

IL“IL DITO E LA LUNA”:
RIFLESSIONI SPARSE SULLA DISCIPLINA
DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO
E SULLA REALIZZAZIONE DELLE OPERE PUBBLICHE IN GENERE.

1) Premessa

Riflettendo su di un tema di grande attualità, come quello della realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, viene alla mente quel noto detto orientale secondo il quale “*quando il saggio indica la luna, lo stolto guarda il dito*”.

In effetti, secondo il Legislatore, il grande problema della urbanistica attuale non è la sempre più spinta “contrattualizzazione” dell’ urbanistica, ben descritta in un recente articolo su di un noto Quotidiano nazionale, dal significativo titolo “Cemento” ove - dopo aver rilevato come “*la tecnica prevalente consiste ormai da tempo...nel variare quei parametri urbanistici, come le destinazioni d’uso che possono modificare in modo rilevante il valore di immobili e terreni*” e aver sottolineato come “*tutto questo ha una sua razionalità economica e talora anche motivazioni tutt’altro che ignobili (ad esempio, il Comune “vende” cubature ai privati in cambio di edifici pubblici, scuole, asili)* - l’ Autore giustamente si chiede se “*la Città <infinita>, che si espande senza limiti oltre le periferie sia un soggetto economico in equilibrio o fonte di costi che graveranno in modo insostenibile nel lungo periodo (...); insomma se l’economia del cemento, all’ ultima riga del bilancio, non rappresenti una perdita per tutta la Comunità*”.¹

¹ BERSELLI E., “Cemento”, articolo pubblicato su “la Repubblica” del 09.12.2008.

Un esempio di questa cultura della “Città infinita” è nel POC di Modena, ove si prevede (art. 14.1 del POC):

“Nelle aree elementari ubicate nel territorio urbanizzato, diverse da quelle disciplinate come zone F e G, o disciplinate dal PEEP e dal PIP, o nelle quali operino altri meccanismi perequativi previsti dal PRG, quando il POC possa assegnare/trasferire potenzialità edificatoria ai sensi dell’art. 14.0, essa può essere oggetto di proposta da parte del privato proprietario, da formalizzarsi con accordi di cui all’art. 18 della legge regionale 24 marzo 2000, n. 20 e da recepire mediante varianti di POC da assoggettare alle medesime forme di pubblicità. Analogamente può procedersi quando il privato proprietario intenda proporre modifiche di destinazioni d’uso.

In tutti i casi in cui vengono attribuite maggiore potenzialità edificatoria o più vantaggiose destinazioni d’uso edilizio rispetto alle precedenti previsioni di PRG, è comunque dovuta una compensazione economica (monetizzazione), aggiuntiva rispetto al contributo di costruzione, dovuto per la realizzazione dell’intervento, commisurato ad ½ del maggior valore economico generato da tali modifiche. Tale contributo è utilizzato per la realizzazione di opere e servizi pubblici, o per l’acquisizione di aree per tali opere e servizi”.

L' attenzione del Legislatore, cioè, non è nel cercare di disciplinare una "negoziazione" che si allarga "a macchia d'olio" - a causa di fenomeni concomitanti, come la sempre più grave carenza di risorse degli Enti Locali e la contemporanea crisi della pianificazione (oggi "bloccata" in un difficilissimo trapasso tra vecchi e nuovi strumenti) - con il rischio di una sempre più palese violazione delle regole fondamentali relative all' esercizio delle "funzioni" in materia di governo del territorio, ma è tutta accentrata sulla (presunta) necessità di garantire la concorrenza in un mercato (quello della realizzazione delle opere di urbanizzazione) che non c'è mai stato², dato che la realizzazione di dette opere ha sempre risposto ad una logica del tutto differente, che è quella "urbanistica" e non certo quella del "Codice dei contratti".

In altri termini, si verifica, ancora una volta, quel fenomeno che è oggi molto frequente e che consiste nel confondere i mezzi e gli strumenti con i fini³.

Nel presente lavoro, dopo aver esaminato le problematiche poste dall'attuale disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo⁴, si allargherà la visuale alla realizzazione delle opere pubbliche in genere all' interno del Piano Operativo Comunale, per verificare se sono possibili altre e diverse ricostruzioni.

2) Le opere a scomputo.

Siccome le tappe della vicenda sono arcinote, possiamo limitarci a ricordare brevemente le novità introdotte dal cd. "Terzo correttivo", dividendo la trattazione tra opere "sotto soglia" e "sopra soglia".

Al di sotto della soglia comunitaria viene prevista una procedura negoziata con invito ad almeno 5 imprese qualificate e nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione. L'

² In effetti, la stessa creazione "artificiale" di un mercato, suscita più di una perplessità.

³ Se il fine è il buon "governo del territorio", istituti come la perequazione, la compensazione, le selezioni concorsuali, le procedure di evidenza pubblica, dovrebbero trovare legittimazione e giustificazione se e solo se effettivamente funzionali al perseguimento di detto fine e non come istituti legittimati "ex se", a priori, con una accettazione fideistica ed incondizionata, anche in quelle ipotesi in cui la loro applicazione rischia di produrre effetti addirittura controproducenti con riferimento al fine ultimo sopra ricordato.

