

NOTE CRITICHE IN TEMA DI REALIZZAZIONE DIRETTA DI OPERE DI
URBANIZZAZIONE DOPO L'ENTRATA IN VIGORE DEL D. LGS. N. 152/2008

di GIOVANNI GOVI

La possibilità che il privato attuatore di un piano particolareggiato realizzi e ceda all'amministrazione comunale un'opera, prevista in convenzione urbanistica, rappresenta una tematica che, almeno successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. n. 163/2006 (il c.d. Codice degli appalti), è divenuta sempre più incalzante per gli operatori giuridici (primi fra tutti i funzionari delle amministrazioni comunali) che si trovino a dover stabilire i contenuti delle convenzioni accedenti agli strumenti di pianificazione attuativa.

L'importanza della questione in oggetto, e la conseguente necessità di tentare di stabilire, per quanto possibile, lo stato dell'arte come sviluppatasi sino ad oggi, risulta, poi, particolarmente sentita a seguito delle modifiche recentemente apportate al Codice degli appalti dal d. lgs. n. 152/2008 (il c.d. terzo correttivo).

Da qui l'esigenza di effettuare una sorta di *check - cup* del regime giuridico inerente la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, anche alla luce delle più significative pronunce giurisprudenziali e dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, cogliendo, altresì, l'occasione per una breve analisi delle novità introdotte dal terzo correttivo in tema di "opere a scomputo d'oneri" e della disciplina transitoria applicabile ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del richiamato correttivo.

L'analisi della novella, costituirà, così, lo spunto per una riflessione sulla strada intrapresa dal legislatore italiano negli ultimi anni e sul processo di lento ma, parrebbe, irreversibile allontanamento dalla ratio delle norme urbanistiche ed edilizie in tema di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione. Processo che, in modo sempre più marcato, contraddistingue la recente normativa sugli appalti e le sue continue modifiche.

Quadro normativo di riferimento

Al fine di inquadrare compiutamente la tematica, è utile procedere ad un, seppur breve, riepilogo della normativa succedutasi sin ad oggi in tema di opere di

urbanizzazione e delle ragioni che hanno portato all'attuale formulazione del Codice degli appalti.

A tal proposito, occorre evidenziare che l'origine della questione di cui ci si occupa deve essere ricondotta alla c.d. "legge - ponte" – ossia alla legge 6 agosto 1967 n. 765 - ed, in particolare, al suo articolo 8. Mediante tale articolo, infatti, è stato introdotto per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano l'obbligo, a carico dell'attuatore, di cedere gratuitamente le aree destinate alle opere di urbanizzazione con previsione, altresì, dell'onere di farsi carico delle opere di urbanizzazione correlate all'intervento approvato secondo i termini e le garanzie stabilite dalla relativa convenzione.

Con la richiamata previsione normativa è stato, così, fissato il principio secondo cui il compito ed il costo dell'apprestamento delle infrastrutture dell'intervento lottizzatorio spetta ai soggetti attuatori.

Soggetti attuatori ai quali, appunto, compete "l'assunzione degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria relativa alla lottizzazione o di quelle opere necessarie per allacciare la zona ai pubblici servizi". Particolarmente significative dello spirito dell'intervento legislativo risultano, altresì, le previsioni finalizzate a garantire l'effettiva realizzazione delle opere di urbanizzazione relative all'intervento lottizzatorio (si considerino, a tal proposito, il comma cinque n. 3 del citato art. 28 secondo cui i termini per l'esecuzione di tali opere non devono, comunque, essere superiori ai dieci anni o il successivo comma sei a detta del quale "il rilascio delle licenze edilizie nell'ambito dei singoli lotti è subordinato all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relativa ai lotti stessi").

A livello di interventi diretti, poi, con l'art. 31 della l. n. 1150/1942, come modificato dalla citata l. n. 765/1967, si introduceva la regola per cui il rilascio della concessione edilizia deve essere subordinato alla presenza dell'urbanizzazione primaria o, comunque, all'impegno del proprietario a realizzarla contemporaneamente all'intervento costruttivo.

A chiusura del sistema prospettato, l'art. 11 della legge n. 10 del 28 gennaio 1977, norma sugli scomputi, ha, infine, sancito che i proprietari che si sono dovuti assumere gli impegni urbanizzativi diretti sono sgravati dall'obbligo di corrispondere la relativa quota di contributo (obbligo esteso, dalla predetta legge n. 10/1977, ad ogni attività comportante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comunale).

La materia delle opere di urbanizzazione, nella sua valenza edilizia ed, in particolare, della disciplina degli interventi diretti, è stata, poi, assorbita dal T.U. delle norme in materia edilizia, approvato con d.p.r. n. 380/2001. L'art. 16 del richiamato testo normativo ha, infatti, confermato la possibilità per il privato di obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione con relativo scomputo.

Peraltro, il panorama normativo sin qui delineato ha subito un sostanziale stravolgimento negli ultimi anni in conseguenza di una ormai nota pronuncia della Corte di Giustizia della Comunità Europea: stravolgimento che, probabilmente senza considerare compiutamente la ratio della normativa su cui interveniva, ha, in parte, tradito lo spirito e le ragioni poste alla base della “ legge - ponte”.

Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza n. 399 del 12/7/2001 con cui la Corte di Giustizia, esprimendosi sul caso “Bicocca” di Milano, ha affermato l'assoggettamento alla Direttiva del Consiglio n. 93/37/Cee (in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori) della realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione, a scomputo totale o parziale del contributo dovuto, da parte del privato titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione.

La pronuncia della Corte di Giustizia ha, conseguentemente, avuto notevoli ripercussioni sul panorama dell'urbanistica convenzionata inducendo il legislatore italiano, dapprima, a modificare l'art. 2 della legge n. 109 dell'11/2/1994 e, poi, a tentare una completa ridisciplina della materia mediante l'emanazione del richiamato d. lgs. n. 163/06 (c.d. “Codice degli appalti”).

