

Delibera n. 763 del 16 luglio 2016

Oggetto: : Regione Lombardia - viabilità speciale di Segrate - realizzazione della c.d. “Cassanese-bis” – applicabilità art. 20 d.lgs. 50/2016 - richiesta di parere. **AG 25/2016/AP**

Art. 20 d.lgs. 50/2016 – realizzazione di opere pubbliche a cura e spese del privato
L’istituto contemplato nell’art. 20 del Codice non può trovare applicazione nel caso in cui la convenzione stipulata tra amministrazione e privato abbia ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche da parte di quest’ultimo in cambio del riconoscimento in suo favore di una *utilità*, con conseguente *carattere oneroso* della convenzione stessa. Il carattere oneroso della convenzione 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 tal caso la convenzione ha *natura contrattuale*, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico. Simili fattispecie sono da ricondurre nella categoria *dell’appalto pubblico di lavori*, da ciò derivando, come necessario corollario, il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica previste nel Codice.

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 50/2016;
Visto l’appunto dell’Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

Considerato **in** **fatto**
Con nota pervenuta in data 18 maggio 2016 ed acquisita al prot. n. 79134, la Regione Lombardia – Direzione Generale Infrastrutture e Mobilità - ha sottoposto all’attenzione dell’Autorità una richiesta di parere in ordine alla possibilità di affidare direttamente ad un operatore economico la realizzazione della viabilità speciale di Segrate, c.d. “Cassanese-bis”, mediante il ricorso all’istituto previsto dall’art. 20 (*opera realizzata a spese del privato*) del d.lgs. n. 50/2016. A tal riguardo l’Amministrazione richiedente rappresenta quanto segue:

- L’opera, ricompresa nell’elenco delle “infrastrutture strategiche di interesse nazionale”, di cui alla deliberazione CIPE 121/2001, è oggetto dell’Accordo di Programma approvato con Decreto del Presidente della Regione Lombardia del 22 maggio 2009 n. 5095, relativo alla realizzazione di un centro commerciale polifunzionale, sottoscritto da Regione Lombardia, Provincia di Milano, Comune Segrate e la società International Business Park srl, oggi Westfield Milan Spa. Il progetto definitivo dell’intervento, suddiviso in due parti - Tratto A e Tratto B – è stato approvato con deliberazione CIPE n. 62/2013.
- L’Accordo di Programma sopra indicato prevede la realizzazione dell’opera secondo diverse modalità: il Tratto A, da realizzare a cura e spese dell’operatore privato, nelle forme e nei limiti delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia; il Tratto B, oggetto della richiesta di parere, per il quale nell’Accordo di programma sono previste tre modalità alternative di realizzazione: esecuzione diretta a cura e spese della Westfield Milan Spa; attribuzione del ruolo di soggetto aggiudicatore alla Westfield Milan Spa (opzione sub *b*) o alla Provincia di Milano (opzione sub *c*) e la realizzazione mediante affidamento dei lavori con gara pubblica. L’Accordo precisa che l’attività espropriativa per l’acquisizione delle aree necessarie per la realizzazione dell’intervento deve essere condotta dalla Provincia di Milano.
- In relazione a tali modalità di realizzazione del Tratto B dell’opera, a seguito del parere dell’Autorità prot. n. 5714 del 21 gennaio 2015, reso su istanza della stessa

Amministrazione regionale, è stato ritenuto ammissibile lo svolgimento da parte della società Westfield Milan Spa delle funzioni di stazioni appaltante per l'affidamento dei lavori.

- A seguito della predisposizione del progetto esecutivo dell'opera, che ha recepito tutte le prescrizioni stabilite dalla citata delibera CIPE n.62/2013, il quadro economico aggiornato prevede un aumento del costo complessivo della stessa da euro 123.500.000,00 a euro 160.000.000,00, così determinando la necessità di concludere un secondo Atto Integrativo all'Accordo di Programma citato.
- Tenuto conto dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti e delle Concessioni, la società Westfield Milan Spa ha manifestato agli enti pubblici sottoscrittori dell'Accordo di Programma l'intenzione di realizzare l'infrastruttura *de qua* secondo le previsioni dell'art. 20 del predetto Codice, assumendo quindi a suo carico tutti i costi di realizzazione del Tratto B della "Cassanese-bis", con esclusione delle spese per l'acquisizione delle aree (pari ad euro 20.000.000,00), che resterebbero a carico dei predetti enti pubblici. Anche tale aspetto sarebbe oggetto del secondo Atto integrativo dell'Accordo di programma.

Alla luce di quanto sopra, l'Amministrazione richiedente ha formulato i seguenti quesiti:

1. applicabilità dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016 nel caso in cui, come nella fattispecie, si tratti di un progetto di interesse strategico ai sensi della legge n. 443/2001, approvato dal CIPE con deliberazione n. 62/2013;
2. applicabilità dell'art. 20 citato nel caso in cui i costi di acquisizione delle aree necessarie per la realizzazione dell'opera vengano sostenuti dagli Enti pubblici sottoscrittori dell'Accordo di Programma, tenuto conto del fatto che la disposizione prevede che l'opera deve essere realizzata a totale cura e spese del soggetto privato;
3. possibilità di ricorrere all'istituto in esame nel caso in cui sia stato già redatto il progetto esecutivo, posto che la norma prevede, prima della stipula della convenzione, la valutazione del progetto di fattibilità delle opere da eseguire;
4. se tra gli schemi di contratto da valutare ai sensi del comma 2, dell'art. 20, sono ricompresi anche quelli relativi all'affidamento dei servizi tecnici (direzione lavori, collaudo, coordinatore sicurezza in corso d'opera, etc.).

Ritenuto **in** **diritto**
Al fine di rendere il richiesto parere, si osserva preliminarmente che – come indicato in premessa - in ordine alle modalità di affidamento dei lavori di realizzazione della "Cassanese-bis", come disciplinate nell'Accordo di Programma approvato con Decreto del Presidente della Regione Lombardia del 22 maggio 2009 n. 5095, l'Autorità ha già espresso avviso con parere sulla normativa del 21 gennaio 2015, reso su istanza della stessa Regione Lombardia (acquisita al prot. n. 120055 del 29 ottobre 2014) ed approvato nell'adunanza consiliare del 22 dicembre 2014. Nel suindicato parere l'Autorità, sulla base delle indicazioni contenute nella Determinazione del 2 aprile 2008, n. 4 («Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni»), ha affermato che nell'ambito del predetto Accordo di programma, l'opera da realizzare rientra nel più ampio *genus* dei c.d. programmi complessi, che – nell'ampia e multiforme disciplina di governo del territorio mediante amministrazione negoziata – riguarda tutti quegli istituti che trasferiscono sul piano negoziale i rapporti tra i soggetti pubblici coinvolti e quelli tra gli stessi soggetti pubblici e i privati interessati, a fini urbanistici. E' stato quindi chiarito che la realizzazione di opere comprese nei "*programmi complessi*" rientra nella nozione di "appalto pubblico di lavori" e che la stessa deve essere disciplinata in via analogica dalle disposizioni che regolano l'istituto delle opere a scomputo, previste nel previgente Codice, all'art. 32, comma 1, lett. g) per le opere sopra soglia, e agli artt. 121 e 122, per le opere sotto soglia (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). Come chiarito dalla Corte di giustizia CE (Sentenza 12 luglio 2001, causa C399-98), infatti, *«la costruzione di un'opera di urbanizzazione secondaria da parte del lottizzante è irriducibile ad una prestazione a titolo gratuito; infatti il lottizzante estingue un debito di pari valore - salvo conguaglio in denaro - che sorge a favore del comune ed avente ad oggetto il contributo per gli oneri di urbanizzazione. Pertanto la prestazione consistente nella costruzione dell'opera è a titolo oneroso ed è idonea a giustificare l'applicazione della direttiva Ce n. 37/93»*. Al fine di ricondurre le opere di urbanizzazione al *genus* dell'appalto pubblico di lavori, è tuttavia necessario valutare la congiunta ricorrenza di elementi quali *«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»*. Tale valutazione si rende necessaria al fine di non eludere l'effetto utile della direttiva, i.e. l'assoggettabilità alla disciplina concorrenziale di tutte le opere pubbliche, cioè rispondenti all'interesse generale e realizzate a vantaggio della collettività. Sulla base di tali considerazioni e delle previsioni dell'Accordo di Programma n. 5095/2009, l'Autorità ha quindi affermato la sussistenza, nel caso di specie, degli elementi ritenuti necessari dalla Corte di giustizia e dalla stessa Autorità per l'assoggettabilità dello stesso alle previsioni del Codice.

