

BREVI NOTE SULL'ESECUZIONE DIRETTA DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE PRIMARIA SOTTO SOGLIA DOPO IL DECRETO "SALVA ITALIA"

dell'Avv. Carmine Medici

1. - L'art. 45, comma 1, del D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, è intervenuto sul T.U.Ed., approvato con d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, modificandone l'art. 16, mediante l'introduzione di un comma 2-bis, il quale prevede che «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».

La disposizione di cui all'art. 45, comma 1, del D.L. n. 201 cit., confermata, in sede di conversione, dalla legge n. 22 dicembre 2011, n. 214, trova un suo immediato antecedente nell'art. 5, comma 2, lett. 2), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, che, tuttavia, non veniva confermato in sede di conversione dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

Anche in quella occasione, il Governo allora in carica era intervenuto introducendo un comma 2-bis nel corpo dell'art. 16 del d.P.R. n. 380/2001, evidentemente ritenuta la *sedes materiae* per la disciplina dell'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione, sebbene la problematica interessa, in particolare modo, la materia dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e succ. int. e mod.

Pur essendo la stessa la *ratio* dell'intervento legislativo, i contenuti normativi dell'art. 16, comma 2-bis, del d.P.R. n. 380 ult. cit., in vigore a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 201/2011, risultano più ampi rispetto alla quelli che la stessa disposizione aveva nella sua originaria formulazio-

ne.

Infatti, l'ambito di applicazione della disciplina include non solo la realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione primaria «nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati» ma è estesa anche alle opere di urbanizzazione previste ai fini della realizzazione degli «interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale» da parte del titolare del permesso a costruire.

Inoltre, mentre la prima versione del comma 2-bis si limitava a stabilire che per l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria non dovesse trovare applicazione il solo art. 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, la versione attualmente vigente prevede espressamente che «non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163».

Invero, l'innovazione introdotta dal D.L. n. 70/2011, nell'escludere la sola applicazione dell'art. 122, comma 8, «faceva insorgere il dubbio nientemeno che (all'opposto della finalità di semplificazione che il d.l. 70 sembrava voler perseguire) per le opere sotto soglia si dovessero seguire le procedure ordinarie degli artt. 53 e ss. d.lgs. 163» (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 www.lexitalia.it).

L'art. 122, comma 8, del Codice dei contratti, prevede che per l'affidamento dei lavori pubblici, sotto soglia comunitaria, di cui all'art. 32, comma 1, lett. g), da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso a costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso a costruire ai

sensi dell'art. 16, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, deve provvedersi mediante l'esperimento di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 57, comma 6, rivolgendo l'invito «ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei».

In altre parole, le predette opere di urbanizzazione, sia primaria che secondaria, devono essere affidate sulla base di una procedura negoziata meno rigorosa per ciò che concerne l'individuazione degli operatori da invitare (con il vincolo per cui l'invito deve essere rivolto ad almeno cinque soggetti) nonché la valutazione delle offerte, potendo l'aggiudicazione avvenire sia con il criterio del prezzo più basso che con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, fermo restando, in ogni caso, il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Tuttavia, l'estensione dell'obbligo della procedura di evidenza pubblica, seppure nella forma semplificata della procedura negoziata senza bando, per l'affidamento delle opere di urbanizzazione (primaria e secondaria) sotto soglia non costituiva una scelta obbligata dal diritto comunitario ma è stata introdotta, in via autonoma, dal legislatore italiano con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo correttivo).

Infatti, la Corte di Giustizia UE, nella sentenza 12 luglio 2001, causa C-399/98, aveva riferito l'obbligo comunitario di assoggettamento a gara pubblica alle sole opere di urbanizzazione sopra soglia e, con sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, aveva chiarito che «il legislatore comunitario ha fatto la scelta esplicita e di principio di lasciare gli appalti inferiori ad un certo limite al di fuori del regime di pubblicità che ha introdotto, non imponendo di conseguenza alcun obbligo specifico relativamente ad essi».

La disciplina risultante dal c.d. terzo correttivo riduce l'interesse dell'impresa costruttrice all'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e ad avvalersi della conseguente possibilità dello scomputo prevista dall'art. 16, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, tutt'ora vigente.

Come si ricorderà, l'art. 16, comma 2, ult.

cit., stabilisce che «la quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune».

Come è stato correttamente osservato, l'interesse del costruttore alla realizzazione diretta delle opere a scomputo «ha una connotazione essenzialmente economica, che si sostanzia da un lato nel probabile risparmio sui costi, dall'altro - e soprattutto - nella possibilità di controllare direttamente i tempi di esecuzione delle opere, in modo che al momento dell'ultimazione dei lavori gli edifici privati siano dotati delle urbanizzazioni primarie necessarie alla loro effettiva fruibilità ed eventualmente di quelle secondarie destinate ad accrescerne il valore di mercato. Entrambi gli obiettivi potranno essere realisticamente raggiunti solo nel caso in cui si ammetta la possibilità per il titolare del permesso di costruire di partecipare alla gara pubblica e questi ne risulti poi in concreto vincitore. Rispetto alla disciplina originaria..., con il correttivo 2008 diminuiscono le probabilità di vedere avverate le due condizioni da ultimo richiamate» (MANDARANO, Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2008, 1367 ss. V., anche, BORELLA, L'esecuzione delle opere di urbanizzazione e il codice dei contratti, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n. 1, 2011, 21, il quale rileva che la prospettata soppressione dell'obbligo della gara per le opere di urbanizzazione sotto soglia non avrebbe presentato dubbi di illegittimità comunitaria e, nel contempo, avrebbe soddisfatto esigenze di contenimento dei costi di realizzazione delle opere di urbanizzazione, posto che, essendo in prevalenza imprenditori edili i proprietari di lotti da urbanizzare, la realizzazione diretta da parte degli stessi delle opere di urbanizza-

