comunque possibile, ove esigenze temporali o tecniche lo richiedano, l'effettuazione di distinte gare d'appalto, fermo restando che la normativa di riferimento è individuata in base all'importo complessivo delle opere da appaltarsi. Si deve tenere presente, inoltre, che l'articolo 29, comma 4, vieta il frazionamento dell'appalto solo laddove lo stesso sia artificiosamente finalizzato ad evitare l'applicazione delle norme comunitarie.

7. La seconda procedura indicata dall'articolo 32, comma 11, lett. g) del Codice per la realizzazione delle opere a scomputo, prevede che il privato:

- a) presenti un "progetto preliminare" ;
- b) indichi il termine massimo per l'esecuzione dei lavori;
- c) depositi un schema di contratto di appalto.

L'Amministrazione procede in qualità di stazione appaltante ad indire una gara per l'affidamento in appalto, mediante procedura aperta o ristretta, dei lavori definiti nel progetto preliminare. Per partecipare alla gara i concorrenti debbono presentare, oltre all'offerta economica, il progetto definitivo delle opere di urbanizzazione, e l'offerta deve indicare distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva e quella esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, nonché per gli oneri della sicurezza. Si tratta dell'appalto previsto dall'articolo 53, comma 2, lett. c) del Codice che, come sopra ricordato, è attualmente sospeso, ma essendone il contenuto sostanziale riprodotto nell'articolo 32, si può ritenere applicabile alla fattispecie in esame.

Per quanto riguarda la qualificazione del concorrente, poiché l'oggetto dell'appalto è la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, si ritiene che lo stesso deve possedere i requisiti per i progettisti, ovvero avvalersi di progettisti qualificati per la progettazione, ai sensi dell'articolo 53, comma 3. del Codice dei contratti.

Dal momento che deve essere valutato in sede di offerta il progetto definitivo, ne discende la necessità di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo quanto previsto dagli articoli 83 e 84 del Codice. L'amministrazione potrà utilizzare la procedura aperta o ristretta, fermo restando che l'articolo 55, comma 2, del Codice prevede che le stazioni appaltanti utilizzino di preferenza la procedura ristretta quando il contratto non ha per oggetto la sola esecuzione.

8. Con riguardo alla procedura in esame ci si è chiesto, poi, se il privato (attuatore del piano o titolare del permesso di costruire) vi possa prendere parte o debba invece essergli interdetta la

partecipazione. Al riguardo, se da un parte si deve fare riferimento alla regola sancita dall'art. 90, comma 8, del Codice, per cui "gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione ", dall'altra tale regola appare di stretta interpretazione in quanto limitativa della libertà di iniziativa dei privati (cfr. anche la sentenza della Corte di Giustizia 3 marzo 2005 C-21/03 e C-34/03 che 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). Quindi, 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.

All'esecuzione delle opere realizzate a scomputo con la procedura dell'appalto di progettazione ed esecuzione indetta dall'amministrazione si applica il disposto dell'art. 32, comma 2, in base al quale l'esecuzione del contratto per i lavori affidati ai sensi della lettera g) del comma 1 è regolata dal Codice unicamente per quanto attiene al collaudo dell'opera. La norma non distingue, infatti, tra le due ipotesi alternative di affidamento previste.

Sulla base della previsione sopra ricordata si deve considerare ammissibile la stipula del contratto di appalto da parte del privato titolare del permesso di costruire con l'impresa esecutrice dei lavori. Tale soluzione risulta del resto coerente con la circostanza che la disposizione in esame disciplina la realizzazione di lavori a scomputo da parte del privato titolare del permesso di costruire identificando così in tale soggetto il committente di tali opere.

9. L'articolo 122, comma 8, del Codice dispone che le opere di urbanizzazione di importo inferiore ad euro 5.150.000 sono affidate mediante la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, cioè mediante procedura negoziata, senza preventiva pubblicazione di bando, individuando almeno cinque operatori economici, adeguatamente qualificati, da invitare simultaneamente a presentare offerta. Il rinvio operato dall'articolo 122, comma 8, all'articolo 32, richiama le due distinte modalità di realizzazione delle opere a scomputo previste dalla norma citata ovvero:

a) il privato titolare del permesso di costruire applica per la realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, del Codice;

b) la pubblica amministrazione acquisisce dal privato titolare del permesso di costruire il progetto preliminare e bandisce la gara per la realizzazione delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione e procede applicando la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, del Codice.

La disposizione rientra, infatti, nel Titolo I della Parte II del d. lgs. n. 163/2006, introdotto dall'art. 121, il quale stabilisce che ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano, oltre alle disposizioni della parte I, della parte IV e della parte V, anche le disposizioni della parte II, in quanto non derogate dalle norme dello stesso titolo. Le previsioni definite dall'art. 122, comma 8, del Codice hanno quindi natura derogatoria rispetto al quadro di disciplina complessiva delle procedure di gara stabilito nella parte II e nello stesso art. 122.

10. Si pone, altresì, la questione delle regole che deve seguire il privato per l'affidamento della progettazione, problematica che riguarda tutte le procedure previste per la realizzazione delle opere a scomputo.

