



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Regione Lombardia

21/01/2015

Oggetto: Regione Lombardia – Opere strategiche di interesse nazionale – Opere complementari del centro intermodale di Segrate – Potenziamiento della strada provinciale 103 “Antica di Cassano”: viabilità di accesso al centro intermodale di Segrate – I Lotto, II stralcio – Quesito circa la legittimità dell’affidamento della realizzazione diretta dell’opera con stipula di contratti di diritto privato senza applicazione del Codice dei contratti pubblici -

In esito a quanto richiesto con nota prot. 120055, del 29 ottobre 2014, si comunica che il Consiglio - nella seduta del 22 dicembre 2014 - ha approvato le seguenti considerazioni.

Nella citata nota, la Regione Lombardia domanda all’Autorità Nazionale Anticorruzione un parere sulla conformità al Codice dei contratti pubblici dell’ipotesi di affidare in via diretta la realizzazione della strada provinciale 103, Antica di Cassano, I Lotto, II stralcio, che rientra nel quadro delle opere complementari del centro intermodale di Segrate, ad un operatore privato resosi disponibile all’integrale finanziamento dell’opera infrastrutturale. Secondo la ricostruzione fornita dall’istante, la variante alla strada provinciale in parola è un intervento previsto tra le opere strategiche nazionali di cui alla l. 21 dicembre 2001, n. 443 (cd l. obiettivo, così in seguito) all’interno delle opere di accessibilità al *terminal* intermodale di Segrate e il relativo progetto definitivo sarebbe stato approvato dal CIPE nella seduta dell’8 agosto 2013, con pubblicazione della relativa delibera nella GURI del 15 gennaio 2014, allegata alla domanda.

Precisa l’istante che il finanziamento dell’opera è disciplinato dall’Accordo di Programma approvato con Decreto del Presidente della Regione Lombardia 22 maggio 2009, n. 5095 (in seguito, Accordo di programma), relativo alla realizzazione di un centro commerciale polifunzionale e sottoscritto da Regione Lombardia, Provincia di Milano, Comune di Segrate e l’operatore privato International Business Park srl, oggi Westfield Milan Spa. Il citato Accordo di Programma (per la parte di attuale interesse), riconosciuta e accertata la suddivisione del progetto della Cassanese bis in due parti (Tratto A e Tratto B), ne prevede la realizzazione 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 sottosoglia, per la quale è già prevista la realizzazione diretta da parte dell’operatore; il Tratto B, oggetto della richiesta di parere, finanziato con quote disuguali dalle quattro parti contraenti. L’Accordo di programma, per tale Tratto di opera, prevede (*rectius*, propone) tre modalità alternative di realizzazione dell’opera, con l’indicazione della chiara preferenza per l’opzione che prevede l’esecuzione diretta a cura e spese della Westfield Milan Spa mediante stipula di contratto di appalto di diritto privato con affidatario dei lavori scelto senza esperimento di gara pubblica (“realizzazione diretta”, opzione sub a) e



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

indicando, in ordine decrescente di preferenza, due alternative che prevedono l'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 alla realizzazione della strada sarà condotta, in ogni caso, dalla Provincia di Milano.

La preferenza dell'opzione della esecuzione diretta (opzione sub *a*) troverebbe ragione nella ulteriore disponibilità, offerta dall'operatore privato, di assumersi il maggiore onere attualmente a carico delle parti pubbliche (Regione Lombardia, Comune di Segrate, Provincia di Milano), consentendo agli enti sottoscrittori dell'Accordo di essere sollevati dalla compartecipazione finanziaria dell'intervento per un totale di € 38.500.000,00. Ad avviso della richiedente Regione Lombardia, vi sarebbero tre considerazioni, utili a ritenere percorribile l'opzione della realizzazione diretta (proposta sub *a*): la prima è la innegabile convenienza economica dell'opera per l'erario, che si estenderebbe anche ai costi dell'attività espropriativa, comunque funzionalmente in capo alla Provincia di Milano, e alla sola anticipazione dei costi di interventi per ulteriori opere (art. 3.4 dell'Accordo); la seconda è che l'opera esulerebbe dalle opere di urbanizzazione primaria di cui è previsto e consentito lo scomputo, ai sensi del Codice (dunque mancherebbe la base giuridica per ritenere applicabile la relativa disciplina del Codice); la terza è che l'opera non costituisce il corrispettivo della trasformazione urbanistica dell'area ottenuta dall'operatore privato, il quale sarà in ogni caso tenuto al versamento di € 25.000.000,00 al Comune di Segrate in aggiunta agli oneri di urbanizzazione.

