

## **Annotazioni critiche sul documento ITACA - Conferenza delle Regioni “Realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri”**

a cura di Roberto Travaglini (Confindustria Vicenza)

**Sommario:** 1. Premessa – 2. L'attuale regime delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia – 2.a. I termini urbanistici della fattispecie – 2.b. Il requisito della “funzionalità” rispetto all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio – 2.c. La limitazione alle sole opere di urbanizzazione primaria “sotto soglia” – 2.d. Le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia di “interesse transfrontaliero certo” – 2.e. La compresenza di opere di urbanizzazione primaria, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, e di opere di urbanizzazione secondaria globalmente d'importo inferiore alla “soglia comunitaria” – 3. Il regime delle opere di urbanizzazione realizzate in assenza di scomputo degli oneri. – 4. La natura del rapporto tra Comune e operatore economico - 4.a. La sorte del c.d. “risparmio d'asta” – 4.b. I poteri di vigilanza e d'intromissione spettanti al Comune.

### **1. Premessa**

Nonostante la dichiarata e indubbiamente sincera intenzione di ITACA di fornire, con il documento in rubrica, soprattutto ai Comuni di piccole e medie dimensioni, “strumenti di ausilio” per la corretta applicazione della normativa concernente la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri, l'impressione di chi scrive è che, almeno in parte, il risultato ottenuto sia l'opposto, ovvero l'incremento delle incertezze interpretative e, conseguentemente, della confusione per le Amministrazioni locali, gli operatori economici ed i privati promotori di iniziative di trasformazione urbanistica e/o edilizia.

Non va, infatti, dimenticato che la vigente disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri è il risultato delle modifiche introdotte nel Codice dei contratti pubblici dal c.d. “terzo correttivo” (D. Lgs. 11 settembre 2008, n. 152) e dall'introduzione nell'art. 16 del Testo unico dell'edilizia (DPR 6 giugno 2001, n. 380) del comma 2-bis, operata dall'art. 45 del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con legge 22 dicembre 2011, n. 284.

Ciò significa che il testo del Codice dei contratti pubblici si è, sulla specifica materia, assestato da oltre cinque anni, mentre quello del Testo unico dell'edilizia, da quasi due.

Nel frattempo, l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, forniture e servizi, ha fornito utili indicazioni interpretative:

- a) riguardo alle disposizioni codicistiche, con la determinazione n. 7, del 16 luglio 2009 “*Problematiche applicative delle disposizioni in materia di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione dopo il terzo correttivo del Codice dei Contratti*”;
- b) relativamente alla novità del c.d. decreto “Salva Italia”, con la deliberazione n. 46, del 3 maggio 2012 “*Quesiti in merito alle modifiche introdotte dall'articolo 45, comma 1, del d.l. n. 201 del 06.12.2011, così come convertito con la legge 22.12.2011, n. 214, alla disciplina delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione*”.

Il documento di ITACA – per di più oggetto di specifica approvazione ad opera della Conferenza delle Regioni, avvenuta il 7 novembre 2013, che gli ha conferito veste ancor più “istituzionale” - non può, pertanto, non destare perplessità, atteso che contraddice alcune delle interpretazioni che l'Autorità aveva formalizzato negli atti sopra richiamati, ingenerando inevitabile confusione negli Enti locali e nei privati interessati.

Ad avviso di chi scrive, soprattutto alla luce dell'ormai pacificamente riconosciuta attività regolatoria esercitata dall'Autorità<sup>1</sup>, sarebbe stato più opportuno che ITACA e/o la

---

<sup>1</sup> Sul punto si rinvia a M.A. Sandulli, “*Natura ed effetti dei pareri dell'AVCP*”, in *federalismi.it*, 13/2013.

Conferenza delle Regioni sollecitassero un nuovo intervento interpretativo dell'Autorità, piuttosto che formalizzare e rendere pubbliche disomogeneità di pensiero con quest'ultima.

Quattro sono, in particolare, le questioni nelle quali tale disomogeneità si rende maggiormente palese: il regime delle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia, il regime delle opere di urbanizzazione realizzate in assenza di scomputo, la sorte del c.d. *"risparmio d'asta"* ed i poteri di vigilanza e d'intromissione spettanti al Comune nel caso in cui l'operatore edilizio funga da stazione appaltante.

## 2. *L'attuale regime delle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia*

Come detto, la disciplina delle opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria<sup>2</sup> è stata, da ultimo, riformata a seguito dell'introduzione, nell'art. 16 del Testo unico dell'edilizia, del comma 2-bis, secondo cui *"Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"*.

### 2.a. – *I termini urbanistici della fattispecie*

La norma ripropone – ancorché con alcuni adattamenti<sup>3</sup> - quanto già contenuto nell'art. 5, comma 2, lett. a), n. 2), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, che peraltro venne stralciato dalla legge di conversione 12 luglio 2011, n. 70.

Il *"precedente"* è utile perché - contrariamente alla disposizione più recente, poi convertita ed attualmente vigente<sup>4</sup> – risulta corredato da specifica motivazione, contenuta nella Relazione illustrativa al decreto legge 70/2011.

In tale Relazione, l'innovazione normativa veniva giustificata *"con l'esigenza di progettare unitariamente le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria e di fare in modo che le stesse fossero eseguite contestualmente e in maniera coordinata con gli interventi principali. L'esecuzione di tali opere, infatti, essendo un onere connesso alla trasformazione urbanistica del territorio, pone problemi di interferenze con la realizzazione degli edifici previsti all'interno dell'ambito territoriale oggetto di trasformazione"*<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Dal 1° gennaio 2012 pari a 5 milioni di euro.

<sup>3</sup> E' stato aggiunto il riferimento agli *"interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico"* e la dichiarata non applicabilità del *"decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"* sostituisce quella riferita al solo *"articolo 122, comma 8"* (che, tra l'altro, avrebbe comportato l'aberrante conseguenza di discriminare *in peius*, assoggettandole al regime dell'art. 32, comma 1, lett. g), del Codice dei contratti pubblici, proprio quelle opere che, in realtà, si volevano *"liberalizzare"*).

<sup>4</sup> La cui Relazione tecnica si limita e sottolinea che *"La norma tende a favorire la celere realizzazione degli interventi privati"*.

<sup>5</sup> Non si ritiene di attribuire valenza tecnico-giuridica al termine *"interferenze"* riportata nel testo, anche se la *"interferenza tecnica"* è stata espressamente configurata quale ipotesi legittimante l'affidamento a trattativa privata a *"contraente determinato"* dalla dottrina e dalla giurisprudenza formatasi con riferimento all'art. 24, comma 8, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. Legge Merloni) - poi abrogato dalla legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter) - che ne ha riconosciuta la continuità con le previsioni dell'art. 41, n. 5, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (*"... ogni altro caso in cui ricorrono speciali ed eccezionali circostanze per le quali non possano essere utilmente seguite le forme degli artt. da 37 a 40 del presente regolamento"*) e dell'art. 9, comma 2, lett. b) del D. Lgs. 19 dicembre

Quanto sopra ben può estendersi anche alla successiva disposizione d'urgenza, poi convertita, ed offre lo spunto per tentare di ricostruire una giustificazione "sistematica" alla sua collocazione nel Testo unico dell'edilizia, recante la disciplina delle trasformazioni urbanistiche ed edilizie del territorio, anziché nel Codice dei contratti pubblici.

In particolare, ci sembra meriti di essere sottolineata l'affermazione, contenuta nella citata Relazione, secondo cui *"l'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria"* è *"un onere connaturato alla trasformazione urbanistica del territorio"*<sup>6</sup>.

Seppur non altrimenti sviluppato, tale assunto bene si colloca in quel filone di pensiero che sin dall'origine della c.d. *"appaltizzazione dell'urbanistica"*<sup>7</sup> ha criticato le argomentazioni

---

1991, n. 406 (*"lavori la cui esecuzione, per motivi tecnici .... può essere affidata solo ad un imprenditore determinato"*).

Tra gli Autori che si sono occupati della fattispecie si segnalano, M. Zoppolato, *"Modifiche all'art. 24 della legge 109/1994"*, in *La Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter)*, a cura di D. Tassan Mazzocco – C. Angeletti – M. Zoppolato, 1999, pagg. 442 ss.; S. De Marinis, *"Commento all'art. 24"*, in *La Legge Quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo – A. Clarizia, 2000, pagg. 725 ss.; R. De Nictolis, *"I sistemi di scelta del contraente"*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. Caringella – G. De Marzo, 2003, pagg. 830 ss.