⁴ Non senza evidenziare una ulteriore difficoltà data dalla mancanza di un "lessico comune", dato che mentre il Legislatore nazionale parla di "opere di urbanizzazione" a scomputo, il Legislatore regionale parla di "dotazioni territoriali", ed è ben noto che le due categorie non sono affatto perfettamente sovrapponibili, creando difficili questioni interpretative.

aggiudicazione può avvenire sia al prezzo più basso che secondo il criterio dell' offerta economicamente più vantaggiosa, ma è assai probabile che, per una serie di ragioni sia di ordine pratico che teorico, che venga preferito il primo criterio.

La gara può avere ad oggetto (ai sensi dell' art. 53 del Codice) sia la sola esecuzione che la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base del progetto definitivo acquisito in sede di offerta.

L' offerta dovrà indicare distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza.

Poiché – come si evidenzierà nel successivo paragrafo – è il soggetto privato che effettuerà la gara, sarà in ogni caso necessario che l' Amministrazione disciplini - mediante apposito accordo ex art. 11 della L. n. 241/1990 – i necessari controlli e le verifiche che ritiene di disporre, nonché gli aspetti relativi al collaudo.

Secondo parte della dottrina, addirittura, il Comune non potrebbe avvalersi della procedura negoziata di cui al combinato disposto degli artt. 122 e 32 del Codice, cosicché se l' Amministrazione decidesse di effettuare essa stessa la gara, dovrebbe necessariamente seguire le procedure ordinarie (considerando però che per effetto delle recenti misure “anticrisi” la procedura negoziata è stata estesa a tutte le opere di importo complessivo pari a 500 mila Euro)⁵.

Per quanto riguarda le opere sopra – soglia,

3) Le questioni aperte dalla nuova disciplina.

Sono tantissime le questioni che la nuova disciplina pone.

Proviamo di seguito ad elencarle.

1) Può essere il privato a fare la gara?

⁵ Così BOSETTI e GATTI, *Opere di urbanizzazione realizzate da privati e relative problematiche dopo il 17 ottobre 2008, data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 152/2008 (terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici)*, in www.bosettiegatti.it, pag. 12)

La risposta è sicuramente positiva, sia per le opere sopra-soglia che per le opere sotto-soglia, dato che il privato viene ritenuto titolare di un “*mandato espresso*” (CGE sez. VI, , 12.07.2001 n. 399, ma anche Corte Cost. n. 129/2006) come nella concessione di lavori pubblici. In questo senso si è espresso anche il parere formulato dalla VIII Commissione del Senato in data 29 luglio 2008. D’altronde, la stessa collocazione dell’ art. 32, 1° comma lettera g) induce a ritenere i privati come i veri “soggetti aggiudicatori” presi in considerazione dalla norma⁶.

Naturalmente, occorrerà che l’ Amministrazione si garantisca modalità di controllo e verifica sull’ espletamento della gara e sulla successiva realizzazione dell’ opera, magari utilizzando lo strumento degli accordi ex art. 11 della L. n. 241/1990.

2) Può il costruttore partecipare alla gara?

La risposta è ovviamente negativa, per un elementare esigenza di rispetto del principio di imparzialità, se è lui stesso a bandire la gara.

Se, viceversa, la gara viene svolta dall’ Amministrazione, si pone il problema del rispetto dell’ art. 90, 8° comma del Codice dei contratti, tutte le volte in cui il progetto preliminare sia stato predisposto dal privato (e non dalla PA).

Qui le posizioni della dottrina non sono del tutto concordi, dato che mentre alcuni sostengono che l’ art. 32 sarebbe una norma speciale (che deroga all’ art. 90), per altri la partecipazione sarebbe possibile solo nelle ipotesi in cui il privato sia il “committente” del progetto, ma non il materiale esecutore.

Infine, il fatto che il progetto preliminare sia acquisito direttamente dal privato, pone ulteriori problemi di legittimità⁷, dato che il Consiglio di Stato ha recentemente affermato che “*ai sensi dell’*

⁶ Cfr., sul punto, MANDARANO A., *Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza*, in *Urb. E App.*, 2008, p. 1371 che afferma “*sembra doversi ammettere pertanto, in accordo con la giurisprudenza, la possibilità di un conferimento al costruttore delle funzioni di stazione appaltante, sia nel caso di opere sopra soglia, sia in quello di opere sotto soglia*”; in senso analogo, BOSETTI e GATTI, *Opere di urbanizzazione realizzate da privati e relative problematiche dopo il 17 ottobre 2008, data di entrata in vigore del D. Lgs. n. 152/2008 (terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici)*, in www.bosettiegatti.it per i quali, anzi, il Comune, per opere inferiori alla soglia comunitaria non potrebbe ricorrere alla procedura negoziata di cui all’ art. 122, comma 8 (così a pag. 12)

⁷ Senza considerare che ci si deve chiedere se si tratta di un atto di liberalità o se il privato abbia il diritto di scomputare i relativi costi.

art. 90 e 91 soltanto l'Amministrazione competente ad eseguire le opere può elaborare direttamente la progettazione dell'opera pubblica da realizzare oppure affidarla a terzi mediante specifiche procedure di evidenza pubblica" (Cons. di Stato, sez. VI, 1008/2008).

