

**Oggetto**

.....OMISSIONIS..... – realizzazione di opere pubbliche a cura e spese del privato - artt. 13, comma 2 e 56, comma 2 del d.lgs. 36/2023 – richiesta di parere.

UPREC-CONS-0228-2025

FUNZ CONS 55-2025

In esito a quanto richiesto con note pervenute in data 22 ottobre 2025, acquisita al prot. Aut. n. 135019, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 22 dicembre 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione richiedente comunica che con Delibera G.M. n. 480 del 30 dicembre 2024 è stato approvato lo schema di Accordo Procedimentale ai sensi dell'art. 11, legge 241/1990, tra il .....OMISSIONIS..... e una società immobiliare, finalizzato alla riconfigurazione urbanistica delle aree e degli immobili anche di proprietà privata, già ricompresi nell'ambito del precedente Accordo di Programma (AdP) "Polo Istituzionale e Centro servizi polifunzionale privato" (di cui al DPGR Lombardia 12 novembre 2001 n. 26860, successivamente modificato con DPGR 6 giugno 2007) ed oggetto di variante urbanistica avviata a seguito della chiusura del suindicato AdP.

L'Accordo Procedimentale è stato stipulato in forma pubblica in data 9 aprile 2025 e costituisce un nuovo atto negoziale (svincolato dall'Adp sopra citato) che, a tutti gli effetti, disciplina ex novo i rapporti tra Amministrazione comunale e società immobiliare nella prospettiva di un comune interesse a rivedere le vigenti previsioni pianificatorie nel comparto individuato nell'accordo. Tale revisione è rimessa alle competenze del Consiglio comunale che si è già espresso con l'adozione di variante (DCC n. 5 del 6 febbraio 2025) e con definitiva approvazione con DCC n. 36 del 24 luglio 2025.

A parere della richiedente, l'accordo procedimentale non determinerebbe un rapporto sinallagmatico tra le parti, limitandosi a regolamentare i seguenti aspetti: a) per l'operatore privato, a promettere la realizzazione, a proprie cure e spese, di opere pubbliche, senza che le stesse siano eseguite a scompte di contributi urbanistici (oneri di urbanizzazione e/o contributo sul costo di costruzione); ciò costituirà oggetto di un contratto a titolo gratuito,

con prestazioni a carico del solo operatore privato, successivamente all'individuazione, da parte del Comune, delle opere da realizzare; b) per l'Amministrazione comunale, a dare atto della volontà di inserire, mediante variante urbanistica puntuale, la destinazione residenziale delle aree e degli immobili del privato già ricompresi nell'ambito dell'Adp.

Secondo la richiedente, l'accordo procedimentale sarebbe a monte rispetto sia all'impegno unilaterale del privato a realizzare le opere pubbliche che saranno individuate dall'Amministrazione comunale, sia alle decisioni che dovranno essere assunte dal competente organo consiliare circa i contenuti della variante urbanistica. Pertanto, a seguito della sottoscrizione dell'accordo procedimentale e dell'individuazione, da parte del Comune, delle opere pubbliche, l'operatore privato stipulerà con il Comune un contratto a titolo gratuito per la realizzazione di dette opere, assumendo l'obbligo di eseguirle a sua totale cura e spese, quindi con obbligazioni esclusivamente a proprio carico.

Detto contratto, quindi, sarebbe disciplinato dagli artt. 13, commi 2 e 5 e 56, comma 2, del d.lgs. 36/2023 quale contratto a titolo gratuito, quindi sottratto all'applicazione del Codice (salvo gli artt. 1-3).

A tal riguardo la richiedente sottolinea che nel caso di specie il vantaggio per l'operatore privato consisterebbe nell'inserimento della destinazione residenziale negli immobili di sua proprietà, che tuttavia l'Amministrazione comunale prevede perché la polifunzionalità risponde a un interesse generale; si tratta comunque di un vantaggio indiretto rispetto al contratto a titolo gratuito che sarà stipulato a seguito dell'individuazione, da parte del Comune, delle opere che dovranno essere realizzate dall'operatore privato. Sotto il profilo strettamente economico, l'eventuale sconto ottenuto dall'operatore sul listino prezzi preso a riferimento in convenzione rimarrà a vantaggio dell'operatore medesimo. Inoltre, il Comune non dovrà sostenere alcun carico IVA, essendo l'operazione gestita interamente dal privato.