In sostanza, in virtù delle norme introdotte dal citato Codice (ed, in particolare, del combinato disposto di cui agli artt. 32, comma primo lett. g), 122, comma ottavo e 253 comma ottavo), le opere di urbanizzazione primaria a scomputo ovvero quelle previste in un piano di lottizzazione convenzionata venivano escluse dalla applicazione del Codice se di importo inferiore alla soglia comunitaria e purché correlate ad un singolo intervento edilizio; quelle di urbanizzazione secondaria venivano sempre assoggettate al Codice, salvo vi fossero impegni assunti dai privati in epoca anteriore alla entrata in vigore del Codice stesso. Con tale previsione, dunque, il legislatore italiano aveva ritenuto di adeguarsi alla richiamata sentenza della Corte di Giustizia assoggettando al rispetto delle particolari procedure di evidenza pubblica previste dalla lett. g) del citato art. 32 l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria sopra soglia nonché l'esecuzione delle opere di urbanizzazione secondaria sia sopra che sotto soglia.

Successivamente, intervenivano il primo ed il secondo correttivo al richiamato d. lgs. n. 163/06 (disposti rispettivamente con il d. lgs. n. 6 del 26/1/2007 e, poi, con il d. lgs. n. 113 del 31/7/2007) fino ad arrivare, anche sulla scorta della sentenza della Corte di Giustizia del 21/2/2008 (Causa n. C412/04)¹, al terzo correttivo contenuto nel d. lgs. n. 152/08.

Con l'ultima novella, in particolare, il legislatore italiano, nella preoccupazione di adeguarsi una volta per tutte ai rilievi provenienti dall'Europa, ha provveduto ad uniformare la disciplina, senza più distinguere tra le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, comprendendovi anche la progettazione, e, nello specifico, ha statuito che:

- tutte le opere di urbanizzazione a scomputo sono soggette alla disciplina del Codice se di importo superiore alla soglia comunitaria (cfr art. 32 come modificato); in tal caso l'amministrazione può prevedere che il richiedente del permesso di costruire alleggi un progetto preliminare; progetto preliminare in base al quale l'amministrazione indirà una gara con le modalità previste dall'art. 55 (procedure aperte o ristrette): oggetto del contratto saranno, dunque, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, la progettazione esecutiva e la esecuzione dei lavori;
- tutte le opere di urbanizzazione a scomputo sotto soglia devono essere affidate con la procedura negoziata di cui all'art. 57, comma sesto, del Codice degli appalti mediante un invito rivolto ad almeno cinque soggetti, sempre che sussistano aspiranti idonei in tale numero (così l'art. 122 come innovato).

Alla luce del terzo correttivo, si può quindi affermare che, per quanto concerne le opere di urbanizzazione a scomputo di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, il regime risulta attualmente il seguente:

- il privato titolare del piano di lottizzazione (ovvero titolare del permesso di costruire) agisce quale stazione appaltante poiché rientra fra gli "altri soggetti aggiudicatori" in quanto soggetto privato tenuto all'osservanza del Codice (ex art. 3, comma 31 – definizioni);

¹ Con tale sentenza la Corte di Giustizia ha condannato diverse disposizioni della L. n. 109/1994 (seppur quando, ormai, tali norme erano state abrogate). Successivamente alla richiamata sentenza, poi, la Commissione europea, con lettera 3 giugno 2008 n. 5455 ha evidenziato che alcune delle disposizioni della Legge Merloni ritenute illegittime dalla Corte di Giustizia erano state reintrodotte nel Codice degli Appalti. Si trattava, in particolare, di alcune disposizioni in merito all'affidamento degli incarichi di collaudo e alle opere di urbanizzazione a scomputo (queste ultime laddove prevedevano un diritto di prelazione a favore del soggetto attuatore).

- accanto ed in alternativa all'ipotesi in cui il privato proceda quale stazione appaltante, l'art 32, comma 1 lett. g) (dal secondo periodo alla fine della lettera g) prevede che l'amministrazione possa decidere di applicare una diversa disciplina caratterizzata dalle seguenti fasi:

- 1) presentazione all'amministrazione, da parte del privato avente diritto, del progetto preliminare delle opere di urbanizzazione, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate le opere di urbanizzazione e con allegato lo schema del contratto d'appalto che ne disciplinerà l'esecuzione;
- 2) indizione da parte dell'amministrazione di una gara per l'affidamento in appalto, mediante procedura aperta o ristretta dei lavori definiti nel progetto preliminare. Per partecipare alla gara i concorrenti devono presentare, oltre all'offerta economica, il progetto definitivo delle opere di urbanizzazione e l'offerta deve indicare espressamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva e quella esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, nonché per gli oneri di sicurezza. Si tratta quindi di un'applicazione particolare del c.d. "appalto integrato complesso" - da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - previsto in via generale dall'art. 53, comma 2, lett. c) del d. lgs. n. 163/2006;
- 3) la stipulazione del contratto avente ad oggetto la progettazione esecutiva delle opere di urbanizzazione e, dopo la relativa approvazione a cura dell'amministrazione committente, l'esecuzione dei corrispondenti lavori.

Oltre alle due ipotesi sopra descritte si ritiene sia, comunque, da aggiungersi quella della procedura di affidamento delle opere di urbanizzazione effettuata dal Comune senza preventiva presentazione del progetto preliminare da parte dell'avente diritto al rilascio del permesso di costruire. Ciò, in quanto, non parrebbe in linea con lo spirito del Codice privare l'amministrazione della possibilità di indire una gara avente ad oggetto la realizzazione delle opere di urbanizzazione previste dal piano di lottizzazione (diversamente considerando, infatti, si creerebbe una illogica disparità tra soggetto attuatore - che appunto potrebbe procedere all'affidamento della sola esecuzione - ed amministrazione che, invece, potrebbe solo intraprendere la particolare procedura prevista dal secondo periodo della richiamata lett. g).

Per quanto riguarda, invece, le opere di urbanizzazione a scomputo d'importo inferiore alla soglia comunitaria, l'art 122 comma otto, come sostituito dal terzo correttivo, attualmente prevede che "per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'art. 32, comma 1 lett. g), si applica la procedura prevista dall'art. 57, comma 6;

l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tal numero aspiranti idonei”.

Sotto tale profilo, può, dunque, affermarsi che il legislatore, con la richiamata novella, abbia inteso superare la precedente distinzione tra opere di urbanizzazione primaria e secondaria prevedendo per entrambe il ricorso alla procedura prevista dall'art. 57, comma sei, del Codice degli appalti².