Preliminarmente, si evidenzia che la Regione Lombardia rappresenta che l'opera in parola è inserita tra le infrastrutture strategiche di interesse nazionale e insediamenti industriali di cui al periodico Programma della l. obiettivo, ma - al contempo - precisa che il finanziamento non prevede l'utilizzo di fondi statali. Da un lato, pertanto, l'opera appare inserita nel Programma CIPE, dal quale si ricavano le priorità strategiche delle infrastrutture, astrattamente suscettibili di affidamento in concessione o a contraente generale ai sensi dell'art. 173 Codice; dall'altro, si deduce che - nella fattispecie - non sono state preordinate risorse pubbliche per la realizzazione dell'opera e che la provenienza dei fondi a copertura dell'intervento è di natura mista pubblico privata, con prevalenza del contributo dei privati.

Per la copertura dell'intervento, infatti, l'istante Regione Lombardia indica l'Accordo di programma approvato con Decreto del Presidente della Regione Lombardia 22 maggio 2009, n. 5095, in B.U.R.L. 29 maggio 2009. Il citato Accordo ha ad oggetto *“la definizione e il coordinamento degli interventi conseguenti alla realizzazione degli insediamenti commerciali previsti nel Comune di Segrate e al connesso adeguamento del sistema di mobilità della zona Linate- Idroscalo, con la definizione e il coordinamento degli interventi infrastrutturali connessi alla localizzazione dell'insediamento polifunzionale all'interno delle aree ex Dogana”*. Principale scopo di tale accordo è la convergenza di enti pubblici (Regione Lombardia, Provincia di Milano e Comune di Segrate) e privati (operatore privato IBP, attuale Westfield Milan SpA) per la realizzazione di un imponente Centro multifunzionale commerciale nell'area del Comune di Segrate, integrato e modificato nel tempo (attualmente localizzato nell'area denominata ex Dogana), con annesse opere infrastrutturali, ancillari e funzionali all'opera principale di natura commerciale, ma contestualmente legate alla realizzazione della cd viabilità speciale di Segrate. Il suddetto Accordo, nell'attestare la variante urbanistica migliorativa,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

relativa alla nuova localizzazione del progetto nell'area dell'ex Dogana, individua alcune modifiche al sistema di mobilità di interesse regionale e provinciale e, conseguentemente, definisce gli interventi infrastrutturali connessi. Tra questi, l'Accordo annette al progetto del centro commerciale la viabilità speciale di Segrate, cd Cassanese bis, la quale viene definita *“opera essenziale, da lungo tempo progettata e non ancora realizzata, il cui progetto è depositato presso il Ministero delle infrastrutture dal 2003 ed è ancora in attesa di approvazione da parte del CIPE”* (cfr Allegato A all'Accordo di programma, lett. m delle Premesse). Il citato progetto dell'Accordo di programma prevede la suddivisione del complessivo onere economico di € 83.500.000,00 tra gli enti partecipanti al patto, con una netta prevalenza economica dell'operatore privato e, in aggiunta, la facoltà alternativa, già rappresentata sopra, secondo la quale l'operatore privato (attuale Westfield Milan SpA) si impegnerebbe ad ulteriormente assumere gli oneri economici della realizzazione della Cassanese bis, a condizione che siano consentiti l'esecuzione diretta della strada e l'affidamento di contratti di diritto privato, con modalità che paiono evocare, per terminologia e tipologia, la disciplina dettata dall'art. 176, comma 7, Codice per il Contraente generale.

Occorre, a tal proposito, tuttavia osservare che l'operatore economico Westfield Milan SpA non appare, allo stato, titolato ad assumere le funzioni di contraente generale, ai sensi del Codice, né vi è traccia alcuna - nell'istanza o negli atti allegati e documenti relativi alla procedura - della modalità con cui possa essere avvenuta l'attribuzione a tale soggetto del suddetto ruolo o della suddetta funzione. Si rammenta, infatti, che il Codice – parte prima capo IV (intestato ai lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi) – dispone che l'affidamento a contraente generale è il contratto con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore (art. 3, comma 7, Codice) e che *“il contraente generale si differenzia dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione della gestione dell'opera eseguita ed è qualificato per specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico- realizzativa, per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati, per la libertà delle forme nella realizzazione dell'opera, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio”* (art. 162, comma 1, lett. g, Codice).

Alla luce di queste premesse, l'opera che il privato, secondo le intenzioni esplicitate nell'Accordo di programma, intenderebbe offrire alle amministrazioni si rivelerebbe, in sostanza, un affidamento di opera pubblica privo della necessaria previa gara ovvero un'opera di interesse pubblico realizzata interamente da privato su un bene pubblico, con sub- affidamenti di lavori mediante stipula di contratti di diritto privato, a soggetti di cui non sono stati verificati i requisiti di qualificazione e, in particolare, i requisiti di capacità organizzativa e tecnico realizzativa. A tal riguardo, si rileva solo *incidenter tantum* che la Corte costituzionale con sentenza 28 marzo 2006, n. 129 e con sentenza 13 luglio 2007, n. 269 ha affermato l'illegittimità costituzionale delle norme regionali che non prevedono l'obbligo di affidamento mediante procedure di evidenza pubblica di tutti i lavori infrastrutturali di interesse generale, da chiunque effettuati, di importo pari o superiore alla soglia comunitaria.

In disparte la evidente convenienza economica dell'affare, la legittimità della prestazione di opera acquisita dalla pubblica amministrazione, senza gara, in ragione della sua pretesa gratuità sotto il profilo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

patrimoniale, solleva invero profili di seria perplessità. Tale problematica non è stata oggetto di espresse pronunce dell’Autorità, se non limitatamente alle ipotesi di offerte contenenti singole voci di prezzo pari a zero (Parere di precontenzioso n. 127 del 6 giugno 2014) e, dunque, pur sempre con riferimento ad offerte rese in sede di gara pubblica, ove comunque albergano le garanzie del controllo dei requisiti e della valutazione comparativa almeno sotto il profilo qualitativo. Sul medesimo oggetto, le pronunce giurisprudenziali più recenti propendono per l’inammissibilità delle offerte pari a zero, da considerarsi equivalenti a una mancata offerta e idonee a influire sull’esito della gara imponendo, in ipotesi, l’aggiudicazione a soggetti che abbiano proposto un’offerta qualitativamente insoddisfacente oltre che a rappresentare un fattore di rischio per comportamenti collusivi (Consiglio di Stato, sez. V, 16 luglio 2010, n. 4624; Consiglio di Stato, 15 gennaio 2013, sez. III, n. 177; TAR Veneto, sez. I, 17 aprile 2014, n. 612).

Nel caso di specie, si osserva che l’Accordo di programma in parola ha, quale oggetto della convenzione pubblicistica, la realizzazione di un centro commerciale multifunzionale, cui le relative arterie infrastrutturali si pongono in modalità ancillare e funzionale, ancorché ne sia riconosciuta la duplice valenza infrastrutturale, che impone al progetto “commerciale” di coordinarsi con le esigenze infrastrutturali del preesistente progetto del CIPE ancora in attesa di approvazione. Di contro, la deliberazione CIPE 8 agosto 2013 opera la rivisitazione del I Programma delle infrastrutture strategiche della l. obiettivo che include il centro intermodale di Segrate tra le opere dei cd Hub interportuali, anche se contempla – tra i “*visto e considerato*” - la sottoscrizione dell’Accordo di programma in parola e tiene conto che il medesimo presta la copertura finanziaria delle opere, oltre a definire l’opera della strada antica di Cassano “*complementare al centro intermodale di Segrate*” (Accordo di programma, p. 47).