Problemi non semplici si pongono, poi, per la partecipazione di Società controllate o collegate, per le quali la esclusione dovrebbe essere comminata solo in ipotesi di inequivocabile comunanza di interessi o di soggetti dotati di poteri decisionali.

3) Quale è il regime transitorio e intertemporale?

La questione, disciplinata dall' art. 253, 8° comma, non si pone per le opere di urbanizzazione secondaria sotto-soglia che il privato abbia assunto l'obbligo di realizzare prima del 01.07.2006.

Questa ipotesi va necessariamente estesa anche alle opere di urbanizzazione primaria, pena una palese disparità di trattamento che porrebbe indubbi problemi di legittimità costituzionale, sulla base della semplice considerazione che il Legislatore si è riferito alle (sole) opere di urbanizzazione secondaria perché, quando l'art. 253 è stato scritto, per le opere di urbanizzazione primaria sotto-soglia non era prevista la gara (introdotta solo nel terzo correttivo).

Ci si può chiedere, però quale sia la disciplina da applicare alle gare bandite con regole diverse (ad esempio, quelle che prevedevano la prelazione) e, in generale, alle ipotesi in cui si sia già perfezionato l' accordo (magari mediante la stipula di una convenzione) tra Comune e privato.

Da un lato vi è chi ritiene che le nuove regole valgano solo dal 17 ottobre 2008, e non possano trovare applicazione quando vi sia stato l'accordo tra il privato e l' Amministrazione⁸ e chi invece afferma che occorre fare riferimento alla circostanza dell' avvenuto o meno rilascio del permesso di costruire⁹.

4) Come si determinano gli importi (le soglie)?

⁸ In questo senso il parere dell' ANCE, del dicembre 2008, che anzi ciò valga anche quando lo schema di convenzione sia stato approvato dal Consiglio comunale.

⁹ Così Corte dei Conti, Lombardia, 26.11.2008 n. 95.

Si deve sommare il valore globale delle opere, senza artificiosi frazionamenti (CGE 21.02.2008 C-412/04). Ciò significa che occorre sommare U1 e U2, evitando di frazionarle (Cons. di Stato, sez. V, n. 2803/2008).

5) Si aggiudica a corpo o a misura? chi si avvantaggia dell' eventuale ribasso?

C' è un indubbio favor per l' aggiudicazione "a corpo" (cfr. art. 53, 4° comma), ma non è esclusa l'aggiudicazione "a misura"¹⁰.

Secondo alcuni, l'eventuale ribasso in sede di gara andrebbe a vantaggio del privato, perché vi sarebbe una novazione dell' obbligazione originaria che si modificherebbe dal pagamento degli oneri a quella di realizzare l'opera. Secondo questa tesi, ricadrebbero sul privato anche gli extra-costi.

Secondo un'altra tesi, il punto di riferimento restano gli oneri, per cui ex post scatterebbe la necessità di eventuali conguagli.

Una soluzione pratica può essere quella di disciplinare accuratamente tale aspetto in sede di convenzione.

6) Quali norme del Codice trovano applicazione?

Sicuramente i concorrenti devono essere **qualificati**, ai sensi dell' art. 40 del Codice.

Questo vale anche per la progettazione.

Innumerevoli saranno i **problemi logistico – operativi**: dove far recapitare le offerte? come garantire la custodia? sono necessarie sedute pubbliche? ci vuole la nomina del RUP?

I problemi diventano ancora più seri se si usa il metodo di aggiudicazione dell' offerta economicamente più vantaggiosa. Occorrerà infatti prestare particolare attenzione ai requisiti minimi delle varianti ammesse; alla previa identificazione degli elementi e criteri di valutazione (artt. 76 e 83 del Codice); alla nomina di una Commissione giudicatrice.

Probabilmente un qualche aiuto può fornirlo una condivisibile pronuncia ha affermato che: *“La procedura negoziata, pur divergendo in modo sensibile dal modello della tradizionale trattativa*

¹⁰ In tal senso BOSETTI e GATTI, op. cit.

privata integralmente deproceduralizzata, conserva margini di snellezza e di elasticità che giustificano la sottrazione a regole formali operanti con riferimento alle gare sottoposte ad un più intenso tasso di pubblicità e di formalismo (Cons. Stato, sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004); in questa direzione, anche a voler ritenere applicabili alla specie i principi – pure tutelati a livello comunitario – di pubblicità e trasparenza, il riferimento a tali concetti assume un significato ben preciso e circoscritto, non coincidente con quello elaborato nel diritto interno. Esso non indica, infatti, l'obbligo della stazione appaltante di consentire la fisica presenza alle operazioni di gara dei rappresentanti di tutti i concorrenti, ma prescrive a ciascuna amministrazione, da un lato, di rendere previamente nota la propria intenzione di contrarre e di definire, sempre ex ante, le modalità di valutazione delle offerte; dall'altro lato, di garantire ex post la leggibilità delle decisioni assunte dalla medesima stazione appaltante (Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520). Non esistono regole od affermazioni giurisdizionali secondo cui la pubblicità delle operazioni di apertura della offerta economica, ossia la verificabilità immediata delle operazioni compiute dall'amministrazione, costituisca un obbligo incondizionato per le stazioni appaltanti. Del resto, la normativa di contabilità generale del 1924 prescrive tale forma per le aste pubbliche e le licitazioni private, non anche per le trattative private (Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 2008, n. 4520)” (così TAR Puglia, Lecce, 29.01.2009 n. 128).