Recentemente, Mazzone – C. Loria, *"Manuale di diritto dei lavori pubblici"*, III<sup>a</sup> ed., 2011, pagg. 300 ss. riconducono la fattispecie delle *"ragioni tecniche"*, nella forma della *"interferenza tecnica"*, alla disciplina dell'art. 57, comma 2, lett. b), del D. Lgs. 163/2006, sottolineando trattarsi di *"interferenze tali da rendere lesivo del pubblico interesse alla corretta e tempestiva esecuzione dell'opera ed alla oculata spendita del denaro pubblico l'eventuale affidamento della parte di opera successiva ad imprenditore diverso da quello originario"*. Si ricorda, peraltro, che per quest'ultima disposizione le *"ragioni di natura tecnica"*, devono essere tali da far sì che *"il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato"*, circostanza che non sembra poter essere invocata nella fattispecie delle opere di urbanizzazione primaria *"funzionali"* di cui all'art. 16, comma 2-bis, del Testo unico dell'edilizia. Ne fa invece cenno, ipotizzandone uno spazio di applicabilità in relazione alla fattispecie delle opere di urbanizzazione a scomputo disciplinata dal *"terzo correttivo"* al Codice dei Contratti pubblici M. Breganze, *"Lavori pubblici comunali e compensazione urbanistica"*, in *Riv.giur.urb.*, 2-3/2001, pag. 194.

In giurisprudenza, per un'interpretazione assolutamente restrittiva delle *"ragioni tecniche"* tali da presupporre l'esistenza di una sola impresa in grado di eseguire la prestazione oggetto del contratto, tra le più recenti: TAR Lazio, Roma, III, 24.04.2013, n. 4124; Cons. Stato, III, 8.01.2013, n. 26; TAR Lazio, Roma, I ter, 1.06.2012, n. 4997; Cons. Stato, III, 19.04.2011, n. 2404; TAR Liguria, II, 2.02.2011; Cons. Stato, VI, 28.01.2011, n. 642; TAR Veneto, I, 4.10.2010, n. 5267.

<sup>6</sup> Secondo la Cassazione civile, II, 28.06.2013, n. 16401, *"L'assunzione, da parte del proprietario del fondo, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e di una quota degli oneri delle opere di urbanizzazione secondaria (cui è subordinata l'autorizzazione per la lottizzazione) costituisce un'obbligazione "propter rem", dovendo dette opere essere eseguite da coloro che sono proprietari al momento del rilascio della concessione edilizia, i quali 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. Tuttavia, la natura reale dell'obbligazione non riguarda le persone che utilizzano le opere di urbanizzazione da altri realizzate per una loro diversa edificazione, senza avere con questi ultimi alcun rapporto, e che, per ottenere la loro diversa concessione edilizia, sono tenute a pagare al Comune concedente, per loro conto, i relativi oneri di urbanizzazione. Conseguentemente, se la qualificazione di obbligazione "propter rem" ha rilievo nel rapporto tra Comune e soggetto proprietario dell'area fabbricabile (cui viene rilasciato il provvedimento permissivo della costruzione), al di fuori di tale rapporto, qualora il soggetto titolare del provvedimento concessorio, avendo eseguito le opere di urbanizzazione, intenda rivalersi della spesa già sostenuta presso i diversi soggetti successivamente divenuti proprietari della medesima area fabbricabile, tale prestazione è ottenibile soltanto in virtù di un'espressa pattuizione negoziale, nella quale non rileva più il carattere reale dell'obbligazione"*. Conformi, tra i più recenti, TAR Abruzzo, L'Aquila, I, 12.09.2013; TAR Lombardia, Brescia, 17.12.2012, n. 1949; TAR Calabria, Catanzaro, I, 17.19.2011, n. 1272.

<sup>7</sup> L'espressione è tratta da F. Gualandi *"Il dito e la luna. Ovvero della discutibile <appaltizzazione> dell'urbanistica"*, in *lexitalia.it*, 3/2009. Dove, tra l'altro, si legge che *"L'attenzione del Legislatore ... è*

poste alla base della sentenza della Corte di Giustizia 12 luglio 2001, causa C-399/98 (c.d. "caso Bicocca"), negando la riconduzione della fattispecie alla tipologia del contratto d'appalto.

Si è, infatti, da più parti sostenuto che la concreta urbanizzazione dell'area è un interesse diretto del privato proprietario, in quanto solo a seguito dell'urbanizzazione questi può esercitare la facoltà di edificare, passando dalla proprietà fondiaria alla proprietà edilizia, il che comporta che l'effettiva fruibilità (agibilità) delle costruzioni private debba considerarsi subordinata all'esistenza almeno delle opere di urbanizzazione primaria.<sup>8</sup>

In particolare, in base all'art. 12, comma 2, del DPR 380/2001<sup>9</sup>, nel caso di aree non ancora urbanizzate, qualora il Comune non preveda di realizzarle nel successivo triennio, il privato proprietario non dispone di un'alternativa tra la realizzazione delle opere di urbanizzazione ed il pagamento degli oneri, ma è assoggettato all'obbligazione "esecutiva", configurata dal settimo comma dell'art. 28 della legge 1150/1942 (Lottizzazione di aree), introdotto dalla legge 765/1967 (c.d. "legge ponte"), secondo cui *"il rilascio delle licenze edilizie (ora permesso di costruire e, ove consentita, c.d. super-DIA) nell'ambito dei singoli lotti è subordinato all'impegno della contemporanea esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria relative ai lotti stessi"*.

Il quadro che emerge dalle richiamate disposizioni induce, pertanto, ad affermare 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"*<sup>10</sup>.

Va, inoltre, sottolineato che l'obbligo di realizzare le opere di urbanizzazione primaria funzionali ai lotti nei quali il privato intende edificare – qualora il Comune non ne abbia

---

*tutta incentrata sulla (presunta) necessità di garantire la concorrenza in un mercato (quello della realizzazione delle opere di urbanizzazione) che non c'è mai stato e di cui non si è mai avvertita la necessità, 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>".*

<sup>8</sup> Tra i tanti M.A. Quaglia, "Le opere di urbanizzazione tra convenzioni urbanistiche e procedure di evidenza pubblica", in Riv.it.dir.pubbl.comunit., 2001, pagg. 842 ss.; E. Boscolo, "L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e l'attuazione di opere <a scomputo>: elementi di una distinzione tra sfera convenzionale e principio di legalità", in Riv.giur.urb., 2001, pagg. 15, ss.; C. Benetazzo, "La programmata esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria come presupposto per il rilascio della concessione edilizia", in Riv.giur.urb., 2001, pagg. 225 ss.; G. Govi, "Note critiche in tema di realizzazione diretta di opere di urbanizzazione dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. N. 152/2008", in iuav.it.; F. Gualandi, "Il dito e la luna. Ovvero della discutibile <appaltizzazione> dell'urbanistica", cit.; A. Borella, "L'esecuzione delle opere di urbanizzazione ed il Codice dei contratti pubblici", in Riv.trim.app., 2011, pagg. 21 ss.; G. Ciaglia, "La disciplina dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione introdotta dal Codice dei contratti", in UT, 11-12/2009, pagg. 76 ss. e "Le opere di urbanizzazione a scomputo dopo il terzo correttivo: problematiche interpretative, incertezze operative e qualche possibile soluzione", in UT 1/2010, pagg. 66 ss.; F. Dallari, "Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione", in "La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo – Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme", a cura di F. Mastragostino, 2011, pagg. 415 ss.; da "buon" ultimo ci sia consentito di (auto)citare R. Travaglini, "Le opere di urbanizzazione a scomputo alla luce del terzo correttivo del codice dei contratti pubblici", in I contratti dello Stato e degli enti pubblici, 2008, pagg. 306 ss. e "Le opere di urbanizzazione a scomputo tra il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici e la <manovra Monti>", in venetoius.it..

<sup>9</sup> La norma ripropone all'interno del Testo unico dell'edilizia il dettato dell'art. 31, quinto comma, della legge urbanistica fondamentale 17 agosto 1942, n. 1150, abrogato dall'art. 136, comma 1, lett. a), del citato Testo unico.

<sup>10</sup> Così M.A. Quaglia, op. cit., pag. 848.

programmato l'esecuzione "in proprio" nei successivi tre anni – non trova un "tetto economico" nel valore tabellare dei corrispondenti oneri di urbanizzazione.<sup>11</sup>

Pertanto, laddove lo strumento urbanistico generale subordini l'intervento edilizio ad un previo strumento attuativo, può concludersi che:

- a) l'edificabilità delle aree non discende da accordi di natura contrattuale con il Comune, ma dalle stesse previsioni del piano urbanistico;
- b) l'urbanizzazione delle aree è un obbligo che discende direttamente dalla legge;
- c) la realizzazione diretta delle opere costituisce un elemento della "proprietà edilizia" ed è a carico del proprietario per disposizione di legge;
- d) la cessione delle opere di urbanizzazione e delle aree sulle quali insistono, a titolo gratuito, al Comune o agli altri soggetti preposti alla relativa gestione, non dipende dal contratto/convenzione (che ha il solo scopo di garantire l'adempimento degli obblighi ed è in ogni caso stipulato con il solo Comune), ma direttamente dalle previsioni della legge.