Per quanto sopra, a parere dell'Amministrazione, le opere pubbliche che il Comune farà realizzare alla società immobiliare, saranno oggetto di un contratto a titolo gratuito, senza obbligo di gara (per il privato convenzionato), fatti salvi gli adempimenti indicati per i contratti a titolo gratuito nel Comunicato del Presidente del 5 giugno 2024.

Sulla questione illustrata si chiede quindi un pronunciamento dell'Autorità.

Preliminarmente sulla fattispecie in esame si osserva che in relazione all'Accordo di programma (AdP) di cui al DPGR Lombardia n. 26860/2001, modificato con DPGR 6 giugno 2007, citato nell'istanza di parere, questa Autorità ha espresso avviso con delibera n. 316/2021 e con precedente parere AG3/2011 del 24 novembre 2011 (quest'ultimo su istanza del .....OMISSIONE.....), richiamando (tra l'altro) i principi espressi, su questione analoga, con delibera n. 763/2016 (parere AG25/2016/AP) e, in via più generale, con determinazione n. 4/2008 dell'Autorità.

Come evidenziato in tali pronunce, con avviso utile anche in relazione all'istanza di parere in esame, «gli accordi convenzionali ... rientrano nel più ampio genus dei cosiddetti "programmi complessi", che a partire dagli anni '90 sono stati introdotti nel sistema nazionale di governo del territorio, trasferendo sul piano negoziale sia i rapporti tra i soggetti pubblici coinvolti, sia quelli tra gli stessi soggetti pubblici e i soggetti privati interessati, attribuendo a questi ultimi un ruolo attivo nella politica di trasformazione territoriale. Detti programmi si caratterizzano, quindi, per rappresentare un complesso sistematico di interventi pubblici e privati accompagnato anche da un completamento delle opere di urbanizzazione, al fine di valorizzare qualitativamente l'ambito territoriale oggetto

di intervento. 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. 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». Richiamando l'avviso della Corte di Giustizia europea in materia di esecuzione di opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione oggetto delle convenzioni di lottizzazione (decisione del 12/07/2001-cause C399-98) è stato aggiunto a quanto sopra che può sostenersi la natura negoziale del rapporto pubblico-privato in caso di convenzioni urbanistiche che «hanno indubbia natura contrattuale, disciplinando il rapporto tra le parti con valore vincolante, sulla base di uno scambio sinallagmatico. Infatti, 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 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. Ne consegue, quindi, che le convenzioni urbanistiche mediante le quali i privati si obbligano a realizzare opere pubbliche presentano elementi e natura tali da essere riconducibili, sul piano tassonomico, allo stesso genus dei piani di lottizzazione, ancorché si configurino come tipi differenti di piani attuativi (i cosiddetti programmi complessi). 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 di cui trattasi. Alla luce di quanto sopra, pertanto, si può ritenere 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. Né osta a tale ricostruzione il fatto che la realizzazione delle opere avviene tramite soggetti privati, atteso che la Corte Costituzionale, con sentenza 28 marzo 2006 n. 129, ha espressamente stabilito che "il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente non può essere ritenuto incompatibile con gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, giacché la possibilità che tali procedure siano svolte dagli stessi privati risulta già ammessa ....dal citato art. 2, comma 5, della legge 109/1994".(...»». Si è quindi concluso affermando che «la realizzazione di opere prevista dalle convenzioni urbanistiche rientra nella nozione di appalto pubblico di lavori; 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» (determinazione n. 4/2008 recante *"Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni"*).

Sulla base dei chiarimenti contenuti nella citata determinazione n. 4/2008, l'Autorità con delibera n. 316/2021, ha espresso avviso anche in ordine all'Accordo di programma del 2001 (AdP) richiamato in premessa e citato nell'istanza di parere in esame, affermandone la natura negoziale (nei termini sopra illustrati), con conseguente assoggettabilità del medesimo alle previsioni del Codice. A tal riguardo è stata indicata l'applicazione analogica della disciplina delle opere a scomputo, richiamando il rispetto dell'evidenza pubblica per l'affidamento delle opere infrastrutturali ivi previste. È stata, inoltre, esclusa l'applicazione dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016, norma non invocabile 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.