Opere di urbanizzazione a scomputo: l'evoluzione giurisprudenziale

Dalle richiamate disposizioni normative, emerge, quindi, in modo abbastanza evidente come l'attuale quadro normativo di riferimento tragga la sua origine dalla sentenza della Corte di Giustizia Europea del 21/7/01 (causa C-399/98). Sentenza con cui, come anticipato, i giudici comunitari hanno ritenuto doversi applicare la direttiva del Consiglio n. 93/37/Cee (in tema di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori) anche alla realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione.

A tal proposito, assume particolare importanza, il ragionamento logico – giuridico che la Corte di Giustizia ha effettuato per arrivare ad affermare che la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo è da ricondursi al *genus* “appalto pubblico di lavori”.

In particolare, la Corte ha ritenuto di dover verificare se, nel caso di specie, ricorressero tutti gli elementi in presenza dei quali può affermarsi la sussistenza di un appalto pubblico di lavori soggetto alla disciplina comunitaria (disciplina ora recepita, in modo più o meno fedele, dal Codice degli appalti).

Ebbene, secondo la richiamata pronuncia, tali elementi ricorrevano anche nel caso “Bicocca” in quanto:

1. sussisteva la qualità di amministrazione aggiudicatrice dell'ente procedente (in particolare, la sentenza evidenziava come fosse pacifico che il Comune di Milano – ente che aveva approvato il programma di lavori fra cui erano

² Peraltro, sotto tale profilo, occorre evidenziare che, mentre l'art. 57, comma sesto, del Codice prevede che l'amministrazione selezioni almeno tre operatori economici cui inoltrare la lettera di invito, il richiamato comma ottavo dell'art. 122 prescrive che l'invito sia rivolto ad almeno cinque operatori (sempre che sussistano in tale numero aspiranti idonei).

previste le opere a scomputo – avesse natura di amministrazione aggiudicatrice);

2. sussisteva 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 (all'uopo i giudici sottolineavano tra l'altro come non rilevasse ad escludere la necessità dell'evidenza pubblica la circostanza che l'opera fosse inizialmente privata: ciò in quanto le opere di urbanizzazione hanno per propria natura una intrinseca finalità pubblica);
3. ricorreva, inoltre, il carattere contrattuale del rapporto fra l'amministrazione e il privato lottizzante, (infatti, la convenzione di lottizzazione, sottoscritta dalle parti, stabiliva diritti ed obblighi reciproci, ivi compresa l'esatta individuazione delle opere di urbanizzazione che il privato era tenuto a realizzare, nonché le relative condizioni di esecuzione);
4. ricorreva, infine, la natura onerosa di tale contratto (ciò considerando che l'amministrazione comunale, accettando la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, rinunciava a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 10/1977, e che, pertanto, il titolare del permesso di costruire, attraverso la realizzazione diretta delle opere, estingueva un debito di pari valore).

Da tale breve riepilogo risulta, dunque, come la Corte di Giustizia abbia ritenuto fondamentale per la necessaria applicazione delle procedure ad evidenza pubblica la sussistenza di tutti i requisiti di un appalto pubblico di lavori. Requisiti la cui mancanza dovrebbe comportare, seguendo il ragionamento dei giudici europei, la conseguente inapplicabilità della normativa europea e nazionale sull'affidamento dei lavori pubblici.

Tale conclusione è quella a cui è pervenuto il Consiglio di Stato con la sentenza n. 86 del 14 gennaio 2003: sentenza particolarmente significativa in quanto intervenuta a riformare proprio la pronuncia n. 1953 del 7 agosto n. 1998 emessa dal TAR Milano nel ricorso instaurato dall'Ordine degli Architetti di Milano contro il Comune di Milano in riferimento al progetto "Scala 2001"³.

³ Ossia nel ricorso che aveva dato modo alla Corte di Giustizia Europea, in seguito al rinvio ad essa disposto dal richiamato TAR, di pronunciarsi sul caso "Bicocca" con la citata sentenza n. 399/2001.

Ebbene, in tale occasione, il Consiglio di Stato, constatato che il Comune di Milano non aveva previsto che operasse il meccanismo dello scomputo relativamente all'obbligo, assunto dall'attuatore, della progettazione del nuovo Teatro Arcimboldi, ha escluso che tale progettazione dovesse essere affidata facendo ricorso ad un concorso pubblico.

Ciò in quanto, secondo il Consiglio di Stato, la necessità di ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica è esclusa dal fatto che “della progettazione preliminare sopra menzionata nessun onere è posto a carico del Comune, né direttamente, né indirettamente attraverso il meccanismo dello scomputo da oneri ad altro titolo gravanti sui soggetti coinvolti nell'attuazione del complesso programma di cui si tratta”. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, “dal provvedimento non risulta nessuna delle due ipotesi” (ossia né l'assunzione diretta, né indiretta dei costi della progettazione a carico del Comune) visto che “la progettazione in tutti e tre i suoi gradi (preliminare, definitivo ed esecutivo) e la direzione dei lavori dell'edificio in questione [...] hanno formato oggetto di un mero atto di liberalità da parte della Pirelli S.p.a.”⁴.

Alla luce delle osservazioni sin qui svolte, parrebbe, dunque, di poter affermare che la preoccupazione avvertita dai giudici europei (e poi recepita dal legislatore italiano) sia, appunto, quella di evitare che il soggetto attuatore possa procedere all'esecuzione diretta di opere di urbanizzazione a scomputo senza che si sia dato corso ad una procedura ad evidenza pubblica secondo quanto previsto dalla normativa sugli appalti di opere pubbliche.

Da ciò, conseguentemente, parrebbe potersi, altresì, concludere che, qualora manchi uno dei presupposti previsti per la configurabilità di un contratto d'appalto di opere pubbliche (come ad esempio l'onerosità del negozio), non sarebbe più necessario procedere nel rispetto della normativa in tema di appalti pubblici e delle norme procedurali dalla stessa previste.

⁴ La richiamata sentenza del Consiglio di Stato, pur in linea con l'*excursus* logico della Corte di Giustizia nella parte in cui si preoccupa di verificare la sussistenza del requisito dell'onerosità, pare non pienamente convincente per quanto concerne il risultato a cui approda nel caso di specie. I Giudici di Palazzo Spada, infatti, danno atto, in motivazione, di una mancanza di onerosità relativamente agli oneri di progettazione assunti dall'attuatore. Peraltro, la Corte di Giustizia aveva precisato che, nel caso in questione, il ricorrere del requisito dell'onerosità doveva essere verificato in riferimento all'intero programma – comprendente la realizzazione del nuovo teatro – di cui la progettazione costituiva solo un aspetto.