Solo nel diverso caso di aree che lo strumento urbanistico generale considera "direttamente" edificabili – in quanto già dotate almeno delle necessarie opere di urbanizzazione primaria (c.d. aree "di completamento"), ovvero relativamente alle quali il Comune, nel programma triennale delle opere pubbliche di cui all'art. 13 del DPR 207/2010, abbia previsto la realizzazione nel successivo triennio - al privato proprietario è richiesto il pagamento degli oneri di urbanizzazione, connesso al rilascio del titolo edilizio, quale forma di partecipazione ai costi dell'urbanizzazione ed in ragione dei benefici che gli derivano.

Laddove l'edificabilità "diretta" sia configurata sulla base del presupposto della necessaria urbanizzazione primaria dell'area entro il successivo triennio, al privato è, peraltro, riconosciuta la "facoltà" di proporsi quale realizzatore delle opere di urbanizzazione in luogo del Comune, portandone in tal caso il relativo valore a scomputo della quota del contributo di costruzione afferente agli oneri di urbanizzazione<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> La giurisprudenza ha escluso che tra Comune e privato si instauri un vincolo di sinallagmaticità, argomentando che "nel sistema risultante dal combinato disposto dell'art. 28 comma 4 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 (in denaro, in aree cedute o in opere di urbanizzazione realizzate) 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 in queste possano eccedere originariamente o successivamente gli oneri di urbanizzazione" (T.A.R. Lombardia Brescia, 25.07.2005, n. 784). Conformi TAR Sicilia, Catania, III, 14.04.2011, n. 934; TAR Lombardia, Milano, II, 7.05.2010, n. 1365; TAR Liguria, I, 22.04.2010, n. 1936; Cons. Stato, V, 10.01.2003, n. 33. In dottrina, in particolare, E. Boscolo, op. cit., pagg. 33 ss..

<sup>12</sup> Anche per tale aspetto si rinvia, in particolare, a E. Boscolo, op. cit., pagg. 30 ss.. L'Autore sottolinea che in tale ipotesi (che contrappone a quella dell'area non urbanizzata ed oggetto di un previo strumento urbanistico attuativo) l'atto negoziale tra il Comune ed il soggetto titolare del permesso di costruire "produce l'effetto di convertire l'obbligazione pecuniaria di <dare> in obbligazione di <facere>. L'attuazione delle opere (necessariamente ricomprese nel programma triennale dei lavori pubblici dell'amministrazione) in tale ipotesi costituisce quindi un mezzo alternativo di adempimento dell'obbligazione legale (e non negoziale) avente ad oggetto la corresponsione degli oneri. Tale convenzione può essere definita, secondo le categorie elaborate dalla dottrina civilistica, un <negozio solutorio>: a tal proposito, ciò che va messo in rilievo è che nello <scomputo> l'accordo tra le parti non ha alla propria base una causa autonoma, bensì solamente una <causa solvendi>, che muta il proprio fondamento sostanziale in una diversa vicenda presupposta (in questo caso l'obbligazione legale di corrispondere gli oneri secondo [e nella misura stabilita dalla] legge 10/77 (ndr.: ora DPR 380/2001)". L'Autore prosegue sottolineando che "Questa configurazione dei rapporti tra costruttore e amministrazione ha una immediata conseguenza: quand'anche l'obbligazione di corrispondere gli oneri si converta (in tutto o in parte) nell'obbligazione di realizzare determinate opere, essa mantiene inalterata la propria consistenza economica. Del resto, trattandosi di

Ma anche in questa seconda fattispecie può escludersi che l'obbligazione pecuniaria abbia un fondamento contrattuale, essendo piuttosto una prestazione di corrispettivo di diritto pubblico, dovuta dal titolare del permesso di costruire per la partecipazione ai costi di urbanizzazione connessi all'edificazione

Pertanto, in entrambe le vicende caratterizzate dall'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria "propedeutiche" all'edificazione privata da parte del titolare della proprietà fondiaria o di altro diritto reale e/o obbligatorio compatibile con l'intervento d'interesse privato, ovvero

- a) tanto nell'ipotesi in cui tali opere di urbanizzazione siano previste dagli strumenti urbanistici attuativi o da atti equivalenti comunque denominati (ad esempio i c.d. "programmi integrati")
- b) quanto nell'ipotesi in cui le stesse opere siano realizzate in luogo del Comune, che ne ha prevista l'esecuzione nel successivo triennio

si dà luogo ad un fenomeno riconducibile alla fattispecie delineata dall'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001, caratterizzata dall'esecuzione "diretta" delle opere di urbanizzazione primaria da parte del privato e dalla scomputabilità del relativo importo – fino alla concorrenza del corrispondente valore tabellare<sup>13</sup> - dagli oneri di urbanizzazione primaria dovuti in relazione all'intervento edilizio d'interesse dello stesso privato.

In entrambe le vicende, inoltre, lo scomputo è un meccanismo posto a salvaguardia del privato interventore, allo scopo di "scongiurare ingiustificate duplicazioni di prestazioni a fronte della medesima causa"<sup>14</sup>.

Laddove si convenga con il descritto inquadramento urbanistico-edilizio della fattispecie oggetto del comma 2-bis dell'art. 16, del DPR 380/2001, può a nostro avviso comprendersi perché la disposizione da ultimo citata statuisca che "non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"<sup>15</sup>.

Si è, in sostanza – e finalmente - preso atto che l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria "funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio", da parte dello stesso titolare del piano attuativo o del titolo edilizio, non può essere ricondotta, né

---

*obbligazione legale, la vicenda convenzionale di conversione non potrebbe produrre alcun effetto sul piano della misura dell'impegno economico del costruttore". Analogamente G. Ciaglia, "Le opere di urbanizzazione a scomputo dopo il terzo correttivo: problematiche interpretative, incertezze operative e qualche possibile soluzione", UT 1/2010, pag. 68.*

<sup>13</sup> Nel caso di opere di urbanizzazione realizzate a scomputo in occasione del singolo intervento edilizio "diretto", diversamente da quanto sostenuto gli Autori citati nella nota precedente, secondo la prevalente giurisprudenza è lecito l'accordo con il quale il privato si obbliga a realizzare opere di urbanizzazione d'importo eccedente il valore del contributo "tabellare", limitando a quest'ultimo l'ammontare dello scomputo (cfr., ad esempio, TAR Lombardia, Milano, II, 7.05.2010, n. 1365).

<sup>14</sup> TAR Campania, Napoli:VIII, 12.01.2012, n. 108; Cons. Stato, V, 10.06.1998, n. 807.

Da parte di chi scrive, del resto, non si è mai inteso negare lo scomputo nel caso degli interventi urbanizzativi realizzati dai privati in esecuzione dei piani attuativi, limitandolo alle sole urbanizzazioni realizzate dal privato contestualmente agli interventi edilizi "diretti", come invece ricostruito da F. Botteon, "L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia: il d.l. 201/11 <salva Italia> sopprime l'obbligo dell'evidenza pubblica ed equipara il piano attuativo e l'intervento diretto agli effetti dello scomputo", in *lexitalia.it* 1/2012. Nello scritto da ultimo citato, a sostegno della tesi della piena alternatività, anche nell'ipotesi del piano di lottizzazione di cui all'art. 28 della legge 1150/1942, tra l'obbligo di esecuzione delle opere e l'obbligo di corresponsione degli oneri, si cita anche G.C. Mengoli; "Manuale di diritto urbanistico", IV ed, pag. 322.

<sup>15</sup> L'approccio sviluppato nel testo è, a tutta evidenza, antitetico a quello degli estensori del documento ITACA, che a pag 13 sostengono che "l'interpretazione della locuzione <non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163>, .. sarebbe risultata meno gravosa se il Decreto Salva Italia avesse ritenuto di inserire la nuova disciplina delle opere di urbanizzazione primaria sottosoglia nel Codice, anziché nell'ambito dell'art. 16 del D.P.R. n. 380 del 2001".

assimilata, all'obbligazione dedotta in un contratto d'appalto con il Comune quale committente ed il titolare del permesso di costruire quale appaltatore, perché ne mancano i necessari elementi costitutivi.