Si potrà applicare l' **autocertificazione**?

La risposta è positiva, ai sensi dell' art. 2 e 77 bis del DPR 445/2000, ma sarà necessario che il bando lo preveda espressamente.

Per quanto riguarda l' **avalimento**, non pare che esso possa essere escluso, stante la ampia previsione contenuta nell' art. 49¹¹.

7) Può il privato pagare mediante la cessione di beni (art. 53, comma da 6 a 10 del Codice)?

La risposta pare positiva. In questa ipotesi sarà possibile la cessione di lotti edificabili o anche di immobili da realizzare (art. 1472 cod. civile), pur con le cautele che caratterizzano tali ipotesi.

¹¹ Così BOSETTI e GATTI, op. cit.

8) E' possibile prevedere una esecuzione per lotti o con opzioni di ripetizione?

Anche in questo caso la risposta pare positiva, ma occorrerà disciplinare bene, in sede di bando, la trasparenza di tali ipotesi e si dovrà disciplinare adeguatamente sia le problematiche di tipo tecnico (es. unitarietà delle reti) che quelle relative all' adeguamento dei prezzi (art. 133 del Codice).

9) L' esecuzione dell' appalto è soggetta al Codice?

La risposta qui è negativa, dato che l' art. 32, 2° comma sottrae l' esecuzione delle opere alla disciplina del Codice, salvo il collaudo.

10) Quale è il giudice delle controversie?

La risposta dovrebbe essere il **Giudice amministrativo**, ai sensi dell' art. 244, 1° comma e dell' art. 23 bis della L. n. 1034/1971.

Potremmo così avere contenziosi tra privati, che si svolgono al TAR.

Pare possibile anche la previsione di **arbitrati**, trattandosi di controversie tra soggetti privati

11) Quali responsabilità per il privato che indice la gara?

Si può ipotizzare che il privato sia soggetto alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Infatti, una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte ha affermato che “è sufficiente che il privato, pur estraneo all' organizzazione della Pubblica Amministrazione, sia comunque compartecipe dell' attività amministrativa, svolgendo un'attività anche solo strumentale, per quanto solo temporaneamente, all'esercizio della funzione pubblica”. Secondo la Suprema Corte ciò si verifica ogniqualvolta il privato risulti “*funzionalmente inserito in un procedimento amministrativo con effetti di perseguire finalità pubbliche*”¹², come può verificarsi nell' ipotesi ora in esame ove, non a caso, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee qualifica il privato come “*titolare di un mandato espresso*”, conferito dall'Ente pubblico che intende realizzare l'opera o il servizio (sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98; in senso analogo si è espressa la stessa Corte Costituzionale con la sentenza n. 129/2006).

¹² Cass., Sez. Unite, Ord. 01.04.2008 n. 8409

Ci si può però chiedere quale sia il “danno erariale”, dato che se l’ipotetico risparmio di spesa derivante dall’espletamento della procedura di evidenza pubblica viene “lucrato” dal privato, non vi è, evidentemente, alcun danno erariale.

Per quanto riguarda, invece, la responsabilità penale, si può ritenere che il privato sia da qualificare come “*incaricato di un pubblico servizio*”, con ciò che ne consegue.

12) Che succede se il privato non fa la gara?

Ci si può chiedere cosa accada se il privato dovesse rifiutarsi di espletare la gara.

La risposta non è affatto agevole, ma parrebbero legittimati a dolersi le imprese del settore che avrebbero potuto aspirare all’aggiudicazione.

Sicuramente non pare che si possa denegare il rilascio del permesso di costruire, dato che negare tale titolo abilitativo per ragioni non urbanistiche, ma di tutela della concorrenza, finirebbe per concretare un evidente sviamento.

13) Quali margini di scelta ha il privato che indice la gara nella scelta delle imprese?

Ci si può, infine, chiedere, quali margini di scelta abbia il privato nell’individuazione delle imprese da invitare alla gara e se, in particolare, possa non invitare un operatore del settore che abbia chiesto di parteciparvi. Anche in questo caso, le posizioni sono diverse, dato che la giurisprudenza pare orientata nel ritenere illegittima la esclusione dell’operatore che abbia chiesto di partecipare (TAR Toscana, 12/12/2008 n. 4042), mentre in dottrina si è affermato che non vi sarebbe un obbligo di esame di tutte le istanze di partecipazione, argomentando sulla scorta dell’art. 57, secondo il quale gli operatori sono scelti dalla stazione appaltante, sulla base di informazioni desunte dal mercato.¹³

4) Una diversa soluzione è possibile?