In particolare, dall'esame del predetto Accordo di programma è emerso che *«(...) "l'efficacia degli impegni assunti da IBP (...) è subordinata a (...) condizioni sospensive", tra le quali "il rilascio, previa favorevole deliberazione della conferenza di servizi, dell'autorizzazione unitaria avente ad oggetto, all'interno del centro multifunzionale, l'apertura di una grande struttura di vendita con superficie di vendita di mq 99.000, di cui mq 15.000 per il settore alimentare e mq 84.000 per quello non alimentare, che ne consenta l'attivazione alla sola condizione della realizzazione delle opere di urbanizzazione previste nello schema di convenzione allegato sub VI, compreso il solo Tratto A della cd viabilità speciale di Segrate", nonché "il rilascio delle autorizzazioni all'apertura dei singoli negozi che compongono il centro commerciale derivanti dall'autorizzazione unitaria fino all'ammontare complessivo massimo della superficie di vendita", nonché "il rilascio del permesso di costruire per la realizzazione del centro multifunzionale avente l'intera superficie s.l.u.", nonché "il rilascio delle autorizzazioni per la somministrazione al pubblico di alimenti e bevande" etc. (cfr. Accordo di Programma, punto 14.7 dell'articolato, *passim*)»* (parere sulla normativa 21 gennaio 2015 cit.).

Da quanto riprodotto, dunque, è emersa la sussistenza di uno *scambio* tra le parti che assume carattere essenziale nella trattativa e consente di affermare la *natura negoziale dell'accordo*. A tal riguardo, infatti, la citata Determinazione n. 4/2008 chiarisce che *«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»*. L'Autorità ha quindi affermato che l'Accordo di programma per la realizzazione della Cassanese-bis è da assoggettare necessariamente al Codice e, pertanto, non è consentito accedere all'ipotesi indicata dall'Amministrazione richiedente di *«esecuzione diretta, a cura e spese di IBP, dei lavori e opere mediante stipula di contratto d'appalto di diritto privato con affidatario dei lavori scelto senza esperimento di gara pubblica»* (ipotesi indicata sub a) nell'Accordo quadro art. 9.4). L'Autorità ha invece ritenuto possibile (sulla base dell'applicazione analogica della disciplina delle opere a scomputo) ricorrere, in via alternativa sia all'ipotesi della gara indetta dal privato per la realizzazione delle opere infrastrutturali, sia all'ipotesi dell'esercizio da parte dell'Amministrazione delle funzioni di stazione appaltante.

L'odierna richiesta di parere formulata dalla stessa Regione Lombardia con nota pervenuta in data 18 maggio 2016, prot. n. 79134, attiene alla realizzazione del Tratto B della "Cassanese-bis", già oggetto - nei termini sopra illustrati - dell'Accordo di programma n. 5095/2009. Tale richiesta di parere è stata avanzata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, che -

come noto – ha introdotto nella disciplina normativa in materia di contratti pubblici, nuovi istituti, tra i quali la possibilità di realizzare opere pubbliche a cura e spese del privato, contemplata nell’art. 20 del Codice.

L’Amministrazione richiedente intende quindi procedere secondo le previsioni di cui al citato art. 20, per la realizzazione dell’opera di qua, stante la manifestazione di interesse della società Westfield Milan Spa di realizzare la stessa a propria cura e spese, ad eccezione degli oneri per l’acquisizione delle aree necessarie, che resterebbero in capo agli enti pubblici sottoscrittori dell’Accordo di programma.

Tale modalità di realizzazione dell’infrastruttura sarebbe oggetto di un secondo Atto integrativo all’Accordo di programma, unitamente all’aggiornamento del quadro economico dell’intervento, a seguito della predisposizione del progetto esecutivo dell’opera secondo le prescrizioni stabilite dalla delibera CIPE n.62/2013.

Con riferimento alla suindicata richiesta di parere, sembra opportuno richiamare l’art. 20 (*Opera pubblica realizzata a spese del privato*) del d.lgs. 50/2016, il quale esclude l’applicabilità del Codice (co. 1) «al caso in cui un’amministrazione pubblica stipuli una convenzione con la quale un soggetto pubblico o privato si impegni alla realizzazione, a sua *totale* cura e spesa e previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, di un’opera pubblica o di un suo lotto funzionale o di parte dell’opera prevista nell’ambito di strumenti o programmi urbanistici, fermo restando il rispetto dell’articolo 80». La disposizione precisa al riguardo che (co. 2) «l’amministrazione, *prima della stipula della convenzione*, valuta che il *progetto di fattibilità delle opere* da eseguire con l’indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate e lo schema dei relativi contratti di appalto presentati dalla controparte siano rispondenti alla realizzazione delle opere pubbliche di cui al comma 1». Si precisa, infine, che «la convenzione disciplina anche le conseguenze in caso di inadempimento comprese anche eventuali penali e poteri sostitutivi».

La disposizione prevede dunque la possibilità, per un’amministrazione pubblica di stipulare una convenzione con un soggetto pubblico o privato, affinché quest’ultimo realizzi a sua cura e spese *opere pubbliche*, previa valutazione del progetto di fattibilità e dello schema dei relativi contratti di appalto presentati dal privato stesso.

Dal tenore testuale della norma e, in particolare, dal riferimento ivi contenuto alla convenzione da stipulare (“prima della stipula della convenzione...”) ed alla previa valutazione del progetto di fattibilità, sembra derivare, in primo luogo, anche alla luce della disciplina transitoria contenuta nell’art. 216 del Codice, che le previsioni dell’art. 20 possano trovare applicazione esclusivamente alle convenzioni stipulate successivamente all’entrata in vigore del Codice stesso.

In secondo luogo, dal riferimento contenuto nel comma 2 alla previa valutazione degli schemi dei relativi contratti di appalto presentati dal privato, sembra derivare l’obbligo per quest’ultimo di affidare i lavori a terzi, pur senza indicare le modalità con le quali tale affidamento debba avvenire ed i requisiti che le imprese affidatarie devono possedere; né la norma indica se, in alternativa, l’opera possa essere realizzata direttamente dal privato proponente nel caso in cui sia in possesso di adeguati requisiti di qualificazione.

Infine, nulla è espressamente disposto in ordine alla *gratuità* dell’operazione prevista nella disposizione in esame, quale condizione necessaria ai fini dell’esclusione dall’ambito di applicazione del d.lgs. 50/2016, secondo l’indirizzo del giudice comunitario sopra illustrato.

In ordine al tenore della norma, peraltro, è intervenuto il Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema del nuovo Codice (n. 855/2016), il quale ha affermato che «(...) la circostanza che l’opera sia realizzata a cura e spese del privato non toglie, infatti, che si tratta di opera pubblica e che sussista il cogente interesse della pubblica amministrazione alla sua corretta realizzazione da parte di un soggetto qualificato professionalmente e dotato dei requisiti morali. Non senza considerare che fattispecie di tal fatta (assunzione di opere pubbliche a cura e spese dei privati), non necessariamente sono connotate da liberalità o gratuità, essendovi ipotesi in cui l’accollo dell’opera pubblica costituisce la controprestazione del privato a fronte dello scomputo di oneri economici di urbanizzazione e costruzione di opere private. La norma, in ogni caso, si appalesa eccessivamente

generica e non chiarisce la finalità e le modalità attuative della stessa (...)». Il Consiglio di Stato ha, quindi, sottolineato la necessità che la sottrazione della convenzione conclusa ai sensi dell'art. 20 citato, dall'ambito di applicazione del Codice, potrebbe giustificarsi esclusivamente nel caso in cui non sussista in favore del privato alcuna controprestazione da parte dell'Amministrazione e l'operazione stessa si configuri come *atto di liberalità e gratuità*, pur con perplessità derivanti dal fatto che comunque ciò che viene realizzato è un'opera pubblica, con conseguente cogente interesse della pubblica amministrazione alla sua corretta realizzazione da parte di un soggetto qualificato professionalmente e dotato dei requisiti morali. Deriva da quanto sopra che l'istituto contemplato nell'art. 20 del Codice non può trovare applicazione nel caso in cui la convenzione abbia ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche da parte del privato in cambio del riconoscimento in suo favore di una *utilità*, con conseguente *carattere oneroso* della convenzione stessa. In particolare, il carattere oneroso della prestazione 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 tal caso, infatti, come chiarito dall'Autorità nella citata Determinazione n.4/2008, la convenzione avrebbe *natura contrattuale*, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico. In particolare, il privato realizzerebbe opere pubbliche per il raggiungimento di un proprio interesse patrimoniale, che è la causa del negozio giuridico in base al quale il privato stesso assume su di sé l'obbligo di realizzare le opere di cui trattasi. Simili fattispecie sono quindi da ricondurre nella categoria dell'"appalto pubblico di lavori" secondo le considerazioni sopra espresse, da ciò derivando, come necessario corollario, il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica previste nel Codice. La gratuità dell'opera da eseguire potrebbe invece non essere esclusa nel caso in cui il privato esegua, unitamente alla stessa, anche le opere di urbanizzazione a scomputo degli oneri concessori, nel caso in cui esse rappresentino una parte assolutamente non proporzionata rispetto al valore dell'opera da realizzare a spese del privato, fermo restando per le stesse, il rispetto della disciplina prevista nel Codice.