Trova, inoltre, spiegazione perché questa "sottrazione" alla disciplina degli appalti pubblici si sia limitata alle opere di urbanizzazione primaria – con l'ulteriore precisazione che devono essere *"funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio"* - avendo solo quest'ultima funzione servente rispetto ai singoli organismi edilizi, tali cioè da garantirne le condizioni minime di abitabilità, mancando le quali l'utilizzazione dell'edificio non risulta possibile per ragioni di igiene, di accessibilità, di sicurezza, ecc..<sup>16</sup>

Al contrario, le opere di urbanizzazione secondaria sono necessarie alla vita di un quartiere, o addirittura di un'intera comunità<sup>17</sup>, hanno di regola una loro autonomia rispetto all'intervento edilizio assentito e possono, pertanto, divenire oggetto di un separato appalto pubblico di lavori aperto alla concorrenza<sup>18</sup>.

## *2. b. – Il requisito della "funzionalità" rispetto all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio*

Per quanto sin qui detto, la precisazione contenuta nel nuovo comma 2-bis dell'art. 16 del Testo unico dell'edilizia - per cui la sottrazione alla disciplina del Codice dei contratti pubblici riguarda le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia, purché *"funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio"* - potrebbe sembrare tautologica, essendo tale funzionalità connotato comune di tutte le opere di urbanizzazione primaria.<sup>19</sup>

Questo sembra essere il fondamento della posizione espressa dall'Autorità di Vigilanza nella già citata deliberazione n. 46/2012, dedicata alla nuova disciplina dettata dall'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001, laddove affronta la problematica gli interventi riguardanti il "verde".

Secondo l'Autorità *"Tale diversità, sostanziale e funzionale"*<sup>20</sup>, deve connotare necessariamente anche gli interventi riguardanti il <verde>. Appare, pertanto, corretto

---

<sup>16</sup> Le *"Linee guida per la realizzazione delle opere di urbanizzazione e dei servizi pubblici e di interesse pubblico o generale nell'ambito dei procedimenti urbanistici ed edilizi"*, approvate con deliberazione n. 1345/2013 della Giunta comunale di Milano, nel capitolo 2, punto 5, considerano *"funzionali"* le opere di urbanizzazione primaria *"necessarie per dare autonomia ad un insediamento urbano"*.

<sup>17</sup> Le caratteristiche delle diverse categorie di opere di urbanizzazione sono riprese da A. Fossati *"Manuale di diritto urbanistico e dell'edilizia della Regione Lombardia"*, 2013, pag. 94. Espressioni analoghe si rinvenivano nella delibera 20.05.2010, n. 40/2010/SRCPIE/PAR, della Corte dei conti, Sezione regionale per il controllo del Piemonte, in TAR Puglia, Lecce, III, 7.09.2012, n. 141, nonché nella deliberazione dell'AVCP n. 46, del 3.05.2012.

<sup>18</sup> Così F. Dallari, *"Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione"*, in *"La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo – Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme"*, cit., pag. 447.

<sup>19</sup> In base al comma 7 dell'art. 16 del DPR 380/2001 sono opere di urbanizzazione primaria le strade residenziali, gli spazi di sosta o di parcheggio (l'art. 11 della legge 122/1989 considera le opere e gli interventi previsti da tale legge opere di urbanizzazione), le fognature, la rete idrica, la rete di distribuzione dell'energia elettrica, la rete di distribuzione del gas, la pubblica illuminazione gli spazi di verde attrezzato, i cavedi multiservizi e i condotti per il passaggio di reti di telecomunicazioni (ex art. 2, comma 5, del D.L. 112/2008, convertito dalla legge 133/2008, le infrastrutture destinate all'installazione di reti e impianti di comunicazione elettronica in fibra ottica sono assimilate ad ogni effetto alle opere di urbanizzazione primaria). Va, inoltre, ricordato che a norma dell'art. 26 bis del D.L. 415/1989, convertito dalla legge 38/1990, gli impianti cimiteriali sono servizi indispensabili parificati alle opere di urbanizzazione primaria.

<sup>20</sup> Poco prima viene sottolineata *"la sostanziale diversità tra opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria. Si tratta, invero, di una differenza ontologica data dagli effetti della loro*

*ritenere che le <aree verdi di quartiere>, costituenti opere di urbanizzazione secondaria, siano solo quelle che danno luogo a spazi destinati a soddisfare le esigenze di abitanti e/o insediamenti che vanno al di là dell'insieme dei soggetti interessati dall'intervento urbanistico e che, quando non sussistano tali connotati funzionali, si tratti di <spazi di verde attrezzato>.*

Ne consegue che la realizzazione di quest'ultimi - trattandosi di opera di urbanizzazione primaria atta a garantire un "servizio indispensabile alla civile convivenza" - se d'importo inferiore alla soglia comunitario è disciplinata dall'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001.

Contrario avviso è, invece, espresso nel documento ITACA-Conferenza delle Regioni, ove a pag. 13 si legge che *"non può essere considerata funzionale all'intervento, seppur considerata opera di urbanizzazione primaria, la realizzazione di un impianto di illuminazione in un parco pubblico o la realizzazione di spazi a verde attrezzato, soprattutto se realizzati a distanza delle funzioni residenziali previste"*.

Per le considerazioni fin qui proposte, non si può che aderire alla tesi espressa, sul punto, dall'Autorità.

## *2. c. – La limitazione alle sole opere di urbanizzazione primaria "sotto soglia"*

Quanto alla limitazione del regime introdotto con il decreto "Salva Italia" alle sole opere di urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ad avviso di chi scrive si è trattato di una scelta – seppur non coerente dal punto di vista logico, non avendo sotto tale profilo rilevanza il valore economico delle opere di urbanizzazione che ne sono interessate – motivata da ragioni di opportunità "comunitaria".

Infatti, contrariamente a quanto affermato a pag. 7 del documento ITACA, con la sentenza 21.02.2008, n. 412 (in causa 412/2004), la Corte di Giustizia non ha affatto accertato l'illegittimità della norma nazionale (all'epoca si trattava dell'art. 2, comma 5, della legge 109/1994, nel testo modificato dall'art. 7 della legge 166/2002) che, con riferimento alle opere di urbanizzazione d'importo inferiore alla soglia comunitaria, non le aveva espressamente assoggettate ai principi comunitari in materia di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento.<sup>21</sup>

Né alle stesse opere di urbanizzazione "sotto soglia" aveva fatto riferimento la Commissione europea, nell'atto di costituzione in mora di cui alla procedura d'infrazione 2007/2309, avente ad oggetto anche l'originario art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006, ma non anche l'art. 122, comma 8, dello stesso Codice dei Contratti pubblici.

## *2. d. – Le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia di "interesse transfrontaliero certo"*

---

*presenza sul territorio e dagli scopi cui le stesse sono preposte: mentre le prime hanno, infatti, una funzione sostanzialmente servente rispetto ai singoli organismi edilizi, in quanto ne garantiscono le condizioni minime di fruibilità ed assicurano i servizi indispensabili alla civile convivenza (strade, parcheggi, fognature, ecc.), le seconde mirano ad assicurare migliore vivibilità ad un ambito territoriale più vasto di quello oggetto dell'intervento da realizzare e sono a servizio dell'intera comunità (scuole, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese, ecc.)."*

<sup>21</sup> A. Borella, "L'esecuzione delle opere di urbanizzazione ed il Codice dei contratti pubblici", cit., pag. 21; ; F. Dallari, "Le opere a scemputo degli oneri di urbanizzazione", in "La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo – Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme", cit. pag. 449; F. Botteon, "L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia: il d.l. 201/11 <salva Italia> sopprime l'obbligo dell'evidenza pubblica ed equipara il piano attuativo e l'intervento diretto agli effetti dello scemputo", cit.; C. Medici, "Brevi note sull'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia dopo il decreto <Salva Italia>", in Gazzetta Amministrativa, 1/2012, pag. 1.



Il documento ITACA-Conferenza delle Regioni, pur partendo da un presupposto errato – ovvero che la Corte di Giustizia, con la sentenza 21.02.2008, n. 412 (in causa 412/2004), abbia condannato lo Stato italiano per non aver espressamente sancito l'assoggettamento ai principi desumibili dal Trattato UE (pubblicità, trasparenza, parità di trattamento) degli appalti d'importo inferiore alla soglia comunitaria e, quindi, sottratti alle direttive in materia<sup>22</sup> - evidenzia un problema reale quando rammenta che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha in più circostanze riconosciuto la diretta applicabilità, negli ordinamenti degli Stati membri, dei principi summenzionati, senza che a tal fine ne sia necessaria un'espressa trasposizione nelle norme nazionali regolanti gli appalti sotto soglia o altrimenti sottratti alle direttive in materia.<sup>23</sup>

La conclusione tratta nel citato documento ITACA-Conferenza delle Regioni è che *“un'interpretazione <comunitariamente> orientata”* dell'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001, imponga di ridimensionarne il limite oggettivo/economico – *“importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”* (oggi corrispondente a 5 milioni di euro) – assumendone uno di gran lunga inferiore (1 milione di euro), ritenuto congruo per identificare la soglia, superata la quale, presumere *“l'impatto transfrontaliero dell'appalto”*.