Il tutto con la conseguenza che, in caso di assunzione da parte dell'attuatore della realizzazione diretta di opere pubbliche senza scomputo, non dovrebbe essere necessario il ricorso ad una procedura concorsuale.

Peraltro, proprio sotto tale ultimo profilo, non può non evidenziarsi come alcune pronunce (provenienti sia da organi giurisdizionali che dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) intervenute successivamente alle richiamate decisioni della Corte di Giustizia n. 399 del luglio 2001 e del Consiglio di Stato n. 86/2003, sembrano intendere il requisito della "corrispettività" (in presenza del quale si deve ritenere applicabile il Codice degli appalti) in un senso particolarmente ampio.

A tal proposito, significativo è quanto affermato dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 129 del 28 marzo 2006 nel giudizio instaurato avverso la legge regionale Lombardia n. 12/2005. In tale occasione il giudice delle leggi ha, infatti, riconosciuto che "è costituzionalmente illegittimo il combinato disposto dell'art. 9 comma 12 e dell'art 11 comma 3 l. reg. Lombardia 11 marzo 2005 n. 12 nella parte in cui non prevede l'obbligo di procedure ad evidenza pubblica per tutti i lavori da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria. La fattispecie disciplinata dalle norme regionali impugnate, le quali si riferiscono ad accordi che i privati, proprietari di aree destinate ad espropriazione per la realizzazione di servizi pubblici, possono stipulare con il Comune competente, in base ai quali i proprietari possono realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico, diventando così titolari di un mandato espresso conferito dal Comune, è assimilabile a quella oggetto delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, le quali prevedono che in ogni caso, quando si realizzi un'opera per importi pari o superiori ad un certo valore, il soggetto che procede all'appalto debba adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente, sia che si tratti di ente pubblico che di soggetto privato.

Si tratta infatti di accordi che i privati proprietari di aree destinate ad essere espropriate per la realizzazione di attrezzature e servizi pubblici possono stipulare con il Comune competente, in base ai quali il proprietario può realizzare direttamente gli interventi di interesse pubblico o generale, mediante accreditamento o stipulazione di convenzione con il Comune per la gestione del servizio (art. 11, comma 3, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005). Si tratta quindi di accordi a titolo oneroso, dai quali derivano per le parti contraenti diritti e obblighi reciproci, che consentono al proprietario espropriando, in particolare, di mantenere la proprietà dell'area e di ottenere la gestione del servizio previsto in cambio della

realizzazione diretta degli interventi necessari. Tutta l'operazione prevista dalle norme impugnate è preordinata alla soddisfazione di interessi pubblici, come viene confermato dall'art. 9, comma 12, della legge regionale de qua, che fa riferimento a vincoli previsti per la realizzazione esclusivamente ad opera della pubblica amministrazione, di attrezzature e servizi”.

La sentenza 129/2006, ha, altresì, precisato che “Non entrano in discussione, per i profili di costituzionalità evocati nella presente questione, le modalità della cosiddetta urbanistica consensuale e perequativa, ma soltanto l'obbligo di procedere alle prescritte gare di appalto, poste a base della normativa europea citata, a tutela della trasparenza e della concorrenza, qualora l'importo delle realizzazioni superi un certo limite. Il ricorso a procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente non può, peraltro, essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacché la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa nell'ordinamento proprio nella fattispecie oggetto della richiamata pronuncia della Corte di giustizia”.

Da ciò la Corte Costituzionale ha ritenuto di concludere statuendo che “non si può dubitare che le direttive comunitarie prima citate – in materia di procedure ad evidenza pubblica per l'attribuzione di lavori, forniture e servizi – debbano essere osservate anche nell'ipotesi che sia conferito ad un privato il compito di realizzare direttamente l'opera necessaria per la successiva prestazione del servizio pubblico, la cui gestione può essere affidata, mediante convenzione, al privato medesimo”.

Degna di segnalazione è, altresì, la sentenza del TAR Lombardia, sez. II, 4 dicembre 2007, n. 6541 con cui i giudici amministrativi si sono pronunciati su di una delibera comunale di approvazione di un piano attuativo in variante, avente ad oggetto:

- la riqualificazione e l'ampliamento volumetrico di una villa di proprietà del soggetto attuatore;
- la variazione di destinazione della spiaggia situata in corrispondenza della predetta villa e del relativo viottolo di accesso da “F1 – usi pubblici” a “A2 – ville ed organismi edilizi di impianto storico e relativi compendi”;
- il trasferimento da parte del Comune al soggetto attuatore della proprietà della predetta spiaggia e del viottolo di accesso;
- la realizzazione, a spese dell'attuatore (ed a scomputo degli oneri di urbanizzazione, degli stanard e del prezzo di cessione della spiaggia e del viottolo), di opere di riqualificazione dell'area pubblica, la costruzione di una piscina pubblica,

di uno spazio "marina" a livello di specchio d'acqua e l'ampliamento del bar - ristorante già esistente in quell'area.

Ebbene, i giudici del TAR Lombardia hanno ritenuto di dover procedere all'annullamento della impugnata delibera per contrasto con l'art. 53 del Codice degli appalti, all'uopo evidenziando che "la questione relativa allo scomputo degli oneri di urbanizzazione a favore di coloro che si accollano la realizzazione di opere di urbanizzazione secondaria è stata oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia della Comunità Europea la quale, con sentenza del 12 luglio 2001 (proc. C-399/98), ha affermato il principio dell'affidamento (mediante gara pubblica) dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo quando il valore delle stesse superi la soglia fissata dalla norma comunitaria".

"Ora", rileva il TAR "sebbene il caso in esame non possa essere del tutto assimilato al caso preso in considerazione dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea e, ora, dall'art. 32 del codice in ragione della non completa assimilazione degli interventi di che trattasi (quantomeno con riferimento alle opere di riqualificazione dell'area, alla realizzazione di uno spazio "marina" e all'ampliamento del bar - ristorante esistente) alle c.d. opere di urbanizzazione secondaria (mentre in tale categoria va ricompresa la piscina pubblica) ciò che conta nella fattispecie in esame è che si tratta comunque di opere pubbliche il cui affidamento (a maggior ragione rispetto alla realizzazione delle opere di urbanizzazione) non può essere sottratto alle regole di evidenza pubblica di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici), dettate sia con riferimento ai lavori di rilevanza comunitaria che sotto soglia".