Al riguardo, in linea generale, le ragioni individuate dalla giurisprudenza comunitaria per l'applicazione delle regole della gara pubblica sembrano valide anche per l'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura. Se da un parte, infatti, l'articolo 32, lett. g), si riferisce ai "lavori pubblici" realizzati a scomputo, dall'altra il comma 2 dell'articolo 32 esclude per le opere a scomputo la sola applicazione dell'art. 90, comma 6, e l'art. 92 e non l'art. 91 sull'affidamento della stessa. Qualora, tuttavia, non sussista, né il presupposto contrattuale né il carattere di onerosità della prestazione poiché il valore della progettazione non è compensato con gli oneri di urbanizzazione in quanto predisposto in un momento antecedente alla stipula della convenzione urbanistica, non sembra possano ricorrere i principi che impongono la gara. Se il costo del "progetto preliminare" va, invece, a scomputo degli oneri di urbanizzazione, evidentemente lo stesso deve essere affidato nel rispetto delle procedure dell'articolo 91 del Codice. Qualora il privato intenda realizzare le opere mediante un contratto di sola esecuzione (art. 53, comma 2, lettera a), la progettazione definitiva e la progettazione esecutiva, poiché redatte a cura del titolare del permesso di costruire dopo il rilascio del permesso di costruire o dopo la stipula della convenzione urbanistica, vanno affidate a progettisti ai sensi dell'art. 91 del Codice.

11. Infine, il D. lgs. 152/2008 non contiene alcuna disposizione volta a delineare il regime transitorio

delle opere di urbanizzazione a scomputo, contrariamente a quanto fatto con la versione originaria del Codice che, invece, in ordine alle opere di urbanizzazione secondarie sotto soglia comunitaria, aveva previsto specifiche norme

In assenza di disposizioni transitorie specifiche, per disciplinare i rapporti giuridici pendenti (cioè già sorti sotto il vigore della legge precedente ma non ancora esauriti nel momento in cui entra in vigore quella nuova) occorre fare riferimento ai principi generali in materia di successione delle leggi nel tempo ed in particolare a quello del *tempus regit actum*, di cui all'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile. Pertanto, le procedure avviate con la pubblicazione del bando in vigore del precedente regime possono proseguire e restano insensibili alla disciplina introdotta dal terzo decreto correttivo.

La questione appare particolarmente rilevante per le opere di urbanizzazione primaria a scomputo d'importo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto in questo caso si passa da un regime di affidamento "diretto" ad una procedura negoziata che, seppur non preceduta dalla pubblicazione di un bando, è caratterizzata dall'invito rivolto ad almeno cinque potenziali concorrenti. Si ritiene, al riguardo, che occorra fare riferimento alla stipula della convenzione urbanistica, quale momento in cui si sostanzia l'accordo di volontà tra il Comune ed il titolare del permesso di costruire o del piano urbanistico, che contiene anche l'impegno del privato a realizzare a propria cura e spese le opere di urbanizzazione.

Sulla base di quanto sopra considerato

il Consiglio

Ritiene che:

1. l'articolo 32, comma 1, lett. g), primo periodo, del Codice configura una titolarità "diretta", ex legge, della funzione di stazione appaltante in capo al privato titolare del permesso di costruire (ovvero titolare del piano di lottizzazione o di altro strumento urbanistico attuativo contemplante l'esecuzione di opere di urbanizzazione) che in quanto "altro soggetto aggiudicatore" è tenuto ad appaltare le opere di urbanizzazione a terzi nel rispetto della disciplina prevista dal Codice e, in qualità di stazione appaltante, è esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento e di esecuzione delle opere di urbanizzazione primarie e secondarie, ferma restando la vigilanza da parte dell'amministrazione consistente, tra l'altro, nell'approvazione del progetto e di eventuali varianti;
2. gli eventuali risparmi di spesa rimangono nella disponibilità della stazione appaltante privata, così come eventuali costi aggiuntivi sono a carico dello stesso privato;
3. il collaudo, come già affermato nella determinazione n. 2 del 25 febbraio 2009, costituisce attività propria della stazione appaltante e, quindi, del soggetto privato titolare del permesso di costruire, ferma restando la funzione di vigilanza da parte dell'amministrazione che va esplicata nell'approvazione degli atti di collaudo;
4. nell'ipotesi in cui, ai sensi dal secondo periodo dell'art.32, comma 1, lett. g) del Codice, la gara sia bandita dall'amministrazione pubblica, non è preclusa la partecipazione alla stessa del privato titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo) purché qualificato ex art. 40 del Codice e purché non abbia direttamente curato la redazione della progettazione preliminare;
5. nell'ipotesi di cui al punto 4, il contratto d'appalto viene stipulato dal titolare del permesso di costruire (o del piano urbanistico attuativo);
6. l'affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria, secondo quanto previsto dall'art. 122, comma 8 del Codice, avviene mediante la procedura negoziata prevista dall'art. 57, comma 6 del Codice, sia nel caso in cui le funzioni di stazione appaltante siano svolte dal privato, sia nel caso le stesse siano in capo all'amministrazione;
7. il privato, ai fini dell'affidamento della progettazione, deve rispettare l'art. 91 del Codice, eccezion fatta per i casi in cui, non sussistendo né il presupposto contrattuale né il carattere di onerosità della prestazione, poiché il valore del progetto non è compensato con gli oneri di urbanizzazione in quanto predisposto in un momento antecedente alla stipula della convenzione urbanistica, non ricorrono i principi che impongono la gara;
8. alle opere di urbanizzazione primaria a scomputo di importo inferiore alla soglia comunitaria comprese nelle convenzioni urbanistiche stipulate prima dell'entrata in vigore del D. lgs. 152/2008, si applica la disciplina previgente;
9. l'affidamento e l'esecuzione delle opere di urbanizzazione sono sottoposti alla vigilanza dell'Autorità;
10. i dati riguardanti l'affidamento e la realizzazione delle opere di urbanizzazione sono compresi nelle comunicazioni obbligatorie all'Osservatorio dei Contratti pubblici.

Il Presidente Relatore: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 16 Luglio 2009

Il Segretario: Maria Esposito