Secondo le indicazioni di ITACA, pertanto, all'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, qualora d'importo inferiore alla soglia comunitaria, ma comunque eccedenti il milione di euro, non potrebbe essere applicata la disciplina dettata dall'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001 (con sostanziale *“privatizzazione”* della fattispecie), bensì quella delineata dall'art. 122, comma 8, del D. Lgs. 163/2006 (procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, con invito rivolto ad almeno cinque operatori economici, esperita dal titolare dell'intervento urbanistico/edilizio), come si trattasse di opere di urbanizzazione secondaria di analogo importo.

Quanto sopra riassunto, ancorché frutto di un percorso logico-giuridico tutt'altro che trascurabile, non può essere condiviso, in quanto compromette in radice le ragioni di fondo che hanno condotto il Governo ed il Parlamento ad approvare l'art. 45 del D.L. 201/2011 (*“Salva Italia”*) nella parte in cui ha introdotto il nuovo comma 2-bis nell'art. 16 del DPR 380/2001.

Non va sottaciuto, inoltre, che la più recente disposizione nazionale ha già superato una verifica di compatibilità comunitaria.

Infatti, con la comunicazione datata 13.02.2013, in risposta al reclamo CHAP (2012)02374 *“Esclusione della disciplina nazionale sugli appalti pubblici per gli oneri di urbanizzazione inferiori alla soglia comunitaria”*, la Commissione Europea – DG Mercato interno e servizi – Appalti pubblici e concessioni, ha precisato che *“il legislatore italiano ha l'obbligo di applicare le disposizioni delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE soltanto per quanto riguarda gli appalti di valore uguale o superiore alle soglie fissate da queste ultime, conservando la facoltà di disciplinare diversamente gli appalti che presentano un valore minore. Tale facoltà è stata esercitata con l'aggiunta del comma 2-bis all'art. 16 del Testo Unico sull'edilizia, il quale esclude dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici l'esecuzione delle opere di*

<sup>22</sup> Rilievo assente anche nel successivo atto della Commissione Europea, di messa in mora nell'ambito della procedura d'infrazione 2007/2309.

<sup>23</sup> Tra le più recenti, Corte di Giustizia, Grande Sezione, 19.12.2012, n. C 159/11; Id., Sez. III, 10.03.2010, n. C-274/09; Id., Sez. III, 29.04.2010, n. C-160/08; Id., Sez. IV, 23.12.2009, n. C-376/08; Id., Sez. II, 17.07.2008, n. C-347/06; Id., Sez. IV, 15.05.2008, n. C-147/06 e C-148/06; Id. Sez. II, 21.02.2008, n. C-412/04; Id., Grande Sezione, 13.11.2007, n. C-507/03. Si ricorda, inoltre, la Comunicazione interpretativa della Commissione, 2006/C 179/02, relativa al *“Diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non solo o solo parzialmente disciplinate dalle direttive <appalti pubblici>”*.

*urbanizzazione primaria d'importo inferiore alla soglia comunitaria a carico del titolare del permesso di costruire”.*

Tale circostanza - unita al fatto che non constano questioni di compatibilità con i principi del Trattato UE, sollevate in via principale dalla Commissione Europea, o in via incidentale nell'ambito di controversie già deferite ai giudici nazionali – rende a dir poco “inopportune” le indicazioni interpretative fornite con il documento ITACA-Conferenza delle Regioni.

Inopportunità, come anticipato in apertura delle presenti note, soprattutto a fronte di una piena adesione al dettato dell'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001, da parte dell'Autorità cui istituzionalmente compete fornire indirizzi per l'intero settore dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, già pronunciatisi con la deliberazione n. 46, del 3 maggio 2012.<sup>24</sup>

Del resto, non appare neppure coerente con la giurisprudenza comunitaria in tema di *“interesse transfrontaliero certo”* una predeterminazione standardizzata dell'importo superato il quale tale interesse debba essere presunto, a meno che a tale incombenza non provveda lo stesso legislatore nazionale, e solo laddove tale scelta possa essere ritenuta ragionevole in ragione delle circostanze esemplificate dalla stessa giurisprudenza comunitaria.<sup>25</sup>

Pertanto, a fronte dell'inequivoco dato letterale della norma oggetto di commento e delle finalità da questa perseguite, la presa di posizione di ITACA appare tutt'altro che coerente con il dichiarato intento di semplificazione attribuito alle Linee guida.

Intento di semplificazione che, inoltre, risulta compromesso anche da un'evidente incongruenza presente nel paragrafo 2.2.4. (pag. 26 del documento ITACA), laddove si afferma:

- a) dapprima, con portata indifferenziata rispetto al valore delle opere di urbanizzazione primaria “funzionali” (da euro 1 a euro 4.999.999), *“che il privato sia comunque tenuto ad individuare l'appaltatore nel rispetto dell'art. 27 del Codice. In particolare dovranno essere rispettati i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e l'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti <se compatibile con l'oggetto del contratto>”;*
- b) successivamente, che *“allorché l'importo di tali opere si attesti sopra la soglia di <impatto transfrontaliero>, da individuarsi ... nell'importo di 1 ml euro e l'operatore edilizio decida di affidare a terzi l'esecuzione delle opere è tenuto a rispettare i principi comunitari e cioè ad invitare ad offrire almeno cinque operatori del settore dandone contezza all'amministrazione”.*

Ma qual'è la reale differenza di regime tra le due ipotesi e cosa realmente rimane dell'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001, che secondo il legislatore avrebbe l'obiettivo di *“favorire la celere realizzazione degli investimenti privati”*?

Va da sé, naturalmente, che laddove trovassero spazio le argomentazioni riportate ai precedenti paragrafi 2.a e 2.b, la questione dell'interesse transfrontaliero certo verrebbe

<sup>24</sup> Sul punto, conformi alle indicazioni dell'AVCP sono anche le *“Linee guida per la realizzazione delle opere di urbanizzazione e dei servizi pubblici e di interesse pubblico o generale nell'ambito dei procedimenti urbanistici ed edilizi”*, approvate con deliberazione n. 1345/2013 della Giunta comunale di Milano.

<sup>25</sup> Corte di Giustizia, 15.05.2008, n. C-147/06 e C-148/06, punto 24. *“... Un appalto di lavori potrebbe, ad esempio, presentare tale interesse transfrontaliero in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnica o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri”*; punto 30. *“Spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale”*

radicalmente meno, in quanto irrilevante rispetto alla disciplina di una fattispecie non riconducibile ai paradigmi dell'appalto pubblico e, pertanto, ontologicamente sottratta alla disciplina sia delle corrispondenti direttive comunitarie, sia dei principi del Trattato UE richiamati dall'art. 27 del D. Lgs. 163/2006.<sup>26</sup>

*2.e. – La compresenza di opere di urbanizzazione primaria, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio e di opere di urbanizzazione secondaria, globalmente d'importo inferiore alla "soglia comunitaria"*

Ulteriore passo contenuto nelle Linee guida ITACA-Conferenza delle Regioni dal quale si dissente è quello riportato a pag. 18, laddove si sostiene che *"Se la convenzione prevede la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, di importo complessivamente inferiore alla soglia, si ritiene ... che debba trovare applicazione l'art. 122 con l'esclusione della possibilità di scorporare quelle primarie al fine di assoggettarle al regime di cui all'art. 16, comma 2 bis, D.P.R. 380 del 2001"*.

Appare di tutta evidenza che l'interpretazione sopra riportata finisce per vanificare anche la ristretta portata che al comma 2 bis lo stesso documento ITACA ha, in precedenza, attribuito.

Infatti, anche per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria "funzionali" d'importo inferiore ad 1 milione di euro (ad es.: 800.000 euro), qualora convenzionalmente si accompagni alla realizzazione di opere di urbanizzazione secondaria d'importo che sommato al precedente rimane inferiore alla soglia comunitaria (ad es.: 500.000 euro), è necessario che il privato parte della convenzione individui l'esecutore mediante procedura negoziata ai sensi del combinato disposto degli artt. 57, comma 6 e 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici.

Non si capisce neppure per quale motivo – una volta sancita la necessità di considerare unitariamente le opere primarie con le secondarie, per assoggettarle entrambe alle regole proprie di quest'ultime, le prime possano esservi sottratte nel caso in cui il privato sia egli stesso operatore economico qualificato per eseguirle e vi provveda *in house*, come invece affermato in chiusura del paragrafo 2.1.3..

### *3. Il regime delle opere di urbanizzazione realizzate in assenza di scomputo degli oneri*

Nel documento ITACA, il paragrafo 2.1.2. - rubricato *"Individuazione delle opere di urbanizzazione"* – si occupa di due fattispecie che non sono tra loro identificabili, né omogenee al punto da assoggettarle all'identica disciplina:

- a) da un lato quella costituita dalle opere di urbanizzazione il cui valore trascende l'importo degli oneri rispetto ai quali effettuare lo scomputo;
- b) dall'altro quella costituita dalle opere che, seppur tipologicamente riconducibili alle infrastrutture elencate nell'art. 16, commi 7 e 7-bis (opere di urbanizzazione primaria) e 8

---

<sup>26</sup> Secondo R. Gracili – L. Mele, *"La direttiva comunitaria 93/37 sugli appalti pubblici e la realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione"*, in Riv.giur.edil., 2002, pag. 180, la materia delle opere di urbanizzazione a scomputo è caratterizzata da due istanze contrapposte ed apparentemente inconciliabili: *"da una parte l'esigenza di <eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi> tutelate dalle direttive CEE sugli appalti pubblici di lavori; dall'altra la necessità di applicazione della prima regola contenuta nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che enuncia il principio di natura generale al pacifico godimento della proprietà e, quindi, al libero esercizio dei diritti con questa strettamente connessi. La soluzione dei problemi è strettamente legata al <giusto bilanciamento> tra <le richieste di interesse generale della Comunità e le richieste di protezione dei diritti fondamentali ed individuali>".* A tali affermazioni si associa anche F. Dallari, *"Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione"*, in *"La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo – Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme"*, cit., pag. 444.

(opere di urbanizzazione secondaria), non si identificano con *“quanto necessario per l’inserimento urbanistico dell’intervento”*<sup>27</sup> in relazione al quale la convenzione urbanistica è stata stipulata.

La prima fattispecie può ritenersi la norma, ma per quanto argomentato nel precedente paragrafo 2.a il valore delle opere di urbanizzazione alla cui realizzazione il privato interventore si è convenzionalmente impegnato può essere scomputato solo fino alla concorrenza del contributo “tabellare” afferente alla categoria di appartenenza (primaria o secondaria)<sup>28</sup>, senza alcun conguaglio a credito del privato.

In presenza di tale situazione, non si vede come possa sostenersi l’obbligo di applicare il Codice dei contratti pubblici per l’affidamento di un ammontare dei lavori di urbanizzazione corrispondente a quello degli oneri da scomputare, e l’esenzione dal medesimo obbligo per gli ulteriori lavori il cui valore ecceda gli oneri tabellari.

Per assurdo il fenomeno potrebbe riguardare la medesima opera di urbanizzazione, la cui realizzazione sarebbe in parte assoggettata al D. Lgs. 163/2006 ed in parte sottratta al medesimo obbligo.

La seconda fattispecie sembra essere quella già oggetto della determinazione dell’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici 2 aprile 2008, n. 4, *“Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell’ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni”*, laddove gli accordi menzionati in rubrica non sono quelli che naturalmente accedono alla tradizionale pianificazione attuativa, sul modello dell’art. 28 della Legge urbanistica fondamentale 1150/1942, bensì quelli che accompagnano i c.d. “programmi complessi” (piani di riqualificazione e/o rigenerazione urbana, piani integrati di intervento, ecc.).

In detti piani al privato interventore sono accollati oneri finanziari ed esecutivi aventi ad oggetto, oltre alle opere di urbanizzazione primaria ed eventualmente secondaria, anche opere di pubblico interesse ulteriori rispetto a quanto necessario per il corretto inserimento urbanistico dell’intervento, per le quali non viene riconosciuto, anche laddove ci fosse capienza, alcuno scomputo dagli oneri di urbanizzazione.<sup>29</sup>

Nel documento ITACA-Conferenza delle Regioni queste ulteriori opere di interesse generale si identificano con quelle *“volte a risolvere criticità già esistenti prima della trasformazione urbanistica”*.

In tali fattispecie, com’è noto, l’Autorità ritiene doveroso applicare la stessa disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici per la categoria di opere di urbanizzazione alla quale l’opera “aggiuntiva” può essere assimilata, ravvisando in quest’ultima una sorta di controprestazione

---

<sup>27</sup> L’espressione è tratta dalla Linee guida, pag. 16. Nella pagina successiva le stesse Linee guida considerano tali opere *“volte a risolvere criticità già esistenti prima della trasformazione urbanistica”*.

<sup>28</sup> TAR Veneto, II, 21.05.2010, n. 2625; Corte dei conti, Sez. regionale di controllo Piemonte, parere 20.05.2010, n. 40; TAR Lombardia, Milano, II, 1.03.2010, n. 482. Favorevole allo scomputo “incrociato” tra opere ed oneri riguardanti categorie non omogenee, TAR Marche, I, 22.12.2009, n. 1451. In realtà, in assenza di eventuali, specifiche, disposizioni contenute nelle leggi regionali sul governo del territorio, quello che fa testo sono le previsioni dettate in materia di scomputo nelle singole convenzioni urbanistiche.

<sup>29</sup> Lo stesso fenomeno si realizza anche laddove lo strumento urbanistico generale faccia ricorso alla c.d. *“perequazione infrastrutturativa”* (l’espressione è di E. Boscolo, *“Le perequazioni e le compensazioni”*, in Riv.giur.urb., 2010, pagg. 104 ss.), nella sua accezione più “spinta”, che si caratterizza per la sostituzione della cessione al Comune, a titolo gratuito, da parte del privato interventore, di sole aree extra-standard, con l’assunzione dell’onere – talvolta solo economico, talaltra anche realizzativo – di opere di urbanizzazione “ulteriori” rispetto a quelle strettamente connesse alla trasformazione urbanistica di relativo interesse.

a fronte di utilità urbanistiche (cambi di destinazione delle aree di edificazione privata, aumento dei relativi indici edificatori, ecc) riconosciute dal Comune nell'esercizio della potestà pianificatoria.

La stessa linea interpretativa dell'Autorità è stata seguita anche dalla Corte costituzionale nelle sentenze 28.03.2006, n. 129 (relativa all'art. 11, comma 3, della L.R. Lombardia 11 marzo 2005 n. 15) e 13.07.2007, n. 269 (relativa all'art. 18-*quater* della L.P. Trento 5 settembre 1991, n. 22).

Attualizzando tale conclusione alla sopravvenuta disciplina contenuta nell'art. 16, comma 2-bis, del DPR 380/2001, sembra doversi escludere in radice che un'opera "aggiuntiva" possa essere ricondotta al perimetro applicativo della citata disposizione, facendole per definizione difetto il requisito della "funzionalità" rispetto all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, nell'accezione illustrata al precedente paragrafo 2.a..

Nonostante queste autorevoli posizioni favorevoli all'assoggettamento delle opere "aggiuntive" alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, la tesi opposta, oltre a trovare significative adesioni dottrinali<sup>30</sup>, presenta un'innegabile coerenza logica.

Se la riconduzione della vicenda delle opere di urbanizzazione a scomputo al fenomeno (ed alla conseguente disciplina) dell'appalto pubblico presuppone l'individuazione di un "corrispettivo" a favore del privato intervenitore - corrispettivo identificato nell'importo degli oneri di urbanizzazione che evita di versare al Comune ed in cui si sostanzia lo "scomputo" – analoga riconduzione non può aversi laddove lo scomputo venga negato in radice, collocando le opere "aggiuntive" al di fuori di ogni meccanismo compensativo tra opere di urbanizzazione ed oneri di urbanizzazione.

Fatte queste premesse, la tesi espressa sul punto dal documento ITACA appare corretta e condivisibile<sup>31</sup>, e se ne può ravvisare un precedente nelle già citate *"Linee guida per la realizzazione delle opere di urbanizzazione e dei servizi pubblici e di interesse pubblico o generale nell'ambito dei procedimenti urbanistici ed edilizi"*, approvate con deliberazione n. 1345/2013 della Giunta comunale di Milano, laddove al capitolo 5 si legge che *"Le opere aggiuntive realizzate con risorse private sono le opere proposte dal soggetto attuatore a propria cura e spese con risorse private, in eccedenza rispetto alle opere di urbanizzazione o alle dotazioni territoriali dovute, che entrano nel patrimonio del comune"*, opere che nel

---

<sup>30</sup> A. Bartolini, *"I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)"*, in Riv.giur.urb., 2008, pagg. 440 ss.; A. Borella, *"L'esecuzione delle opere di urbanizzazione ed il Codice dei contratti pubblici"*, cit., pagg. 30 ss.; G. Govi, *"Note critiche in tema di realizzazione diretta di opere di urbanizzazione dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. N. 152/2008"*, cit., pag. 8; Duccio M. Traina, *"La realizzazione delle opere di urbanizzazione: le principali problematiche applicative dopo il terzo correttivo del codice dei contratti pubblici"*, in Riv.giur.edil., 2009, pagg. 39 ss.; V. Gastaldo, *"Le opere realizzate a scomputo degli oneri di urbanizzazione: un cantiere ancora aperto"*, in Riv.giur.edil., 2010, III, pagg. 25 ss.; Ma. Alesio, *"La disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo dopo il terzo decreto correttivo"*, in *centrostudimarangoni.it*; F. Dallari, *"Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione"*, in *"La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo – Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme"*, cit. pag. 472 s.; V. Gastaldo, *"Opere integrative previste nella convenzione urbanistica e necessità di una procedura ad evidenza pubblica per la loro realizzazione"*, in *Urbanistica a Appalti*, 5/2013, pagg. 503 ss.; L. Salvemini, *Commento all'art. 32*, in *"Commentario al codice dei contratti pubblici"*, diretto da G.F. Ferrari e G. Morbidelli, 2013, pag. 417. Contra, A. Mandarano, *"Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza"*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/2008, pagg. 1373 s..

<sup>31</sup> È questa la parte del documento ITACA-Conferenza delle Regioni che ha destato il maggior interesse nei primissimi commenti. Per tutti, A. Arona, *"Scomputo, le Regioni <forzano>"*, in *Edilizia e Territorio*, n. 45/2013, pag. 9.

capitolo 6 sono escluse dall'importo globale delle opere e delle attrezzature da assoggettare alle procedure di affidamento disciplinate dal Codice dei contratti pubblici.<sup>32</sup>

#### 4. – La natura del rapporto tra Comune ed operatore edilizio

##### 4.a. - La sorte del c.d. "risparmio d'asta"

Ulteriore criticità contenuta nel documento ITACA e che viene presa in considerazione nella presente nota è costituita dall'identificazione del soggetto (il Comune o il privato interveniente, titolare del piano attuativo o del permesso di costruire convenzionato) al quale spetta il "risparmio d'asta", ovvero la differenza tra la stima economica delle opere di urbanizzazione assunta quale "base di gara" ed il valore di affidamento (dedotto nel contratto d'appalto).<sup>33</sup>

La premessa "logica" alle conclusioni riguardanti il problema in rubrica è rappresentata dall'opzione assunta nel documento ITACA circa il *"profilo soggettivo relativo alla ricostruzione del rapporto tra il Comune e il privato che si assume l'onere di espletare la procedura di affidamento"*.<sup>34</sup>

Di fronte all'alternativa tra:

- a) l'ipotesi secondo cui l'operatore edilizio è delegato dal Comune allo svolgimento delle funzioni di stazione appaltante;
- b) l'ipotesi secondo cui l'operatore edilizio è, al contrario, titolare "diretto" dei compiti di stazione appaltante, riconosciutigli dall'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006, cui fa rinvio l'art. 122, comma 8, per le opere di urbanizzazione "sotto soglia";

il documento ITACA sceglie, a pag. 27, la prima opzione, traendone le conseguenze nelle pagine successive.

Si evidenziano i contesti nei quali si rinvenivano le affermazioni ITACA, perché quanto sopra riassunto contraddice le indicazioni riportate a pag. 19, laddove nel paragrafo dedicato alla gara esperita dall'operatore edilizio per le opere di urbanizzazione sopra soglia (2.2.1.)<sup>35</sup> si sottolinea che *"il soggetto committente è rappresentato non dal Comune, bensì dall'operatore edilizio, che riveste, pertanto, la qualifica di <altro soggetto aggiudicatore> (come indicato nella rubrica dell'art. 32)"*.

Come si è già avuto modo di considerare in un precedente contributo sull'argomento,<sup>36</sup> le espressioni *"da realizzarsi"* ed *"assumono in via diretta l'esecuzione"*, contenute nell'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006, più che indicare la materiale esecuzione/realizzazione con la propria struttura imprenditoriale, esplicitano la diretta

<sup>32</sup> Secondo il successivo capitolo 7, punto 7, *"Per le opere aggiuntive realizzate con risorse private che entrano nel patrimonio del Comune, non si applicano le procedure di affidamento e si applicano le disposizioni riguardanti i livelli di progettazione (preliminare e definitiva), la verifica dei progetti e la disciplina del collaudo in relazione alla fase di esecuzione dei lavori, le garanzie e le penali previste dal Codice dei Contratti e dal Regolamento di esecuzione e attuazione, la verifica di congruità tecnica prevista dall'art. 45 della L.R. 12/2005 e s.m.i."*. Ci si limita ad evidenziare che l'estensione delle norme codicistiche e regolamentari concernenti la progettazione, la sua verifica ed il collaudo è il frutto di una "autonoma" scelta del Comune di Milano.

<sup>33</sup> Come si vedrà in seguito, il secondo elemento in confronto deve essere, piuttosto, identificato nel valore delle opere di urbanizzazione quantificato all'atto del relativo collaudo.

<sup>34</sup> Documento ITACA, pag. 27.

<sup>35</sup> Ma le conclusioni non possono essere diverse per quelle d'importo inferiore, nella cui specifica trattazione, infatti, non si rinviene alcun distinguo.

<sup>36</sup> R. Travaglini, *"Le opere di urbanizzazione a scomputo alla luce del terzo correttivo del codice dei contratti pubblici"*, cit., pag. 331. Conformi, tra gli altri, G. Giovannelli – D. Lastraioli, *"Il nuovo regime di realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo oneri: problematiche e possibili soluzioni"*, in Riv.giur.edil., 2008, II; pag. pag. 262; Mandarano, *"Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza"*, cit. pag. 1371; F. Dallari, *"Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione"*, cit., pagg. 452 s.; L. Salvemini, *Commento all'art. 32*, cit., pag. 418

competenza di dette opere in capo al privato titolare del permesso di costruire che, in quanto *“altro soggetto aggiudicatore”*, è tenuto ad appaltarle a terzi.<sup>37</sup>

Pertanto, dal primo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g), si può ricavare una titolarità *“diretta”* della funzione di stazione appaltante in capo al privato titolare del permesso di costruire (ovvero titolare del piano di lottizzazione o di altro strumento urbanistico attuativo contemplante l'esecuzione di opere di urbanizzazione), in tal modo disattendendo l'interpretazione che vede in tale privato la veste di *“mandatario”* del Comune e, in quanto tale, tenuto ad applicarne le regole di condotta nell'affidamento dei lavori pubblici.

Tesi, quella del privato titolare di un mandato espresso conferitogli dall'amministrazione comunale, che ha preso avvio con la sentenza della Corte di Giustizia 12 luglio 2001, causa C-399/98, è stata ripresa dalla Corte costituzionale (sentenze 28 marzo 2006, n. 129 e 13 luglio 2007, n. 269) ed è stata impiegata dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione 2 aprile 2008, n. 4.

Peraltro, nella successiva (e fondamentale) determinazione 7/2009 la stessa Autorità ha espresso un diverso avviso, sostenendo che il diritto positivo riconosce al privato (titolare del piano attuativo o del permesso di costruire) la titolarità *“diretta”* del ruolo di stazione appaltante, con la conseguenza che egli è tenuto ad applicare le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, seppur con le limitazioni indicate al comma 2 dello stesso art. 32.<sup>38</sup>

Sempre dalla titolarità *“diretta”* del ruolo di stazione appaltante discende che il privato è l'esclusivo responsabile dell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione delle opere di urbanizzazione, mentre al Comune vanno riconosciuti esclusivamente poteri di vigilanza e controllo, opportunamente dettagliabili nella convenzione urbanistica (quali, ad esempio, l'approvazione del progetto e delle eventuali varianti, così come la possibilità di richiedere informazioni sulle modalità di svolgimento della gara d'appalto).

Tornando alla questione dei c.d. *“ribassi d'asta”*, il documento ITACA conclude per la loro spettanza al Comune, il tutto in maniera implicita, in quanto dichiara preliminarmente l'adesione all'ipotesi indicata sub a), ovvero dell'operatore privato quale *“delegato”* del Comune, e ad essa associa la riserva a quest'ultimo dei *“ribassi d'asta”*, così come ovviamente accadrebbe laddove la gara fosse esperita dallo stesso Comune.