La costruzione della Corte di Giustizia, giustamente contrastata dall’Avvocato Generale, che aveva escluso l’esistenza di un vincolo contrattuale e l’onerosità della prestazione, è stata – come è noto - fideisticamente ed acriticamente recepita dal Legislatore nazionale.

¹³ Così BOTTEON F., Trattativa privata dell’art. 122 D. Lgs. n. 163/2006 e (vera) semplificazione: l’istanza di partecipazione del singolo non determina un obbligo di esame, in <http://www.appaltiecontratti.it>, 2, 2009.

In realtà, essa appare sicuramente contestabile, sulla base della seguenti considerazioni.

Innanzitutto, è a tutto ben noto come la preventiva e sufficiente urbanizzazione delle aree su cui si procederà ad edificare, costituisce un vero e proprio “**principio fondamentale**” del diritto urbanistico¹⁴, stabilito dalla L. n. 1150/1942 e recentemente ribadito dall’ art. 12 del DPR 380/2001, che subordina il rilascio del Permesso di costruire all’ esistenza delle necessarie opere di urbanizzazione primaria.

Da un punto di vista più teorico, si è così affermato che la previa urbanizzazione dei suoli è componente ineliminabile della proprietà “edilizia” (contrapposta a quella “fondiaria”) e cioè come non si possa procedere all’ edificazione senza il previo assolvimento di questo onere di natura “reale” , intimamente connesso e inscindibile rispetto alla facoltà di edificare.

In quest’ottica si comprende perché la Suprema Corte identifichi tale vicenda richiamandosi alla categoria delle “obbligazione *propter rem*” cioè ad obbligazioni che si trasferiscono con il trasferimento della proprietà del suolo¹⁵.

Questo intimo legame con la “*res*”, rende del tutto evidente l’erroneità del richiamo a principi come quelli di concorrenza, mercato, non discriminazione, etc...,dato che tale legame esclude – a priori – una reale ed effettiva possibilità di scelta fra più soggetti.

Il fatto poi che le opere di urbanizzazione siano destinate a passare alla “mano pubblica” (e diventino perciò “*opere pubbliche*”) non va assolutamente frainteso, né enfatizzato, dato che si tratta semplicemente della conseguenza derivante dalla avvenuta realizzazione di una “maglia della Città”, cosicché le strade, i parcheggi, il verde, l’ illuminazione di questa porzione della Città non possono che essere ceduti all’ Amministrazione ed essere dalla medesima gestiti.

¹⁴ Così STELLA-RICHTER P., *I principi del diritto urbanistico*, Giuffrè, 2002, p. 56.

¹⁵ Cfr. Cass., sez. III, 15-05-2007, n. 11196: “L’assunzione, da parte del proprietario del fondo, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota parte di quelle di urbanizzazione secondaria (cui è subordinata l’autorizzazione per la lottizzazione) costituisce un’obbligazione *propter rem* e comporta che dette opere debbano essere eseguite da coloro che sono proprietari al momento del rilascio della concessione edilizia e che ben possono essere soggetti diversi da quelli che stipularono la convenzione, per avere da questi acquistato una parte del suolo su cui far sorgere singoli (o gruppi di) lotti”

Non si deve, cioè fare l' errore di confondere la qualificazione finale (opera pubblica) con il reale scopo che il privato persegue.

Il privato, infatti, non esegue opere di urbanizzazione perché vuole realizzare opere pubbliche, ma finisce per eseguire opere pubbliche perché deve urbanizzare il lotto su cui intende edificare.

E' per questo che solo con una grossa forzatura si può definire il rapporto tra privato lottizzante e Comune come un rapporto "oneroso", dato che il Comune si limita semplicemente a porre una "*conditio sine qua non*", nel senso che ci saranno delle opere pubbliche se e nella misura in cui il privato deciderà di procedere all' edificazione.

Analogamente, pare una forzatura definire "contrattuale" il rapporto tra privato e Comune.

Il rapporto, infatti, è disciplinato direttamente dalla legge (cfr. art. 28 della L.n. 1150/1942 e art. 12 del DPR 380/2001), e l' obbligo di infrastrutturare il lotto non discende tanto dalla convenzione quanto dalla Legge (posto che tale obbligo sussiste in ogni caso, a prescindere dalla convenzione, come dimostra anche il fatto che - in ipotesi di edificazione in zone già urbanizzate - si procede con intervento edilizio diretto).

Si tratta, cioè, di un corrispettivo di "diritto pubblico", che solo con una evidente forzatura può essere ricondotto ad una fattispecie negoziale / contrattuale.

La Legislazione della nostra Regione chiarisce molto bene questo aspetto, laddove parla (art. 6 della L.R. 20/2000) di dotazioni e /o infrastrutture per la mobilità, etc... che siano **la pre-condizione di sostenibilità ambientale e territoriale per la realizzazione dell' intervento.**

Come abbiamo detto, siamo in pieno all' interno dell' "**urbanistica**" e la tutela della concorrenza, il rispetto dei principi dettati dal Codice degli Appalti e dall' Ordinamento Comunitario non paiono - per le ragioni dianzi esposte - particolarmente pertinenti.