Da ultimo, non può non richiamarsi la determinazione n. 4 del 2 aprile 2008 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Tale determinazione, invero, ancorché non proveniente da un organo giurisdizionale e sotto alcuni profili non completamente condivisibile, risulta significativa di un certo modo di interpretare il Codice degli appalti ed i suoi ambiti di applicazione.

Con la citata determinazione, l'Autorità per la vigilanza ha, in particolare, inteso rispondere ad alcune richieste di parere relative alle procedure da seguire per la realizzazione di opere pubbliche nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con amministrazioni pubbliche con particolare riferimento all'ambito della disciplina dei piani di riqualificazione urbana (legge 4 dicembre 1993, n. 493) e dei piani integrati di intervento (legge 17 febbraio 1992, n. 179).

In via preliminare, l'Autorità ha rilevato che i predetti accordi convenzionali rientrano nel più ampio *genus* dei cosiddetti “programmi complessi” e che detti programmi si caratterizzano per rappresentare un complesso sistematico di interventi pubblici e privati, accompagnato anche da un completamento delle opere di urbanizzazione, al fine di valorizzare qualitativamente l'ambito territoriale oggetto di intervento.

Peraltro, secondo l'Autorità “l'accordo sulla base del quale si dà attuazione al programma si fonda, sostanzialmente, su uno “scambio di prestazioni”: a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, vengono cedute dallo stesso privato aree e/o realizzate opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio. Si tratta, pertanto, di ipotesi in cui, a compenso di benefici conseguiti dai privati (come ad esempio quelli derivanti da modificazioni di destinazione urbanistica di aree), questi si impegnano a realizzare, quale controprestazione in favore dell'amministrazione, opere di pubblico interesse”.

Conseguentemente, l'Autorità, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia n. 399 del 12 luglio 2001, ha concluso ritenendo applicabili i principi enucleati nella citata pronuncia della Corte anche nei confronti di altre forme di “urbanistica negoziata”, che pur non presentano il fenomeno della realizzazione di opere di urbanizzazione “a scomputo” dei corrispondenti oneri.

A proposito della richiamata determinazione n. 4 del 2008, peraltro, sia consentito esprimere qualche elemento di criticità. Ciò, in quanto l'Autorità di vigilanza (ed, invero, anche alcuni passaggi delle sentenze in precedenza richiamate) pare, sotto un certo profilo, tradire lo spirito stesso della legislazione urbanistica come succedutasi negli anni: è chiaro, infatti, che considerare la modificazione della destinazione urbanistica come controprestazione di un rapporto negoziale significa non tener conto che la disciplina delle destinazioni urbanistiche è esercizio di un potere della P.A. e non, come parrebbe leggendo la richiamata determinazione, prestazione sinallagmatica alla realizzazione delle necessarie dotazioni territoriali⁵.

⁵ Il principio per cui “le scelte effettuate dall'amministrazione in sede di pianificazione urbanistica sono connotate da un'ampissima discrezionalità e costituiscono apprezzamenti di merito che sono sottratti al sindacato di legittimità” costituisce, infatti, punto fermo nella giurisprudenza amministrativa (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2291; TAR Lazio Roma, sez. II, 9 giugno 2008, n. 5660).

La disciplina transitoria ai sensi del terzo correttivo del Codice degli appalti

Per quanto concerne la disciplina transitoria, occorre evidenziare come con l'emanazione del c.d. terzo correttivo si pongano alcune problematiche inerenti l'individuazione del regime transitorio da applicare agli oneri di urbanizzazione a scomputo il cui impegno a carico del soggetto attuatore sia stato previsto da provvedimenti o convenzioni emanati o stipulati prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 152/2008.

A tal proposito, considerato che il richiamato d. lgs. n. 152/08 nulla dispone in merito ad un'eventuale disciplina transitoria, sembra ragionevole far riferimento all'art. 253 del Codice degli appalti con cui il legislatore, in occasione dell'entrata in vigore del Codice, ha inteso regolamentarne l'applicabilità ai procedimenti in corso.

In particolare, al primo comma di tale norma, il legislatore ha previsto che “ le disposizioni di cui al presente codice si applicano alle procedure ed ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o di avvisi, alle procedure e ai contratti in cui, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati inviati gli avvisi a presentare le offerte”.

Peraltro, il richiamato comma, che dovrebbe permettere di regolare tutte le possibili fasi transitorie, si mostra non completamente esaustivo nei casi in cui, in base alla normativa previgente, manchi non solo un bando ma anche un invito a formulare offerte.

Ciò è quanto accaduto quando, con l'entrata in vigore del Codice degli appalti, si è verificato il passaggio da un regime ad affidamento diretto (ex l. n. 109/1994), senza bando e senza invito a formulare, ad un regime ad evidenza pubblica (in particolare ciò si è verificato per le opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia) ed accade ora, con il terzo correttivo, per le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia che passano da un regime di affidamento diretto ad un regime di procedura negoziata.

Peraltro, per il caso di opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia (che, come evidenziato, con l'entrata in vigore del Codice degli appalti passavano da un regime “libero” ad un regime “concorsuale”), il legislatore aveva espressamente previsto un meccanismo che rendeva, sostanzialmente, applicabile il principio contenuto al primo comma dell'art. 253 anche a questa particolare ipotesi.

A tal proposito, infatti, con l'ottavo comma del citato articolo si prevedeva che “limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32,

comma 1, lettera g) e dell'art. 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del presente codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione”⁶.

Per regolamentare il regime transitorio delle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia al momento di entrata in vigore del terzo correttivo, invece, il legislatore non ha predisposto una norma simile al richiamato ottavo comma dell'art. 253. Ciò con la conseguente problematica interpretativa sopra accennata.