A supporto di tale affermazione viene indicata, in nota, la deliberazione della Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per il Veneto, parere 30.07.2009, n. 148, che conclude per la *“spettanza al Comune dei ribassi d'asta eventualmente conseguiti in sede di gara”*, perché *“se così non fosse la misura dello scomputo sarebbe maggiore rispetto a quella degli oneri di urbanizzazione in concreto sostenuti dal privato, determinandosi per tale parte un'ingiustificata decurtazione del contributo per permesso di costruire spettante al Comune”*.

Affermazione evidentemente erronea e fuorviante, in quanto per evitare che l'operazione di scomputo determini un indebito arricchimento di una delle parti della convenzione urbanistica non è rilevante decidere circa la sorte del ribasso d'asta quanto, piuttosto, stabilire con precisione le modalità di determinazione delle due entità economiche da confrontare ai fini del relativo scomputo, totale o parziale.

---

<sup>37</sup> Del resto, a norma dell'art. 3, comma 33, del D. Lgs. 163/2006, *“L'espressione <stazione appaltante> comprende le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32”*.

<sup>38</sup> R. Travaglini, *“Urbanizzazioni, privato unico responsabile della gara. Incassa i ribassi e nomina i collaudatori”* in Edilizia e Territorio, 2009, n. 29, pagg. 6 ss.. Conformi, tra gli altri, R. Gisondi, *“Convenzioni urbanistiche e disciplina degli appalti pubblici alla luce del terzo correttivo al decreto legislativo 163 del 2006”*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. Dallari, *“Le opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione”*, cit., pag. 463.

Mentre per gli oneri di urbanizzazione il problema è di facile soluzione, poiché il relativo ammontare viene calcolato applicando gli importi determinati dal consiglio comunale a norma dell'art. 16, comma 4, del DPR 380/2001, non altrettanto può dirsi riguardo al valore economico delle opere di urbanizzazione da portare "a scomputo" degli oneri.

Alla stipula della convenzione accessiva al piano attuativo o al permesso di costruire è normalmente disponibile il solo progetto preliminare delle opere di urbanizzazione, corredato dal calcolo sommario della relativa spesa (art. 22 DPR 207/2010), determinata in base ai costi standardizzati e/o ai prezziari comunali o regionali delle corrispondenti tipologie di opere.

Ne consegue che se l'ordinamento pone a carico degli aventi titolo rispetto alle distinte tipologie di piani attuativi o atti ad essi, ovvero al permesso di costruire convenzionato, l'onere di provvedere alla realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione, il valore economico di quest'ultime, da prendere a riferimento per l'operazione di "scomputo", non può che essere quello definitivamente accertato in sede collaudo.

E' questo, infatti, il costo effettivo sopportato dal privato per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, costo che deve essere confrontato con l'importo degli oneri di urbanizzazione potenzialmente dovuti dal privato all'atto del rilascio del permesso di costruire relativo all'intervento edilizio di suo diretto interesse, e di cui resta debitore nei confronti del Comune se e per la parte in cui il costo delle prime (le opere) non eguagli, o superi, l'importo dei secondi (gli oneri)<sup>39</sup>.

D'altra parte, la stessa Sezione regionale di controllo per il Veneto della Corte dei conti ha rivisto l'orientamento espresso con la deliberazione citata da ITACA, pronunciando il parere 28.07.2010, n. 94, nel quale si afferma che la perfetta corrispettività, che sta alla base dei ragionamenti svolti nella deliberazione 148/2009, non si riscontra nel caso in cui il contributo per il permesso risulti ricompreso nell'ambito (e valore) di un'opera di gran lunga superiore rispetto agli oneri tabellari: in tale circostanza, infatti, i termini di confronto, eterogenei, perdono la rigidità e compattezza che caratterizzano l'ipotesi di coincidenza tra valore dell'opera ed entità del contributo.<sup>40</sup>

Ne consegue, secondo la Corte dei conti, che di fronte ad un'operazione di più ampio respiro, nella quale l'onere assunto dal privato per la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria superi (e non risulti quindi con essi in posizione di corrispettività) gli oneri di urbanizzazione, occorre procedere ad una valutazione globale della fattispecie, di modo che l'eventuale ribasso d'asta potrà competere al privato, a meno che, in casi limite, il valore delle opere di urbanizzazione al netto del ribasso d'asta, conclusivamente verificato in sede di collaudo, non scenda sotto i valori tabellari degli oneri dovuti.

Al di fuori di quest'ultima ipotesi, sottolinea il parere 94/2010, il Comune è comunque garantito che il valore delle opere da realizzare supera comunque – a prescindere dalla spettanza del ribasso d'asta – quanto il privato dovrebbe versare a titolo di oneri di urbanizzazione.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> R. Travaglini, *"Il rebus dei ribassi sulle opere a scomputo, la delibera della Corte dei conti del Veneto"*, in *Edilizia e Territorio*, n. 41, pagg. 18 ss.. Analogamente, A. Mandarano, *"Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza"*, cit., pag. 1372.

<sup>40</sup> R. Travaglini, *"Opere di urbanizzazione a scomputo"*, in *Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di D. Spinelli, 2012, pag. 479.

<sup>41</sup> Analogamente ha stabilito, ad esempio, il Comune di Roma, con la deliberazione del Consiglio comunale 101/2009 (cfr: *Edilizia e Territorio*, 19-24.10.2009, pag. 7).



#### 4.b. - I poteri di vigilanza e d'intromissione spettanti al Comune

Evidentemente collegato, per esplicita ammissione dello stesso documento, all'opzione prescelta riguardo alla natura del rapporto tra Comune ed operatore edilizio<sup>42</sup> è il tema dell'estensione dei poteri di vigilanza e di intromissione del Comune nell'attività del privato.

Vista la diversa opzione cui si è aderito nel presente commento (e del resto fatta propria dall'Autorità di Vigilanza con la determinazione 4/2009), è inevitabile dissentire sul riconoscimento - in capo al Comune, in quanto "delegante" le funzioni esercitate dall'operatore edilizio "delegato" - del potere di sostituire quest'ultimo in caso d'inerzia, di annullarne in sede di autotutela gli atti illegittimi (art. 21-*nonies* della legge 241/1990)<sup>43</sup>, nonché di revocarne gli atti in presenza dei presupposti disciplinati dall'art. 21-*sexies* della stessa legge 241/1990.

Altrettanto dicasi in materia di collaudo delle opere di urbanizzazione, attività che dovrebbe essere svolta da professionista scelto dalla stazione appaltante, che è l'operatore edilizio, fermo restando in capo al Comune il potere di approvarne le risultanze (atto di collaudo).<sup>44</sup>

Al più, si potrebbe pensare ad una previsione convenzionale della facoltà per il Comune di indicare il collaudatore, che in ogni caso dovrà essere nominato dal privato, quale committente di un contratto d'opera professionale del quale il collaudatore è l'altra parte negoziale.

Condivisibili, invece, paiono le indicazioni del documento ITACA circa l'onere per l'operatore edilizio di provvedere alla nomina del RUP - cui tra l'altro compete la richiesta d'iscrizione al SIMOG, la richiesta del CIG e l'inoltro dei dati all'Osservatorio dell'Autorità - del direttore dei lavori e del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione.

Parallelamente, al Comune spetta la nomina di un responsabile del procedimento di urbanizzazione, che diventa l'interfaccia del RUP nominato dall'operatore edilizio.

TRA 22.11.2013

---

<sup>42</sup> Secondo ITACA riconducibile al parametro della delega di funzioni, tesi che si è in precedenza confutata ravvisando, invece, nell'art. 32, comma 1, lett. g), del D. Lgs. 163/2006, il fondamento di una competenza "diretta" in capo all'operatore edilizio quale "altro soggetto aggiudicatore".

<sup>43</sup> "Nell'ipotesi di delega estesa a tutto l'ambito delle funzioni proprie del titolare dell'organo, non occorre che la delega medesima contenga l'espressa menzione della sostituzione anche per gli atti di autotutela relativi all'esercizio di tali funzioni, rientrando gli stessi in quelli di amministrazione attiva" (Cons. Stato, IV, 2.10.2007, n. 5086).

<sup>44</sup> Nella determinazione 7/2009 l'Autorità sottolinea che, trattandosi di attività di spettanza della stazione appaltante, quando tale ruolo sia assunto dal privato titolare del piano attuativo o del permesso di costruire a questi compete la nomina dei collaudatori, mentre spetta al Comune il potere di approvare gli atti di collaudo, propedeutici all'acquisizione gratuita delle opere al relativo patrimonio indisponibile.