In altri termini, non pare affatto che, in queste ipotesi, si possa identificare un negozio, a titolo oneroso, tra Amministrazione e privato che interviene, ma si tratta, più correttamente, della necessaria realizzazione delle **condizioni** a cui l' Amministrazione subordina l' effettuazione dell'

intervento (“le condizioni specificatamente individuate dal piano che garantiscono la sostenibilità del nuovo intervento”).

In effetti, si tratta di vicenda analoga a quanto si verifica quando l'Amministrazione accetta la cessione delle aree a standard nell'ambito dei Piani attuativi, in cui, come è ovvio, non ci si è mai posti un problema di garantire il rispetto delle regole di evidenza pubblica e di concorrenza.

Alla luce di ciò, perciò, non pare affatto scandaloso – anche ai sensi dell'art. 6 dianzi citato – che il privato il cui progetto di intervento sia stato selezionato nel POC, esegua direttamente e contestualmente le opere che rappresentano **le condizioni di sostenibilità dell'intervento stesso**, se si ritiene – come il 3° comma dell'art. 6 dice a chiare lettere – che si tratta di “*qualità intrinseche del bene*” (così lo stesso art. 6), nel senso che quel bene immobile è edificabile **se ed a condizione che** vengano contestualmente realizzati quegli interventi, quelle infrastrutture o quelle dotazioni che ne garantiscono la sostenibilità.

E' per questo che, in modo del tutto condivisibile, **l'art. A-26 della L.R. 20/2000** prevede che “*il Comune, tramite apposita convenzione può, su loro richiesta, consentire ai soggetti interessati di realizzare **direttamente** in tutto o in parte, le altre specifiche dotazioni territoriali alla cui realizzazione e attivazione la pianificazione urbanistica **subordina** l'attuazione degli interventi*”

Una significativa, ma importante conferma della necessità di non “ingessare” la realizzazione di opere di interesse locale, si rinviene nel recente art. 23 del D.L. n. 185/2008, convertito con L. n. 2/2009, laddove si disciplina la realizzazione di “*microprogetti di arredo urbano o di interesse locale, operati dalla Società civile nello spirito della sussidiarietà*”¹⁶.

¹⁶ “Per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati, fornendo prescrizioni ed assistenza. Gli enti locali possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma.

2. Decorsi 2 mesi dalla presentazione della proposta, la proposta stessa si intende respinta. Entro il medesimo termine l'ente locale può, con motivata delibera, disporre l'approvazione delle proposte formulate ai sensi del comma 1, regolando altresì le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione. La realizzazione degli interventi di cui al presente articolo che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni di legge

Al di là della formulazione alquanto naif della norma che parla di “*clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati*” e di “*attività e processi di cui al presente comma*”, non pare dubbia la volontà di incentivare la realizzazione di opere di interesse locale, affidandone la realizzazione alla “società civile”¹⁷.

5) Il rapporto tra Pianificazione Operativa e opere pubbliche.

Ai sensi del 7° comma dell’ art. 30 della L.R. 20/2000, il POC costruisce strumento di indirizzo e coordinamento per il programma triennale delle opere pubbliche.

Esso, in particolare, dovrebbe consentire - come una sorta di Direttore di orchestra - di “mettere a sistema” e collocare nello spazio (e non solo nel tempo) le opere pubbliche, creando altresì il necessario raccordo tra previsione dell’ opera e individuazione delle **risorse** necessarie per la loro realizzazione.

In realtà, la previsione normativa pare molto ottimistica, fosse solo per la considerazione che essa si disinteressa di individuare i meccanismi concreti ed i moduli organizzativi volti a realizzare tale obiettivo, che richiede indubbiamente una forte sinergia e un intenso coordinamento tra diversi Settori e/o Servizi dell’ Amministrazione comunale (Lavori Pubblici, Urbanistica, Edilizia, Patrimonio, etc....)

Sotto il profilo temporale, a prescindere dal differente orizzonte temporale degli strumenti di pianificazione e programmazione previsti dalla Legge (tre anni per il Programma delle opere pubbliche e cinque anni per il POC), pare assolutamente ottimistica la previsione espressa nel 4° comma dell’ art. 30 secondo la quale “*il POC programma la contestuale realizzazione e completamento degli interventi di trasformazione e delle connesse dotazioni territoriali e infrastrutture per la mobilità*”.

vigenti. Si applicano in particolare le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

3. Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell’ente competente.

¹⁷ Sulla norma ora in commento, vedi GRECO M., *Il partenariato pubblico-privato (PPP): opzione o necessità?*, in <http://www.diritto.it>, 1/2009

In effetti, nel capoverso successivo il Legislatore deve ammettere che ciò possa avvenire anche in deroga al limite temporale previsto per il POC stesso (cinque anni), sembrando assai improbabile che opere infrastrutturali o simili, di grandi dimensioni e di grande impatto territoriale, che magari necessitano di VIA, possano essere “completate” in un così ristretto arco di tempo.

Senza considerare che se ben difficilmente potrà evitarsi una realizzazione per “stralci”, in sede negoziale potrebbero riproporsi tutte le problematiche e le incertezze evidenziate nel paragrafo precedente.

