

1. Note generali e riferimenti interpretativi in ordine all'affidamento di lavori per la realizzazione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione in base alle novità introdotte dal d.lgs. n. 152/2008.

di Alberto Barbiero
(albertobarbiero@albertobarbiero.net)

1.1. Sintesi del quadro normativo.

L'art. 1 del d.lgs. n. 152/2008 ha riformulato le disposizioni che, nel d.lgs. n. 163/2006, disciplinano le procedure di affidamento dei lavori per la realizzazione di opere a scomputo (lavori a computo) degli oneri di urbanizzazione (OOUU).

Il quadro normativo mantiene la distinzione tra disciplina per lavori di valore pari o superiore alla soglia comunitaria (art. 32) e per affidamenti di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria (art. 122).

Nello specifico, l'art. 32, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 163/2006 prevede (per l'area di valore pari o superiore alla soglia comunitaria) che si abbia applicazione dello stesso Codice dei contratti pubblici per i lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'Amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'Amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza.

L'art. 122, comma 8, stabilisce invece (per l'area di valore inferiore alla soglia comunitaria) che per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei.»;

1.2. Dati interpretativi riferibili al quadro normativo in materia di affidamento di lavori a scomputo.

La modifica normativa costituisce l'ultimo passaggio di un articolato percorso sollecitato dalla giurisprudenza comunitaria, con il primo noto intervento della

Corte di Giustizia CE, sez. VI, prodotto con la sentenza 12 luglio 2001, C-399/98.

Nei punti 57-61 del considerando (motivazione) della sentenza si evidenzia come i lavori per la realizzazione di opere di urbanizzazione effettuati a scomputo della corresponsione degli oneri di urbanizzazione abbiano tutte le caratteristiche per essere qualificati come appalti pubblici di lavori, in quanto sussistono congiuntamente i seguenti elementi: un contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui all'art. 1, lett. b), della direttiva, e avente per oggetto, in particolare, l'esecuzione di un certo tipo di opera o di lavori precisati dalla direttiva.

Inoltre, secondo i punti 76-86 del considerando della sentenza il contratto stipulato in caso di realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione ha carattere oneroso per l'amministrazione comunale, in quanto il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato che realizzi le opere di urbanizzazione non effettua alcuna prestazione a titolo gratuito, poiché egli estingue un debito di pari valore - salvo conguaglio in denaro - che sorge in favore del Comune, ossia il contributo per gli oneri di urbanizzazione, senza che il carattere alternativo dell'obbligazione - contributo pecuniario o esecuzione diretta delle opere - consenta di differenziarne la causa a seconda della modalità di adempimento prescelta (o prestabilita dal legislatore).

Sulla base di tali elementi la Corte di giustizia rileva che nel caso in cui l'importo stimato di un'opera di questo tipo, IVA esclusa, eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva in materia di appalti, quest'ultima trova applicazione.

Tale constatazione implica che l'Amministrazione Comunale ha l'obbligo di rispettare le procedure previste dalla detta direttiva ogni volta che intende attribuire un appalto pubblico di lavori rispondente a tali caratteristiche.

Secondo la Corte di giustizia (punto 100 del considerando della sentenza) ciò non significa che, per garantire il rispetto della direttiva in caso di realizzazione di un'opera di urbanizzazione, debba necessariamente essere l'amministrazione comunale ad applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla direttiva in questione. L'effetto utile di quest'ultima risulterebbe ugualmente garantito qualora la normativa nazionale conferisse all'amministrazione comunale il potere di obbligare il lottizzante titolare della concessione, mediante accordi stipulati con questo, a realizzare le opere pattuite ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva, e ciò affinché vengano rispettati gli obblighi incombenti in proposito all'amministrazione comunale in forza della direttiva medesima. In tal caso, infatti, il lottizzante, alla luce degli accordi conclusi con il Comune che lo esentano dal contributo per gli oneri di urbanizzazione in cambio della realizzazione di un'opera di urbanizzazione pubblica, deve essere considerato come titolare di un mandato espresso conferito dal Comune ai fini della costruzione di tale opera. Una tale possibilità di applicazione delle regole di pubblicità della direttiva da parte di soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici è peraltro espressamente prevista da alcune disposizioni della direttiva stessa in caso di concessione di lavori pubblici.

L'adeguamento normativo definito con la riformulazione dell'art. 2, comma 5 della legge n. 109/1994 non è stato tuttavia sufficiente a superare i problemi di

compatibilità della disciplina nazionale in materia di lavori a scomputo con l'ordinamento comunitario.