Peraltro, al fine di individuare una disciplina transitoria in grado di garantire il passaggio dal vecchio al nuovo regime, si reputa percorribile un'applicazione analogica del richiamato art. 253 del Codice degli appalti così che per le opere di urbanizzazione primaria alla cui realizzazione il privato si sia già obbligato nei confronti del Comune, mediante convenzione annessa al permesso di costruire o al piano urbanistico, in data antecedente all'entrata in vigore del normativa sopravvenuta (ossia del terzo correttivo), continua ad essere applicabile la normativa previgente⁷.

Considerazioni critiche in tema di opere di urbanizzazioni a scomputo

In considerazione delle norme richiamate ed avuto riguardo alle pronunce degli organi giurisdizionali sia comunitari che nazionali, appare, in primo luogo, necessario soffermarsi su di un aspetto che, probabilmente, non è stato tenuto nella debita considerazione né dalla Corte di Giustizia Europea, né dal legislatore italiano

⁶ Tale norma è tutt'ora in vigore ma la sua applicabilità, per lo meno in via diretta, risulta in via di esaurimento in quanto riferibile ai soli casi di opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia il cui obbligo di realizzazione sia stato assunto prima dell'entrata in vigore del Codice (avvenuta il 30 giugno 2006). Diversa, peraltro, si ritiene che sia l'applicazione in via analogica della predetta norma secondo quanto precisato nel testo.

⁷ La conclusione prospettata si ritiene sia in linea con la *ratio* della disciplina transitoria dettata dal richiamato articolo 253. Tale norma, infatti, si ispira, in sostanza, al principio del *tempus regit actum*, secondo cui “la legittimità di un provvedimento amministrativo va, quindi, valutata in relazione alla situazione di fatto e di diritto vigente al momento in cui lo stesso è stato adottato” (cfr. TAR Lazio Roma, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 10478 e, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 27 giugno 2008, n. 3251). A ciò s'aggiunga che, nel caso di convenzioni già sottoscritte alla data di entrata in vigore del terzo correttivo, sovvien anche il rilievo dell'insorgere di posizioni giuridiche meritevoli di specifiche considerazioni. Posizioni giuridiche che, a maggior ragione, farebbero propendere per la conservazione delle convenzioni già concluse e per la conseguente validità ed efficacia delle previsioni in esse contenute.

il quale, come evidenziato, si è soprattutto preoccupato di adeguarsi al *dictum* dei giudici Europei.

A tal proposito, preme, infatti, evidenziare come con l'introduzione del Codice degli appalti risulti sostanzialmente superata e travolta la ratio ispiratrice della "legge - ponte". Con l'emanazione di tale normativa, invero, il legislatore nazionale aveva inteso riformare completamente il sistema della realizzazione delle opere "infrastrutturali" connesse alle trasformazioni urbanistiche ponendo a carico dei soggetti attuatori il compito ed il costo di tali opere⁸.

Proprio in tale ottica, il legislatore, con la richiamata "legge - ponte", ha introdotto una serie di norme a garanzia dell'effettiva realizzazione delle opere di urbanizzazione da parte dell'attuatore (si consideri, a tal proposito, quanto già evidenziato in relazione alla previsione di un termine massimo entro cui le opere di urbanizzazione devono essere ultimate o la disposizione secondo cui il rilascio delle licenze edilizie viene subordinato all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria).

In sostanza, dunque, preoccupazione del legislatore del '67 era stata quella di "impedire una edificazione intensiva in carenza di un disegno urbanistico di dettaglio e di adeguate garanzie che alla edificazione intensiva si accompagni la realizzazione delle necessarie opere di urbanizzazione primaria e secondaria" (così TAR Lazio Latina, 10 giugno 2006, n. 367).

Ciò, con la conseguenza che, quando si tratti, ad esempio, "di asservire per la prima volta un'area non ancora urbanizzata ad un insediamento di carattere residenziale o produttivo, mediante la costruzione di uno o più fabbricati, la verifica sullo stato di urbanizzazione ai fini della necessità del piano di lottizzazione deve aver riguardo all'esigenza di realizzare o potenziare le opere di urbanizzazione primaria o

⁸ In questo senso è stato rilevato che "il sistema normativo introdotto dalla legge - ponte in tema di convenzioni urbanistiche ha interamente ribaltato a carico dei soggetti attuatori delle trasformazioni immobiliari di rilevanza urbanistica, il compito ed il costo dell'apprestamento infrastrutturale dell'intervento, ponendo a carico degli stessi la cessione gratuita delle aree necessarie per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria e l'assunzione degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte delle opere di urbanizzazione secondaria [...] il quadro che sembra emergere da tali previsioni consente di ritenere che le trasformazioni urbanistiche ed edilizie del territorio sono state gravate dall'impegno, posto a carico del soggetto attuatore di corredare gli edifici delle necessarie urbanizzazioni, cosicché la proprietà edilizia, nel sistema normativo italiano, viene a differenziare la propria condizione rispetto a quella fondiaria, in quanto giuridicamente gravata del costo della pertinente urbanizzazione, nonché dall'onere di realizzarla e cederla gratuitamente al comune" (così M.A. QUAGLIA, *Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure ad evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2001, 5).

secondaria perché la realizzazione dei fabbricati nuovi si raccordi armonicamente con il preesistente aggregato abitativo” (così Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2007, n. 6171 e conforme Cons. Stato, sez. V, 1 febbraio 1995, n. 162).

Esigenza dalla quale, ad esempio, é derivata la previsione di subordinare il legittimo rilascio della concessione edilizia all’impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relativa ai lotti stessi (cfr. art. 28, comma settimo, della legge n. 1150/1942) o dalla quale ha tratto origine la disposizione secondo cui nella convenzione di lottizzazione devono essere fissati i termini – comunque non superiori ai dieci anni – entro i quali deve essere ultimata la esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria e della quota parte di quelle secondarie a cui il soggetto attuatore si è obbligato (cfr. il comma quinto, n. 3 del richiamato articolo 28).

Dall’esame delle richiamate disposizioni, e dalla *ratio* sottesa alle stesse così come evidenziata dalle pronunce giurisprudenziali in materia di piani di lottizzazione, pare, dunque, potersi concludere che la Corte di Giustizia Europea non abbia pienamente colto nel segno laddove, con la richiamata sentenza n. 399/2001, ha affermato il carattere alternativo dell’obbligazione posta a carico del soggetto attuatore.