In sintesi, può ipotizzarsi che il programma triennale dei lavori pubblici (art. 128 del Codice degli Appalti) costituisca una sorta di “nocciolo duro” che potrà essere modificato e implementato all’esito delle negoziazioni preliminari alla redazione del POC, tenendo presente che lo stesso Codice per gli Appalti esprime un chiaro *favor* (cfr. art. 128, comma 3°) per le opere che siano oggetto di finanziamento con capitale privato.

Quanto al problema del necessario rispetto dell’ evidenza pubblica, è noto che per le “*opere pubbliche, la deroga al regime della gara pubblica imposta dall’art. 53 del D.lgs n. 163/2006 (d’ora in poi anche “codice”) - la cui disciplina non differisce in caso di contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria (cfr artt. 122 e 123 del codice) - non è consentita (...)*

Ora, 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.” (così TAR Lombardia, Milano, sez. II, n. 6541/2007).

Si tratta di un orientamento fatto proprio dalla stessa Corte di Giustizia Europea (Corte di Giustizia, 18.01.2007 causa C-220/05), che ha ritenuto che non possa prescindersi dal doveroso esperimento di una “gara pubblica” anche quando lavori di riqualificazione urbanistica, effettuati per fini di interesse generale siano affidati ad una **Società mista**, mediante una convenzione pubblica che preveda che allo scadere della convenzione stessa l’Amministrazione diventi automaticamente proprietaria dei terreni e delle opere.

In modo ancor più netto, l’ **Autorità di Vigilanza** sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con Determinazione n. 4 del 2 aprile 2008 ha affermato quanto segue:

“Ne consegue, quindi, che le convenzioni urbanistiche mediante le quali i privati si obbligano a realizzare opere pubbliche presentano elementi e natura tali da essere riconducibili, sul piano tassonomico, allo stesso genus dei piani di lottizzazione, ancorché si configurino come tipi differenti di piani attuativi (i cosiddetti programmi complessi).

Ciò in quanto, come sopra riferito, la realizzazione di opere da parte del privato avviene comunque sulla base di accordi convenzionali conclusi dallo stesso con l’amministrazione per il raggiungimento di un proprio interesse patrimoniale, che è la causa del negozio giuridico in base al quale il privato stesso assume su di sé l’obbligo di realizzare le opere di cui trattasi.

Alla luce di quanto sopra, pertanto, si può ritenere che le fattispecie in esame siano da ricondurre alla categoria dell’“appalto pubblico di lavori”, da ciò derivando, come necessario corollario, che esse debbano essere affidate secondo procedure ad evidenza pubblica nel rispetto del diritto comunitario e nazionale vigente.

Né osta a tale ricostruzione il fatto che la realizzazione delle opere avviene tramite soggetti privati, atteso che la Corte Costituzionale, con sentenza 28 marzo 2006 n. 129, ha espressamente stabilito che “ il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente non può essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacchè la possibilità

che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa dal citato art. 2, comma 5, della legge 109/1994.”

A prescindere dalla assoluta non divisibilità della ricostruzione che individua la “causa” del negozio nel raggiungimento di un interesse patrimoniale del privato (mentre la causa non può che essere - anche per questi “*Programmi complessi*” - di natura “urbanistica”), **la questione sembrerebbe pertanto risolta.**

(problema dei bandi) (art. 12 l. 241/1990)

Ci si può chiedere solo se – dopo il terzo correttivo al Codice dei Contratti, entrato in vigore nell’ottobre 2008 (e perciò successivo alla determinazione dell’ Autorità di Vigilanza dell’ aprile 2008), se sia ancora possibile ritenere – come affermato nella determinazione n. 4/2008 – se gli operatori privati scelti all’ esito di una **selezione concorsuale** (come quella normalmente prevista per la redazione del POC o nei PRU della L.R. 19/1998) possano - proprio in virtù di tale previa selezione - procedere ad una realizzazione diretta delle opere¹⁸.

La risposta sembrerebbe negativa, dato che **la selezione avviene sulla base di parametri “urbanistici”** che

6) Conclusione: gli esiti paradossali.

La attuale disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo, costituisce l’ennesimo paradosso normativo.

Si è voluta fortemente la “privatizzazione” dell’ attività amministrativa, ritenendo – a torto o a ragione – che essa garantisca una maggiore economicità, efficacia ed efficienza.

Si è però progressivamente “contaminata” tale privatizzazione con l’innesto forzoso di istituti e strumenti del diritto pubblico, operando una sorta di “*ripubblicizzazione strisciante*”, che si manifesta in modo evidente con l’estensione del sistema della responsabilità amministrativo – contabile e con l’ obbligo di utilizzo delle procedure di evidenza pubblica, come si verifica nel caso

¹⁸ Si tratta di una soluzione che pare ricordare, anche se non in modo del tutto condivisibile, quanto si è previsto in materia di società miste, laddove si è previsto che se il socio è stato scelto con gara, non sia necessario una successiva gara per l’affidamento del servizio. Non vi è dubbio, però, che le due fattispecie paiono profondamente diverse.

di cui ci occupiamo, in cui i privati vengono obbligati a porre in essere procedure di evidenza pubblica.