Su tale aspetto, peraltro, è intervenuta nuovamente la Corte di Giustizia CE, sez. II, con la sentenza 21 febbraio 2008 C-412-04, che ha trattato la problematica individuazione delle regole applicabili all'affidamento di tali lavori quando di valore inferiore alla soglia comunitaria.

Partendo dal presupposto 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 (punto 65 del considerando della sentenza) la Corte ha rilevato che tuttavia, quando sia accertato che un tale appalto presenti un interesse transfrontaliero certo, l'affidamento, in mancanza di qualsiasi trasparenza, di tale appalto ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro che potrebbero essere interessate a tale appalto. Salvo non sia giustificata da circostanze obiettive, siffatta disparità di trattamento, che, escludendo tutte le imprese aventi sede in un altro Stato membro, opera principalmente a danno di queste ultime, costituisce una discriminazione indiretta in base alla nazionalità, vietata ai sensi degli artt. 43 CE e 49 CE (v., in tal senso, riguardo alla direttiva 92/50, sentenza 13 novembre 2007, causa C-507/03).

Conseguentemente, per quanto il legislatore nazionale si sia astenuto dal definire nella legge n. 109/1994 una disciplina specifica per i lavori a scomputo di valore inferiore alla soglia comunitaria (qualificabili come appalti pubblici che interessano le opere di urbanizzazione di un valore inferiore alla soglia di applicazione della direttiva eseguite dal titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato), nel caso in cui sia dimostrata l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, non può essere messa in discussione l'applicabilità ai detti appalti degli artt. 43 CE e 49 CE (norme fondamentali del Trattato in materia di tutela del principio della concorrenza).

Oltre a questo aspetto, sul quale è intervenuto progressivamente il legislatore delegato con la definizione di un quadro regolativo nell'art. 122, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006, successivamente perfezionato con il d.lgs. n. 113/2007, quindi ora riformulato complessivamente dal d.lgs. n. 152/2008, la sentenza 21 febbraio 2008 C-412-04 afferma (punti 72-75 del considerando) sancisce un ulteriore principio operativo per la determinazione del valore delle opere realizzabili in base alla convenzione in rapporto alla sua individuazione nell'area sopra o sottosoglia.

La corte di giustizia, infatti, afferma che qualora la convenzione stipulata tra un singolo, proprietario di suoli edificatori, e l'amministrazione comunale risponda ai criteri di definizione della nozione di «appalti pubblici di lavori» ai sensi della direttiva, l'importo di stima che in via di principio deve essere preso in considerazione al fine di verificare se la soglia stabilita da tale direttiva sia raggiunta, e se, di conseguenza, l'attribuzione dell'appalto debba rispettare le norme di pubblicità poste dalla stessa, può essere determinato solo in relazione al valore globale dei differenti lavori ed opere, sommando i valori dei differenti lotti.

Sul tema dell'affidamento dei lavori relativi alla realizzazione di opere di urbanizzazione nell'ambito delle convenzioni urbanistiche è intervenuta anche l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), con la determinazione n. 4 del 2 aprile 2008, riprendendo molti profili di analisi del consolidato orientamento comunitario e pervenendo ad una valutazione in base alla quale:

- a) la realizzazione di opere prevista dalle convenzioni urbanistiche rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori;
- b) l'affidamento dell'esecuzione delle suddette opere soggiace alla disciplina contenuta negli artt. 32, comma 1, lett. g), 121, comma 1, e 122, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, salvo il caso in cui le amministrazioni precedenti abbiano esperito preventivamente una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del privato sottoscrittore del relativo accordo convenzionale.

2. Modalità di affidamento dei lavori a scomputo degli OOUU in base alle disposizioni del Codice dei contratti innovate dal d.lgs. n. 152/2008.

Gli elementi desunti dalla giurisprudenza comunitaria e dalle valutazioni espresse dall'AVCP consentono una più efficace interpretazione del quadro normativo derivante dalle innovazioni prodotte dal d.lgs. n. 152/2008.

2.1. Le procedure di affidamento di lavori a scomputo di valore pari o superiore alla soglia comunitaria.

In ordine all'art. 32, comma 1, lettera g del d.lgs. n. 163/2006 nella sua nuova formulazione, deve rilevarsi come la disposizione preveda che siano sottoposti alla disciplina del Codice dei contratti i lavori pubblici, di valore pari o superiore alla soglia comunitaria (5.150.000 euro), da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione (sia primaria che secondaria) a scomputo totale o parziale del contributo per gli oneri di urbanizzazione (art. 16, comma 2 del del d.P.R. n. 380/2001 e art. 28, comma 5 della legge n. 1150/1942).

La previsione, sottoposta a valutazione dall'AVCP nella determinazione n. 4/2008 nella sua quasi conforme versione precedente, rientra in un quadro di disciplina positiva inerente l'affidamento dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo di oneri concessori, individuabile nel combinato disposto dell'art. 32, comma 1, lett. g), del d.lgs. 163/2006 (come allora modificato dal d.lgs. n. 113/2007), per gli interventi di valore superiore alla soglia comunitaria, e nell'art. 121, comma 1, e 122, comma 8, dello stesso decreto legislativo, per quelli di valore inferiore a tale soglia.

Secondo l'Autorità di Vigilanza, dalle norme si evince che il titolare del permesso di costruire o il privato lottizzante, per la realizzazione dei lavori di urbanizzazione primaria e secondaria di importo superiore alla soglia comunitaria, ha la duplice possibilità di esperire egli stesso le procedure di gara nel rispetto della disciplina normativa contenuta nel Codice (sulla base di un mandato conferito dall'amministrazione: cfr. Corte Giustizia 12 luglio 2001, C-399/98, sopra citata) ovvero assumere la veste di promotore nell'ambito di

una procedura nella versione previgente ispirata al modello del project financing.

Il dettato normativo derivante dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 152/2008 delinea un primo percorso conforme alla versione originaria, che comporta l'indizione e la gestione della gara per la selezione dell'esecutore dei lavori da parte del soggetto privato titolare del permesso di costruire, in piena aderenza con gli orientamenti elaborati proprio dalla giurisprudenza comunitaria e con le indicazioni interpretative formulate dall'Autorità di vigilanza con la determinazione n. 4/2008.

Il primo periodo dell'art. 32, comma 1, lett. g) del d.lgs. n. 163/2006 risponde quindi pienamente alla linea espressa dalla Corte di giustizia CE nella sentenza 12 luglio 2001, causa n. 399/98, nella quale sostiene che l'Amministrazione Comunale può affidare al privato lottizzante (titolare del permesso di costruire) la realizzazione di un'opera di urbanizzazione esclusivamente nella forma del mandato alla realizzazione, a spese di quest'ultimo, per conto del Comune e nel rispetto delle regole europee che si applicano allo stesso Comune concedente.

Sul fatto che il soggetto privato (attuatore / titolare del permesso di costruire) possa gestire direttamente la gara per la selezione del soggetto esecutore dei lavori non sussistono dubbi anche a fronte della lettura del comma 2 dello stesso art. 32, che comprende l'ipotesi di cui alla lettera g) tra le situazioni nelle quali i privati devono farsi carico delle procedure, potendo peraltro disporre di alcune facilitazioni nella procedura di aggiudicazione e di una considerevole flessibilità nella gestione dell'esecuzione (rispetto alla quale è richiesto il rispetto delle sole norme del Codice inerenti i collaudi).

Inoltre deve rilevarsi come la Corte Costituzionale abbia avuto modo di affermare (sentenza n. 129 del 23-28 marzo 2006) come il quadro delle direttive comunitarie determini condizioni tali per cui, quando si realizzi un'opera o si affidi un servizio o una fornitura per importi uguali o superiori ad un certo valore, il soggetto che procede all'appalto debba adottare procedure di evidenza pubblica per la scelta del contraente. L'obbligo sussiste sia che l'attribuzione dell'appalto spetti ad un ente pubblico territoriale o ad altro «organismo di diritto pubblico» (secondo la dizione delle direttive prima citate), sia che lo stesso venga effettuato da un privato, il quale in tal caso assume – come chiarito dalla Corte di giustizia delle Comunità europee – la veste di «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).

I profili di maggiore interesse derivano dalla riformulazione della seconda parte della disposizione, in base alla quale l'Amministrazione può attivare un secondo percorso (alternativo alla gara interamente gestita dal soggetto privato), scegliendo essa stessa di indire una gara sulla base di un progetto presentato dal privato in sede di richiesta del titolo edilizio, con precise condizioni operative.

Il Comune deve pervenire all'individuazione del contraente secondo le modalità previste dall'articolo 55 del d.lgs. n. 163/2006 (quindi ricorrendo alle procedure aperte o ristrette), per aggiudicare allo stesso un appalto integrato

avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori (con acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta).

L'amministrazione deve gestire la procedura selettiva assumendo a riferimento tre elementi-chiave, stabiliti in accordo con il soggetto attuatore del piano o titolare del permesso di costruire nelle convenzioni o negli atti unilaterali d'obbligo:

- a) la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione;
- b) uno schema di contratto (nel quale dovranno essere precisate le modalità e le garanzie nell'esecuzione dei lavori);
- c) il termine massimo entro il quale le opere stesse dovranno essere realizzate (in una prospettiva che garantisce tempi certi al privato rispetto all'esecuzione dei suoi interventi costruttivi).

2.2. Le procedure di affidamento di lavori a scomputo di valore inferiore alla soglia comunitaria.

L'art. 122, comma 8 stabilisce invece che per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g) di valore inferiore alla soglia comunitaria, si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, con una gara informale nella quale l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti (se sussistono in tale numero aspiranti idonei).

La procedura si presenta come misura di garanzia applicativa in chiave semplificata dei principi dell'ordinamento comunitario, aderendo ad un modello già codificato nel d.lgs. n. 163/2006 per gli "appalti esclusi" (art. 27) e per le concessioni di servizi (art. 30, comma 3).

Anche nell'area sottosoglia è senza dubbio ipotizzabile (peraltro a fronte della combinazione normativa evidenziata dall'AVCP nella determinazione n. 4/2008) un doppio percorso, ossia:

- a) la gestione della gara da parte del soggetto privato (attuatore del piano o titolare del permesso di costruire);
- b) la gestione della gara, in alternativa, da parte dell'Amministrazione Comunale.

Una soluzione interpretativa diversa, contemplante la sola possibilità della procedura di selezione dell'esecutore gestita dal Comune, determinerebbe infatti disparità di trattamento non giustificabili tra soggetti privati impegnati nella gestione di interventi urbanistico-edilizi assimilabili per complessità, distinguibili solo dai valori di riferimento delle opere di urbanizzazione da realizzare.

L'affidamento con procedura negoziata preceduta da gara ufficiosa è quindi utilizzabile dai soggetti privati (attuatori / titolari del permesso di costruire) e dalle Amministrazioni Comunali (che intendano sviluppare la selezione del soggetto esecutore seguendo il percorso alternativo, partendo dal progetto preliminare), indifferentemente per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria, non sussistendo più la distinzione delineata nella formulazione originaria.

La nuova norma non consente peraltro l'affidamento diretto dell'esecuzione da parte del Comune al soggetto privato attuatore del piano o titolare del permesso di costruire.

La codificazione degli interventi come lavori pubblici comporta che gli esecutori debbano essere qualificati secondo categorie e classifiche corrispondenti (aderendo ad interpretazioni che alcune procure regionali della Corte dei conti avevano sviluppato).

La riconduzione degli affidamenti dei lavori a scomputo a procedure che richiedono necessariamente un confronto, seppur minimo, con il mercato, ha comportato l'eliminazione della disposizione (introdotta dal d.lgs. n. 113/2007) che prevedeva l'invio della documentazione alla Procura Regionale presso la Corte dei conti relativa all'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria.

Tuttavia deve ritenersi che tale obbligo debba continuare ad essere soddisfatto (salvo diversa indicazione della Procura stessa) per tutte le convenzioni che, stipulate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 152/2008, abbiano determinato l'affidamento diretto al soggetto attuatore o titolare del permesso di costruire dei lavori di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria.

3. Le modalità di affidamento dei lavori per la realizzazione di opere di urbanizzazione non a scomputo, previste nell'ambito di convenzioni urbanistiche o di strumenti pattizi similari.

Gli elementi elaborati dalla Corte di giustizia CE sez. VI nella sentenza 12 luglio 2001, C-399/98, in base ai quali i lavori a scomputo degli OOUU sono a tutti gli effetti appalti di lavori pubblici, sono stati analizzati anche in successivi interventi giurisprudenziali della medesima Corte (sez. I, sentenza 27 ottobre 2005, cause riunite C-187/04 e C-188/04; sez. I, sentenza 18 gennaio 2007, C-220/05), la quale è giunta ad affermare che rientrano nel medesimo schema classificatorio (quindi sono da considerare anch'essi appalti di lavori pubblici) gli affidamenti di lavori per la realizzazione di opere con destinazione pubblica o di uso pubblico nell'ambito di convenzioni urbanistiche o di riqualificazione urbanistica.