Sulla base delle considerazioni che precedono, in relazione ai quesiti formulati dall'Amministrazione regionale, è possibile affermare in linea generale che ai fini dell'applicazione della disciplina di cui all'art. 20 del d.lgs. 50/2016, mentre appare ininfluenza che il progetto da valutare sia relativo ad un'opera di interesse strategico (ai sensi della legge obiettivo n. 443/2001) posto che la norma nulla dispone al riguardo, la predetta applicabilità sembra invece dubbia nel caso in cui sia stato già redatto il progetto esecutivo dell'opera, posto che la disposizione prevede che prima della stipula della convenzione deve essere valutato il "progetto di fattibilità delle opere da eseguire".

Appare altresì dubbio, ai fini del ricorso all'istituto *de quo*, che i costi di acquisizione delle aree per la realizzazione dell'opera debbano necessariamente restare a carico del privato proponente, posto che l'art. 20 fa espresso riferimento esclusivamente alla *realizzazione* dell'opera a totale cura e spese dello stesso, senza specificare nulla in ordine ai predetti costi di acquisizione delle aree; pertanto, non sembrerebbe esclusa la possibilità che tali costi restino a carico della competente Amministrazione, salvo diverso accordo con il privato proponente. Con riferimento agli schemi di contratto che devono essere valutati ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice, stante la genericità della previsione, si ritiene che debbano essere ricompresi in tale novero tutti gli schemi di contratto relativi alla realizzazione dell'opera, inclusi quelli relativi all'affidamento dei servizi tecnici (direzione lavori, collaudo, coordinatore sicurezza in corso d'opera, etc.).

Infine, occorre ribadire che dal riferimento contenuto nella norma alla convenzione da stipulare ("prima della stipula della convenzione...") ed alla previa valutazione del progetto di fattibilità - anche alla luce della disciplina transitoria contenuta nell'art. 216 del Codice - sembra derivare

l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 20 solo alle convenzioni in relazione alle quali sia effettivamente possibile una valutazione preventiva da parte dell'Amministrazione della fattibilità dell'opera, ossia in un momento anteriore rispetto alla conclusione di un accordo in tal senso. Resta fermo che il ricorso all'istituto previsto dall'art. 20 citato, contemplante l'esclusione dell'applicazione del Codice alle operazioni ivi previste, dunque di stretta interpretazione, potrebbe giustificarsi esclusivamente nel caso in cui non sussista in favore del proponente alcuna controprestazione e l'operazione si configuri come *atto di liberalità e gratuità* nei termini indicati in motivazione; il ricorso all'istituto *de quo* è, invece, da escludere laddove la convenzione abbia i caratteri dell'appalto pubblico, secondo le indicazioni dell'Autorità contenute nella citata determinazione n. 4/2008 e secondo l'indirizzo del giudice comunitario (Sentenza 12 luglio 2001, causa C399-98) e del Consiglio di Stato (parere n. 855/2016 cit.) sopra richiamati. Da ultimo, pur nel silenzio della norma sul punto, occorre richiamare la necessità che il soggetto *esecutore* dell'opera "*pubblica*" realizzata gratuitamente ai sensi dell'art. 20, sia comunque in possesso di adeguati requisiti di qualificazione, quale principio di carattere generale, sancito nell'art. 84 del d.lgs. 50/2016, ai sensi del quale i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere in possesso di adeguata qualificazione.

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

Ritiene che :

- l'Amministrazione richiedente debba provvedere all'accertamento della sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti legittimanti il ricorso all'istituto di cui all'art. 20 del Codice, secondo le indicazioni sopra illustrate, tenuto conto delle caratteristiche tecniche dell'opera e delle modalità con le quali il privato proponente intende realizzarla.