Considerazioni generali sulla realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell’ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni sono state espresse dall’Avcp, con Determinazione 2 aprile 2008, n. 4, da richiamare integralmente nel caso presente. L’opera oggetto del presente parere rientra, infatti, nel più ampio *genus* dei cd programmi complessi, che – nell’ampia e multiforme disciplina di governo del territorio mediante amministrazione negoziata – tratta 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.

Per correttamente inquadrare il complesso normativo della urbanistica negoziata, occorre prendere le mosse dalla giurisprudenza di Corte di giustizia CE, Sentenza 12 luglio 2001, in causa C399-98, la quale ha dettato chiari principi applicabili anche al caso di specie. Afferma, infatti, il giudice comunitario che “*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*”. Secondo la Corte di giustizia, in particolare, al fine di ricondurre le opere di urbanizzazione al *genus* dell’appalto pubblico di lavori, è 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*”.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

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. Nel caso in esame, il richiedente si premura di esprimere che *“l'opera non costituisce il corrispettivo della trasformazione urbanistica”*, in quanto tale corrispettivo sarebbe comunque versato dall'operatore al Comune in aggiunta agli oneri di urbanizzazione. In effetti, non pare emergere in immediata evidenza alcun sinallagma e l'oggetto dell'accordo non compare quale oggetto di controprestazioni. Nondimeno, da una più attenta analisi dell'Accordo di programma si evince 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*). Da quanto riprodotto, dunque, sembra che si possa affermare la sussistenza di uno scambio che assume carattere essenziale nella trattativa e consente, dunque, di affermare la natura negoziale dell'accordo. Pare allora decisivo sottolineare che la citata Determinazione dell'Avcp afferma 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”* (Avcp, Determinazione 4/2008).

Alla luce di quanto rappresentato, sembra, pertanto, indubitabile che – verificato positivamente il ricorrere degli elementi ritenuti necessari dalla Corte di giustizia per l'assoggettabilità al Codice e ritenuta la natura privata dell'operatore economico, avendo preliminarmente escluso che vi siano, agli atti, le condizioni per riconoscere nell'operatore privato la qualità di contraente generale – non sia consentito accedere all'ipotesi preferenzialmente indicata dal 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).

In ragione di queste considerazioni, occorre esaminare se siano praticabili le ulteriori opzioni, indicate nel medesimo articolo 9 dell'Accordo di Programma, sub b) e sub c), o quali siano gli altri eventuali procedimenti da osservare nel caso di opere iscritte in un contesto pattizio, tipico della cd urbanistica negoziata. A tal proposito, si richiama l'attenzione sulla decisiva importanza della più volte richiamata Determinazione Avcp 4/2008, la quale fonda importanti principî, volti a ricondurre alla disciplina concorrenziale tutti quegli accordi complessi, non espressamente contemplati dal Codice (opere a scomputo degli oneri concessori e convenzioni di lottizzazione), eppure oggettivamente facenti parte a pieno titolo del complesso di opere e lavori pubblici. Evidenzia, dopo attenta analisi, la Determinazione 4/2008 che – anche alla luce del D.lgs 113/2007, cd secondo Decreto correttivo – sia