Le affermazioni della giurisprudenza comunitaria hanno trovato riscontro in ambito nazionale in alcune pronunzie della giurisprudenza amministrativa, tra le quali spicca quella del TAR Lombardia – Milano, sez. II, con la sentenza n. 6541 del 4 dicembre 2007, nella quale si afferma che le opere con funzionalizzazione pubblica nell'ambito di una convenzione urbanistica sono comunque qualificabili come 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.

L'AVCP ha composto queste considerazioni nella motivazione della propria determinazione n. 4/2008, assumendo a riferimento il caso dei c.d. "programmi complessi" ed affermando che l'accordo sulla base del quale si dà attuazione al programma si fonda, sostanzialmente, su uno "scambio di prestazioni": a fronte del riconoscimento al soggetto privato di diritti edificatori, vengono cedute dallo stesso privato aree e/o realizzate opere di adeguamento infrastrutturale e di trasformazione del territorio.

Si tratta di ipotesi in cui, a compenso di benefici conseguiti dai privati (come ad esempio quelli derivanti da modificazioni di destinazione urbanistica

di aree), questi si impegnano a realizzare, quale controprestazione in favore dell'amministrazione, opere di pubblico interesse.

Secondo l'AVCP, questi accordi trovano la loro espressione formale, in particolare, nelle convenzioni urbanistiche, il cui archetipo è la convenzione di lottizzazione prevista dall'art. 28 della legge n. 1150/1942 e si iscrivono a pieno titolo nell'alveo dell'amministrazione negoziata, ove l'esercizio del potere viene canalizzato nelle forme dell'accordo con i potenziali destinatari dei suoi effetti.

Rispetto a tali opere si riconoscono infatti i parametri configurativi tipici elaborati che dalla Corte di giustizia CE, in quanto:

a) ricorra la qualità di amministrazione aggiudicatrice in capo all'ente pubblico precedente e, sotto il profilo oggettivo, che oggetto di esecuzione siano opere pubbliche, trattandosi comunque e sempre di opere di interesse generale realizzate a vantaggio della collettività;

b) il rapporto pubblico-privato ha natura negoziale, in quanto le convenzioni urbanistiche hanno indubbia natura contrattuale, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico.

Secondo l'AVCP, infatti, si rinviene anche il carattere oneroso della prestazione, che deve ritenersi sussistere in qualunque caso in cui, a fronte di una prestazione, vi sia il riconoscimento di un corrispettivo che può essere, a titolo esemplificativo, in denaro, ovvero nel riconoscimento del diritto di sfruttamento dell'opera (concessione) o ancora mediante la cessione in proprietà o in godimento di beni.

In altri termini, il vantaggio economico in cui consiste la causa del negozio non deve obbligatoriamente essere limitato ad una corresponsione in denaro, ma ben può consistere in un riconoscimento di diritti suscettibili di valutazione economica.

Tale prefigurazione determina l'applicabilità dei profili regolativi del Codice dei contratti a tutte le tipologie di opere di urbanizzazione o similari, comunque con funzionalizzazione pubblica, realizzabili da un privato in base ad una convenzione urbanistica, a fronte della riconducibilità della loro concretizzazione a componenti di tipo patrimoniale poste nel quadro di scambio dall'Amministrazione, in modo diretto o indiretto.

L'AVCP ha rilevato, pertanto, che trattandosi di appalti pubblici di lavori, secondo la linea espressa dalla la Corte di giustizia CE, deve ritenersi applicabile agli stessi l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria; obbligo che sussiste anche nel caso in cui la scelta degli imprenditori incaricati della progettazione e dell'esecuzione delle opere spetti al lottizzante (titolare del permesso di costruire), non essendo necessario che il soggetto che conclude un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente la prestazione pattuita, potendo tale soggetto farla eseguire a terzi.

Da ciò deriva l'applicabilità anche alla fattispecie in questione del concetto di mandato, quale conferimento dei poteri relativi all'espletamento delle gare al privato lottizzante, fatti comunque salvi i poteri relativi alla sorveglianza, al controllo ed alla direzione nella realizzazione delle opere, che rimangono in capo all'Amministrazione.

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.

Alla luce di tale ricostruzione, l'AVCP ritiene 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, anche in tal caso potendosi ipotizzare l'alternativa della gestione della procedura da parte del soggetto privato (attuatore del piano/titolare del permesso di costruire) o da parte dell'Amministrazione Comunale.