E' evidente, allora che "il serpente si morde la coda", nel senso che questo percorso "circolare" riporta al punto di partenza, secondo un fenomeno in realtà già visto, se si pensa alla annosa vicenda delle *società in house*, dove il presupposto per la corretta applicazione dell' istituto è che l' Ente eserciti sul soggetto (formalmente privato) poteri non dissimili da quelli che esercita sui propri Servizi (cd. controllo analogo).

In realtà, il fenomeno non è indolore, dato che l' applicazione a soggetti privati di regole proprie del diritto pubblico non è senza gravi inconvenienti.

Si pensi solo alle difficoltà a cui si troveranno di fronte i privati nell' applicare istituti assai complessi e procedure assai farraginose, come quelle dettate dal "Codice dei contratti", procedure con le quali solo ora le Pubbliche Amministrazioni cominciavano ad avere una certa dimestichezza, dopo circa 15 anni di rodaggio ed a frutto di migliaia di contenziosi.

Non pare che l' urbanistica e la indispensabile realizzazione delle dotazioni territoriali avessero bisogno di questo ulteriore elemento di complicazione, che finirà, inevitabilmente per produrre effetti negativi.

I privati, infatti, finiranno per perdere ogni interesse all' esecuzione delle opere a scomputo, sia perché non potranno partecipare alla gara, sia per i rischi di contenzioso che la nuova disciplina innesca, senza considerare la inevitabile dilatazione dei tempi per l' esecuzione delle opere (si pensi solo al prolungamento dei tempi per il rilascio dei Permessi di costruire e come ciò si coordini con una normativa regionale che prevede l' istituto del silenzio assenso).

In effetti, l'unico mercato che la riforma finirà per creare è quello delle consulenze e quello derivante dai contenziosi, due mercati di cui non si avvertiva alcuna necessità, in un momento di crisi come questo.

Vi sarà poi, inevitabilmente, un forte disincentivo alla realizzazione delle opere a scomputo che – stante la forte discrasia tra "oneri tabellari" e costi effettivi delle opere – condurrà

inevitabilmente a preferire la corresponsione degli oneri, con il concreto rischio che l' Ente Locale non riesca poi concretamente ad avere le disponibilità economiche sufficienti per realizzare effettivamente opere indispensabili per la Collettività.

Occorre, infatti ricordare che la giurisprudenza, anche di recente, ha sottolineato come *“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. Per la determinazione di esso deve essere fatto necessario ed esclusivo riferimento alle norme di legge che regolano i relativi criteri di conteggio ... Le modalità di commisurazione della incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria per la concreta determinazione del contributo dovuto, devono, quindi, seguire i precisi criteri e limiti fissati rigidamente dalla legge”* (...) pertanto *“la pretesa debenza di un conguaglio sul contributo di concessione, che sarebbe dovuto in base ai costi reali sostenuti per la concreta urbanizzazione prevista dal Piano Particolareggiato, nel cui ambito la costruzione va a ricadere, costituisce, dunque, una pretesa in contrasto con l'ordinamento giuridico”* (C.d.S., V, 21 aprile 2006, n. 2258)

Sicché – richiamandosi al precedente di C.d.S., V, 6 maggio 1997, n. 462 – la citata decisione ha precisato che *“il contributo per il rilascio della concessione edilizia imposto dalla L. 28 gennaio 1977, n. 10, e commisurato agli oneri di urbanizzazione ha carattere generale, in quanto prescinde totalmente dall'esistenza o meno delle singole opere di urbanizzazione, ha natura di prestazione patrimoniale imposta e viene determinato senza tener conto dell'utilità che riceve il beneficiario del provvedimento di concessione, né delle spese effettivamente necessarie per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione relative alla concessione assentita”*.

(per una **recentissima conferma** di tale orientamento, si veda, Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 19.12.2008 n. 1131).

Senza considerare, infine, che il Legislatore ha disegnato una procedura negoziata “atipica” che ha un amplissimo spettro di applicazione (da lavori di poche decine di migliaia di Euro a lavori di oltre 5 milioni di Euro), procedura negoziata che, soprattutto sotto il profilo della “pubblicità” appare alquanto carente.

Ciò potrebbe condurre l’ Unione Europea a dubitare della legittimità di una disciplina che (quella italiana) che oltre una certa soglia è difficile escludere che presenti un indubbio “*interesse transfrontaliero*” (per usare l’ espressione della Corte di Giustizia in C./412/2004 del 21.02.2008), con tutto ciò che ne conseguirebbe.

E’ per questo che il giudizio sulla modifica normativa non può che essere negativo.

Infatti – come è stato efficacemente affermato e come abbiamo già scritto in un precedente scritto – le Leggi, per essere rispettate, devono essere “*rispettabili*”, sia nel senso che sia possibile comprenderne il significato (e, conseguentemente, ne risulti agevole l’attuazione), sia nel senso che esse risultino sempre rispettose dei fondamentali principi costituzionali di eguaglianza, **proporzionalità e ragionevolezza.**

Federico Gualandi, Avvocato in Bologna, Professore a contratto di diritto amministrativo presso l’ Università degli studi di Venezia.