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

necessario ricorrere ad una interpretazione analogica della disciplina delle opere a scomputo. Il legislatore, infatti, nel disciplinare le opere a scomputo degli oneri concessori avrebbe certamente inteso riferirsi a una *“fattispecie più ampia di quella dell'intervento pertinenziale al singolo edificio e conformata da un vincolo di funzionalità teleologica sotto il profilo edilizio-urbanistico”* (Determinazione 4/2008). In altri termini, sarebbe, infatti, incoerente e contraddittorio riconoscere l'applicabilità del Codice per le opere a scomputo dipendenti dal singolo permesso di costruire ed escludere dall'applicabilità dello stesso quei programmi integrati di intervento e programmi di riqualificazione urbana (cd programmi complessi) nei quali, analogamente, la realizzazione dell'opera pubblica proviene da un privato, sulla base di un accordo sinallagmatico più complesso. Non solo in ragione dell'analogia di ratio delle due diverse discipline edilizie. Ma anche per un ragionevole principio di non contraddizione. Infatti, ove si ritenessero non omogenee le fattispecie in esame, *“ciò renderebbe concretamente non praticabile l'accordo complesso finalizzato alla trasformazione del territorio, con correlata disapplicazione della normativa di riqualificazione urbana e del territorio”* (*ibidem*).

Sulla base di queste considerazioni, giova ribadire - nel presente quadro legislativo oltre che nel caso concreto - che non vi è dubbio che la realizzazione di opere ricomprese nei *“programmi complessi”* debba essere disciplinata in applicazione analogica dell'istituto delle opere a scomputo previsto 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, opportunamente citato dalla Determinazione 4/2008 e qui valutato nelle premesse come mancante, in cui la scelta del soggetto con cui concludere la convenzione urbanistica discenda non già da una proposta autonoma del privato interessato, ma derivi da un reale confronto concorrenziale posto in essere preventivamente dall'amministrazione.

Ciò consente di poter assentire alle alternative proposte dal quesito della istante Regione Lombardia, con riferimento alle ulteriori modalità realizzative rappresentate in via subordinata sub *b)* e sub *c)*. Alla luce di quanto argomentato, infatti, risulta possibile in via alternativa sia l'ipotesi della gara indetta dal privato per la realizzazione delle opere infrastrutturali, sia l'ipotesi dell'esercizio da parte dell'amministrazione delle funzioni di stazione appaltante. E' infatti più che pacifica l'interpretazione secondo cui l'operatore privato è diretto titolare, in quanto inserito nell'elenco degli altri soggetti aggiudicatori, della funzione di stazione appaltante; ancorché sia consentito, in via alternativa, dall'art. 32 che l'amministrazione pubblica possa indire essa stessa la gara sulla base del progetto definitivo dell'operatore privato. A tal riguardo, si rinvia - per una più completa disamina della disciplina da applicare *mutatis mutandis* alla Determinazione Avcp 16 luglio 2009, n. 16.

In conclusione, si ritiene che l'Accordo urbanistico complesso per la realizzazione della Strada Cassanese bis sia da assoggettare necessariamente al Codice dei contratti pubblici e, ritenuta la natura privata dell'operatore economico, non sia consentito accedere all'ipotesi di permettere l'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 dal richiedente sub *a)* nell'Accordo quadro art. 9.4). L'inosservanza della disciplina pubblicistica, infatti, non soltanto presenta gli innegabili svantaggi della mancata esposizione concorrenziale degli affidamenti, ma soprattutto sottrae gli appalti *de quibus* alla verifica pubblicistica dei requisiti di capacità organizzativa e tecnico realizzativa degli



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

operatori privatamente coinvolti, oltre ad esporre la realizzazione dell'opera a rischi collusivi, eventualmente anche in conflitto di interessi con le finalità pubblicistiche cui l'opera medesima è orientata.

Diversamente, alla luce e nei limiti di quanto già diffusamente affermato dalla Determinazione Avcp 16 luglio 2009, n. 16 - appaiono praticabili (oltre che apprezzabili nell'ottica della urbanistica negoziata) le ulteriori opzioni alternative adottate dall'Accordo di programma, a tenore delle quali sia l'operatore economico, sia l'amministrazione pubblica possono essere titolari del ruolo di soggetto aggiudicatore. Allo stato degli atti, appare opportuno e necessario, infatti, che il programma rappresentato nell'Accordo sottoposto all'esame di questa Autorità sia realizzato mediante affidamento dei lavori con gara pubblica, fermo restando che l'attività espropriativa per l'acquisizione delle aree necessarie alla realizzazione della strada sarà condotta, in ogni caso, dalla Provincia di Milano.

Raffaele Cantone