Premesso quanto sopra, in ordine all'odierna richiesta di parere, riferita ad un accordo stipulato dal .....OMISSIONIS..... con una società immobiliare ex art. 11, l. n. 241/1990, si osserva che secondo le informazioni contenute nell'istanza, tale accordo - svincolato dal precedente AdP del 2001 (che avrebbe esaurito i suoi effetti) – è stato stipulato in data 9 aprile 2025 e costituisce un atto negoziale che disciplina ex novo i rapporti tra Ente e società immobiliare. Con tale accordo l'operatore privato si impegnerebbe a realizzare, a proprie cure e spese, opere pubbliche (che l'Amministrazione deve ancora individuare) in assenza dello scomputo del contributo urbanistico (oneri di urbanizzazione e/o contributo sul costo di costruzione), mentre l'Amministrazione si impegnerebbe ad inserire, mediante variante urbanistica, la destinazione residenziale delle aree e degli immobili di proprietà del privato, già ricompresi nell'ambito dell'Adp. A parere della richiedente tale contratto sarebbe disciplinato dagli artt. 13, commi 2 e 5 e 56, comma 2, del d.lgs. 36/2023, sottratto all'applicazione del Codice, quale contratto gratuito nel senso indicato nell'istanza.

Al fine di stabilire se effettivamente tale contratto, secondo le informazioni fornite dall'Amministrazione, possa rientrare nel campo di applicazione delle disposizioni sopra richiamate, sembra opportuno richiamare, in primo luogo, l'art. 13 del d.lgs. 36/2023, ai sensi del quale «Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti esclusi, ai contratti attivi e ai contratti a titolo gratuito, anche qualora essi offrano opportunità di guadagno economico, anche indiretto» (comma 2). La norma aggiunge che «L'affidamento dei contratti di cui al comma 2 che offrono opportunità di guadagno economico, anche indiretto, avviene tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3».

Come chiarito nel Comunicato del Presidente del 5 giugno 2024, con riferimento ai contratti a titolo gratuito – che ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. g) dell'Allegato I.1 al Codice sono «i contratti in cui l'obbligo di prestazione o i sacrifici economici direttamente previsti nel contratto gravano solo su una o alcune delle parti contraenti» - le disposizioni dell'art. 13, comma 2 citate sanciscono «una chiara esclusione dall'ambito di applicazione codicistico di tutti i contratti a titolo gratuito, anche nel caso in cui essi offrano un'opportunità di guadagno, anche indiretto, per l'affidatario, con il limite dell'applicazione dei principi generali elencati dai primi tre articoli del Codice dei contratti. Pertanto, le disposizioni oggi vigenti materia di contratti a titolo gratuito rappresentano il frutto dell'*intentio legis* di semplificare gli affidamenti, razionalizzare le risorse e liberalizzare le

procedure. Tuttavia, la previsione di esclusione dall'ambito di applicazione codicistico degli affidamenti dei contratti a titolo gratuito non può dirsi incondizionata, dovendo trovare, comunque, applicazione i principi generali, anche di matrice europea, che regolano l'operato delle stazioni appaltanti nel settore dell'evidenza pubblica e dell'utilizzo di risorse pubbliche. Non può, infatti, prescindersi dai principi di legalità, trasparenza, e concorrenza, desumibili dagli artt. 1, 2 e 3 del Codice, espressamente richiamati dal comma 5 dell'art. 13, nonché dall'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi di cui all'art. 3 della legge generale sul procedimento amministrativo (l. 241/1990). I richiamati capisaldi normativi non consentono quindi di tralasciare, per qualunque affidamento, l'accertamento, in capo alla stazione appaltante, della sussistenza dei requisiti a contrattare in capo all'affidatario, della par condicio degli offerenti, dell'adeguatezza della prestazione resa e dell'insussistenza di potenziali conflitti di interesse con l'operatore economico (...)» (si rinvia al Comunicato con riguardo alle ulteriori indicazioni fornite in materia dall'Autorità, anche con riguardo alle forme di trasparenza da garantire per la conclusione di tali contratti).

Tra i contratti esclusi dall'applicazione del Codice, per i quali trovano applicazione i principi indicati al comma 5 dell'art. 13 sopra richiamato, sono inclusi i contratti indicati all'art. 56 dello stesso d.lgs. 36/2023 che, con riguardo all'oggetto del quesito in esame, dispone al comma 2 che «Le disposizioni del codice relative ai settori ordinari non si applicano anche 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 degli articoli 94, 95 e 98».

La norma 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, previo ottenimento delle relative autorizzazioni, ove prevista negli strumenti urbanistici di riferimento. Trattandosi, inoltre, della realizzazione di un'opera pubblica, la disposizione richiama espressamente l'applicazione degli articoli 94, 95 e 98 del Codice, al fine di garantire che il soggetto privato con cui la stazione appaltante sottoscrive la convenzione sia in possesso dei requisiti di ordine generale richiesti per la conclusione di tutti i contratti pubblici.