Sotto tale profilo, infatti, la Corte di Giustizia, ha ritenuto l’onerosità della convenzione urbanistica conclusa tra il Comune di Milano ed il soggetto attuatore sulla scorta del rilievo secondo cui “il titolare di un piano di lottizzazione approvato che realizzi le opere di urbanizzazione non effettua alcuna prestazione a titolo gratuito in quanto egli estingue un debito di pari valore che sorge in favore del Comune, ossia il contributo per gli oneri di urbanizzazione, senza che il carattere alternativo dell’obbligazione – contributo pecuniario o esecuzione diretta delle opere – consenta di differenziarne la causa a seconda della modalità di adempimento prescelta”.

Ebbene, tale enunciazione della Corte di Giustizia non pare tenere nella debita considerazione la circostanza che determinante per la normativa italiana in tema di piani di lottizzazione è l’esigenza di assicurare che unitamente all’intervento di lottizzazione vengano realizzate le opere ed i servizi, correlati a quell’intervento, necessari alla collettività.

Dunque, non pare, sotto tale profilo, corretta l’affermazione secondo cui, in caso di lottizzazione, vi sarebbe alternatività fra contributo commisurato all’incidenza delle spese per le opere di urbanizzazione ed assunzione diretta delle opere stesse.

Ciò proprio in quanto un intervento lottizzatorio si pone in un momento storico antecedente a quello preso in considerazione dall’art. 3 della l. n. 10/1977 (oggi art.

16 del d.p.r. n. 380/01): ossia nel momento in cui il privato che decide di intervenire in un'area non ancora urbanizzata è tenuto a farsi carico delle relative urbanizzazioni in misura anche superiore al contributo previsto dal richiamato articolo 3, l. n. 10/1977, dovendosi assumere tutti gli oneri previsti dall'amministrazione comunale a garanzia della effettiva realizzazione delle necessarie opere di urbanizzazione.

Dunque, sotto tale profilo, non può ritenersi corretta l'impostazione dei giudici europei laddove gli stessi parrebbero affermare la sussistenza di una necessaria corrispondenza fra opere di urbanizzazione a cui l'attuatore si obbliga in una convenzione di lottizzazione e contributo di urbanizzazione previsto in caso di rilascio di una licenza edilizia (oggi permesso di costruire) per un intervento diretto.

In realtà, tale pretesa corrispondenza non trova riscontro nel sistema normativo richiamato ove le convenzioni di lottizzazione hanno lo scopo di porre a carico dell'attuatore tutti gli obblighi che il privato deve assumersi per rendere l'area di intervento urbanizzata: obblighi che il privato è tenuto ad adempiere anche qualora questi superino quanto dovuto per oneri di urbanizzazione primaria e secondaria ai sensi dell'art. 3 della l. n. 10/1977.

A tal proposito, costituisce principio pacifico in giurisprudenza quello secondo cui “ nel sistema risultante dal combinato disposto dell'art. 28, comma 5 n. 1), l. 17 agosto 1942 n. 1150 e dagli art. 3 e 5, l. 28 gennaio 1977 n. 10, non è rinvenibile un principio che dia titolo al soggetto che ha stipulato una convenzione urbanistica con il Comune di non corrispondere al medesimo beni di valore complessivamente superiore a quanto dovuto per oneri di urbanizzazione primaria e secondaria ai sensi dell'art. 10, l. n. 10 del 1977 e, conseguentemente, in virtù della convenzione il privato è obbligato ad eseguire puntualmente tutte le prestazioni ivi assunte a nulla rilevando che queste possano eccedere originariamente o successivamente gli oneri di urbanizzazione” (così TAR Lombardia, Brescia, 25/07/2005, n. 784 secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato, sez. V, 10/01/2003, n. 33).

Sotto tale profilo, quindi, la normativa “prevede che il richiedente la concessione edilizia scomputi dagli oneri di urbanizzazione il valore delle opere (di urbanizzazione) affinché la quota di detti oneri, dovuti in sede di rilascio di concessione, non dia luogo ad una duplicazione di prestazione a favore della stessa causa. Ma da ciò non può in alcun modo evincersi che il valore delle opere di urbanizzazione gravanti sul privato lottizzante debba essere necessariamente contenuto entro il valore dei contributi previsti dalle tabelle comunali e regionali” (così Consiglio di Stato, sez. V, 10/06/1998, n. 807).

Da ciò non può che osservarsi come l'impostazione della Corte di Giustizia, la quale come esposto ritiene che la corresponsione del contributo e l'esecuzione diretta delle opere siano prestazioni alternative, non appaia del tutto conforme alla richiamata normativa urbanistica (ossia alla l. n. 1150/1942 come modificata dalla l. n. 765/1967, alla l. n. 10/1977 come recepita dal d.p.r. n. 380/01 e s.m.: norme non solo ancora in vigore ma di fondamentale importanza per la disciplina degli interventi urbanistici ed edilizi).

Opere di urbanizzazione non a scomputo

Peraltro, considerato che l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, come recepito dal Codice degli appalti, risulta quello di ritenere assoggettabile alla disciplina degli appalti di opere pubbliche (pur nelle varianti procedurali previste dagli art 32 lett. g e 122 del Codice) l'esecuzione diretta da parte dell'attuatore delle opere di urbanizzazione a scomputo, è a questo sistema normativo che, nelle considerazioni finali della presente disamina, occorre necessariamente riferirsi.

A tal proposito, si evidenzia come, dalla richiamata pronuncia della Corte di Giustizia, emerga che all'attuale previsione di legge si sia pervenuti in seguito ad un'indagine volta a verificare la sussistenza o meno di un contratto d'appalto nel caso di opere pubbliche realizzate a scomputo.

In particolare, come evidenziato, la Corte di Giustizia ha ritenuto che ricorresse tale ipotesi in quanto, per quello che qui interessa, dalla previsione dello scomputo deriverebbe la sussistenza del requisito dell'onerosità che, unitamente agli altri elementi sopra ricordati, costituisce presupposto atto a qualificare il negozio giuridico intercorrente tra attuatore ed amministrazione come contratto d'appalto.

In tal senso, anche le pronunce successive all'intervento della Corte di Giustizia, seppur ampliando il concetto di onerosità (a volte, come nel caso della richiamata determinazione dell'Autorità di vigilanza, in modo non del tutto condivisibile), hanno ritenuto determinante verificare se, a fronte dell'esecuzione diretta dell'opera, il privato ottenesse o meno dalla P.A. una qualche "controprestazione" o, comunque, un vantaggio computabile in termini economici.

Significativa in tal senso è la richiamata pronuncia n. 129/ 2006 con cui la Corte Costituzionale ha ritenuto la riconducibilità ai principi comunitari dell'evidenza pubblica di quegli "accordi a titolo oneroso che consentono al proprietario

espropriando di mantenere la proprietà dell'area e di ottenere la gestione del servizio previsto in cambio della realizzazione diretta degli interventi necessari”.

Si consideri, altresì, la sentenza n. 6541/2007 con cui il TAR Lombardia ha ritenuto in contrasto con il Codice degli appalti quel piano attuativo in cui si prevedeva la realizzazione di una serie di opere da parte del privato in parte a scomputo degli oneri di urbanizzazione ed in parte a scomputo del prezzo di un bene che il Comune trasferiva al privato attuatore.

Ebbene, alla luce delle richiamate pronunce pare, dunque, potersi affermare che laddove, all'interno di una convenzione urbanistica, l'attuatore assuma la realizzazione diretta di un'opera senza che (non solo) venga previsto il meccanismo dello scomputo ma anche senza che nessun'altra forma di controprestazione possa rinvenirsi a carico dell'amministrazione (in termini, ad esempio, di mancata espropriazione, di sconto sull'acquisizione di aree comunali o di affidamento della gestione di servizi), tale assunzione non rientri nell'applicabilità del Codice degli appalti.

Ciò in quanto, l'onere del privato risulterebbe, in tal caso, assunto non a compenso di benefici conseguiti e, dunque, non ricorrerebbe il requisito della onerosità necessariamente richiesto ad un contratto d'appalto di lavori pubblici.

Conclusioni

In conclusione, non possono non evidenziarsi gli elementi di criticità caratterizzanti una materia che, anche per il sovrapporsi di pronunce della Corte di Giustizia, di interventi normativi dettati dall'ansia di adeguarsi nei tempi più brevi possibili alle stesse pronunce e di sentenze dei giudici italiani, risulta particolarmente delicata e bisognosa di un intervento organico, non più per “correttivi”, ma di complessiva modifica e riponderazione.

A tal proposito, si evidenzia che anche l'ultimo correttivo presenti più di un aspetto discutibile proprio in quanto, nell'intenzione di adeguarsi agli imput provenienti dalla Comunità Europea e di tentare una sorta di omogeneizzazione fra disciplina sopra soglia e disciplina sotto soglia, rende ancora più difficile la possibilità che il soggetto attuatore coincida con il soggetto che realizza direttamente le opere di urbanizzazione.

Si pensi a tal proposito al fatto che, su impulso comunitario, il legislatore del terzo correttivo ha proceduto escludendo il diritto di prelazione precedentemente

riconosciuto all'attuatore dall'art. 32 del d. lgs. n. 163/06, ma si pensi anche alla circostanza che con il riformato art. 122 è stata, altresì, introdotta una procedura negoziata rispetto a cui è difficile pensare che qualcuno possa essere interessato a partecipare se non, appunto, il soggetto attuatore (soprattutto per quel che concerne la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria sotto soglia asservite ad un lotto edificato da altri).

Ebbene, l'espletamento di tali procedure non solo risulta problematico in quanto potrebbe ingenerare problemi di coordinamento fra i tempi necessari per la loro effettuazione ed i tempi previsti nei permessi di costruire rilasciati a valle dei piani di lottizzazione⁹, ma, sia consentito dirlo, di dubbia utilità.

Sotto tale profilo, infatti, non è dato comprendere con precisione a chi dovrebbe giovare l'espletamento delle richiamate procedure. Ciò in quanto, considerato che ai sensi dell'art. 28 l. n. 1150/1942, il soggetto attuatore è tenuto ad assumersi gli oneri relativi alla realizzazione delle opere di urbanizzazione necessarie per garantire la dotazione infrastrutturale necessaria dell'intervento approvato, l'espletamento di una gara potrebbe finire per giovare esclusivamente all'attuatore¹⁰.

Ecco allora, che, anche per tali motivi, risulterebbe quanto mai opportuno un intervento che, sia a livello comunitario per le opere sopra soglia che a livello nazionale, per le opere sotto soglia, tenesse conto della *ratio* della normativa in tema di piani di lottizzazione e prevedesse meccanismi maggiormente idonei ad assicurare l'effettiva realizzazione delle opere di urbanizzazione necessarie contestualmente agli interventi di lottizzazione di aree inedificate.

Sotto tale profilo, parrebbe più consono un sistema che, confermando in capo all'attuatore l'onere di dotare l'area di intervento delle urbanizzazioni necessarie, distinguesse, quanto all'obbligo di procedere alla gara, fra opere di urbanizzazione primaria e secondaria e fra opere sopra e sotto soglia.

Ciò, nell'ottica di individuare una disciplina che consentisse, da un lato, di preservare i principi comunitari in materia di concorrenza (garantendo l'espletamento di gare in

⁹ Coordinamento che potrebbe risultare quanto mai difficile qualora, ad esempio, le procedure per l'affidamento delle opere di urbanizzazione subiscano arresti in relazione ad eventuali ricorsi all'autorità giurisdizionale da parte di concorrenti esclusi o non aggiudicatari.

¹⁰ Della problematica in questione si è recentemente occupato anche A. Mandarano il quale, salvo, poi, ipotizzare una soluzione in cui il ribasso andrebbe a beneficio dell'amministrazione, da atto di come "Nel silenzio della legge e salvo che la convenzione contenga statuizioni contrarie, il costruttore potrebbe avvantaggiarsi del ribasso ottenuto in sede di gara [...]" (cfr. A. MANDARANO, *Opere di urbanizzazione a computo e principio di concorrenza*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 12, 1367 s.s.).

relazione ad opere che, per importi e per caratteristiche, risultino effettivamente stimolanti per gli imprenditori non coinvolti nell'intervento lottizzatorio) e, dall'altro, di non complicare inutilmente la realizzazione di opere di urbanizzazione inscindibilmente legate all'intervento di lottizzazione e di scarso rilievo per le imprese non coinvolte in tale intervento.