zione avrebbe eliminato la componente di profitto che l'impresa individuata attraverso il confronto pubblico avrebbe dovuto inevitabilmente inserire nell'offerta; in senso adesivo, v. BOTTEON, op. cit).

L'art. 45, comma 1, del D.L. n. 201/2011, ha sostanzialmente accolto le indicazioni della dottrina e, al fine di rilanciare gli investimenti nel settore dell'edilizia, ha introdotto una deroga alla disciplina di cui all'art. 122, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, stabilendo espressamente che, per le sole opere di urbanizzazione primaria sotto soglia comunitaria, non trova applicazione il D.Lgs. n. 163/2006, purché si tratti di opere strettamente «funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio».

Diversamente, per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria che non siano funzionali allo specifico intervento di trasformazione urbanistica – nonché per la realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia - dovrà applicarsi l'art. 122, comma 8, del Codice, per cui deve concludersi che l'esonero dall'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica non possa mai essere invocata dall'amministrazione comunale che dovesse provvedere, in tempi diversi, alla realizzazione di interventi concernenti strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione nonché gli ulteriori interventi di urbanizzazione secondaria.

In proposito, è stato osservato che l'art. 16, comma 2-bis, del d.P.R. n. 380/2001, «concepisce l'esecuzione diretta come eventuale e non obbligatoria» (cfr. BOTTEON, op. cit.); d'altra parte, il precedente comma 2, il cui testo non è stato interessato dall'intervento legislativo, continua a prevedere che «a scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione».

La disposizione introdotta dal D.L. n. 210/2011 sembra, piuttosto, incidere sulla questione dibattuta, prima della sua entrata in vigore, del beneficiario dei ribassi d'asta conseguiti nell'ambito della procedura di affidamento dei lavori di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria, procedura ora

non più richiesta nell'ipotesi di esecuzione diretta di lavori sotto soglia.

In proposito, si era ipotizzato che «la convenzione con la quale si autorizza e si disciplina lo scomputo determina una sorta di novazione dell'obbligazione originaria a carico del titolare del permesso di costruire. In tal modo questi non sarebbe più tenuto al pagamento degli oneri di urbanizzazione, bensì alla realizzazione di un'opera di urbanizzazione... L'espressione «a scomputo» si riferirebbe, pertanto, a tale effetto liberatorio connesso all'esecuzione delle opere»; «per questa via potrebbe giungersi a sostenere che, fatte salve pattuizioni diverse in sede di convenzione, il costruttore adempie compiutamente il proprio obbligo con la realizzazione dell'opera a regola d'arte ed il suo trasferimento al comune, con l'ulteriore conseguenza che l'eventuale risparmio sui costi dell'esecuzione dell'opera stessa rispetto al valore stimato ex ante ai fini dello scomputo degli oneri - come anche gli eventuali costi aggiuntivi - in mancanza di pattuizioni diverse rimane irrilevante per il Comune. Nel silenzio della legge e salvo che la convenzione contenga statuizioni contrarie, il costruttore potrebbe avvantaggiarsi del ribasso ottenuto in sede di gara e, di converso, il comune non sarebbe tenuto a riconoscere al costruttore i costi da questi sopportati in eccedenza rispetto al valore dell'opera stimato ai fini dello scomputo» (MANDARANO, Op. cit., 1372, il quale riferisce della difesa erariale italiana dinanzi alla Corte di Giustizia UE nel giudizio conclusosi con la sentenza del 2001).

La soluzione prospettata sembra trovare, oggi, positivo riscontro nell'art. 16, comma 2-bis, del d.P.R. n. 380/2001, il quale espressamente prevede che «l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria... è a carico del titolare del permesso di costruire», dovendosi intendere l'espressione «a carico» del costruttore nel senso dell'assunzione da parte di questi del rischio connesso agli oneri economici derivanti dall'esecuzione delle predette opere, venendo meno il rapporto di stretta corresponsività tra l'esecuzione diretta delle opere e lo scomputo dagli oneri di urbanizzazione.

Una simile soluzione appare coerente con



la ratio ispiratrice del D.L. n. 201/2011 e della successiva azione di Governo, intesa a rilanciare gli investimenti nel settore dell'edilizia privata: anticipazioni di stampa riferiscono, nel mentre il presente lavoro è ancora in bozze, di un decreto legge, in corso

di pubblicazione, che avrebbe previsto l'esenzione dal pagamento dell'IMU da parte del costruttore per gli immobili destinati ad abitazione e non ancora venduti per tre anni e nonché l'esenzione dal pagamento dell'IVA sui contratti di vendita dei predetti immobili.

«.....GA.....»