La norma si pone in continuità con il previgente art. 20, comma 1, del d.lgs. 50/2016, pertanto, in materia, possono richiamarsi le considerazioni svolte dall'Autorità in relazione a tale ultima norma.

Più in dettaglio, l'Anac ha avuto modo di osservare (anche con rinvio al parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato) 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» (Delibera n. 763/2016-AG25/2016).

Analogamente la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che «L'istituto di cui all'art. 20 cit. riguarda i casi in cui l'intervento del soggetto privato è connotato da liberalità o da gratuità, mentre non trova applicazione allorquando l'opera di interesse pubblico sia edificata a fronte di una controprestazione dell'Amministrazione, in seno ad uno scambio sinallagmatico, come nell'ipotesi di esecuzione delle opere di urbanizzazione da parte del titolare di permesso di costruire, a scompto del contributo di costruzione (art. 1, comma 2, lett. e del d.lgs. n. 50/2016), oppure di concessione del diritto di sfruttamento economico del manufatto (cfr. in argomento la delibera Anac n. 763 del 13 luglio 2016)» (T.A.R. Liguria, I, 22 marzo 2023 n. 328).

Secondo i chiarimenti dell'Autorità e della conforme giurisprudenza, quindi, il presupposto per l'applicazione dell'art. 56, comma 2, del Codice (che ha sostituito l'art. 20 del d.lgs. 50/2016), consiste nell'assenza di un rapporto sinallagmatico tra privato e Amministrazione, pertanto, la realizzazione dell'opera a cura e spese del primo deve avvenire senza che l'ente pubblico eroghi un pagamento diretto o un vantaggio economicamente valutabile e specificamente connesso a tale prestazione del privato. Solo a tale condizione, quindi, può ritenersi consentita l'esenzione dall'applicazione del d.lgs. 36/2023.

Nel caso di specie, come sopra indicato, con l'Accordo in esame l'operatore privato si impegna a realizzare, a proprie cure e spese, opere pubbliche ancora da individuare e l'Amministrazione si impegna ad inserire, mediante variante urbanistica, la destinazione residenziale delle aree e degli immobili di proprietà del privato stesso.

Un simile accordo, ascrivibile alla categoria dei c.d. “programmi complessi” (secondo i chiarimenti contenuti nella determina n. 4/2008 citata), presenta i caratteri dell'onerosità e della sinallagmaticità, tipici dei contratti d'appalto, secondo le indicazioni già contenute nella citata delibera n. 316/2021, posto che l'adozione della variante urbanistica da parte dell'ente, nei termini indicati, costituisce la controprestazione che legittima l'intervento del privato ad eseguire opere pubbliche.

Con tale Accordo, quindi, le parti si impegnano a reciproci obblighi e doveri con conseguente scambio sinallagmatico tra le stesse, che consente di affermare la natura negoziale dell'Accordo de quo.

Tale natura, come sopra sottolineato, può rinversi laddove “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" (come sottolineato nella determinazione n. 4/2008, nella quale si aggiunge 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").

Per quanto sopra, in risposta all'istanza di parere avanzata dall'Amministrazione comunale, nel rinviare ai chiarimenti già forniti sull'argomento con le pronunce indicate in premessa e ribaditi i principi ivi espressi, si ritiene che l'Accordo in esame non rientri nella categoria dei contratti gratuiti ex art. 13, comma 2, del d.lgs. 36/2023, né dei contratti esclusi ai sensi dell'art. 56, comma 2, del Codice medesimo, sussistendo per lo stesso i caratteri dell'onerosità e della sinallagmaticità propri del contratto d'appalto nei termini indicati, con la conseguenza che le opere pubbliche oggetto dello stesso (così come i connessi servizi di ingegneria e architettura), devono essere affidate con procedure ad evidenza pubblica nel rispetto delle previsioni del d.lgs. 36/2023, nei termini indicati nelle pronunce medesime, quindi secondo la disciplina prevista per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo.

Si ribadisce al riguardo, secondo l'avviso espresso nella citata delibera n. 316/2021, che «l'inosservanza della disciplina pubblicistica nel caso di specie, potrebbe sottrarre gli appalti alla verifica dei requisiti di ordine generale e di capacità tecnico-organizzativa degli operatori privati coinvolti nella realizzazione delle stesse», aggiungendo 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» (Consiglio di Stato, parere n. 855/2016).

Per quanto sopra, si rimette all'attenzione dell'Amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente