



## DELIBERA N. 316 del 13 aprile 2021

### Oggetto

Art. 20 del D.LGS. 50/2016 – richiesta di parere della .....OMISSIS.....  
AG1-2021

### Riferimenti normativi

Art. 20, d.lgs. n. 50/2016

### Parole chiave

Opere ad iniziativa del privato – programmi complessi – onerosità della prestazione – appalto pubblico.

### Massima

Ai sensi dell'art. 216, comma 27-quater del d.lgs. 50/2016 e del Comunicato dell'Anac dell'11.5.2016, l'art. 20 del d.lgs. 50/2016 non può trovare applicazione ad Accordi da tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati, conclusi in epoca antecedente all'entrata in vigore del predetto decreto legislativo.

La realizzazione di opere pubbliche comprese nei c.d. "programmi complessi" rientra nella nozione di "appalto pubblico di lavori", ove rinvenibile negli stessi il carattere dell'onerosità e della sinallagmaticità, con conseguente applicazione delle disposizioni del Codice che regolano l'istituto delle opere a scomputo.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione  
nell'Adunanza del 13 aprile 2021

### Premessa

Con nota acquisita al prot. n. 12416 dell'11 febbraio 2021, la .....OMISSIS..... ha sottoposto all'attenzione dell'Autorità una richiesta di parere in ordine ad alcune problematiche applicative dell'art. 20 (*Opera pubblica realizzata a spese del privato*) del d.lgs. 50/2016.

La necessità di rivolgere la predetta richiesta di parere all'Autorità, da quanto riferito dall'.....OMISSIS....., discende dall'attuazione di un Accordo di programma stipulato tra diverse amministrazioni pubbliche e di un correlato Accordo stipulato tra .....OMISSIS..... e la .....OMISSIS....., contemplanti la realizzazione di opere pubbliche e di pubblico interesse da parte di tale società, nei termini di seguito indicati:

- con DGR n. 37519/1998 è stato promosso un Accordo di programma ai sensi dell'art. 27 l.n. 241/1990 e della L.r. n.14/1993, per la realizzazione della Cittadella finanziaria e giudiziaria da parte dell'.....OMISSIS....., comprendente la realizzazione della caserma della Guardia di Finanza, con l'individuazione dei soggetti interessati all'Accordo (.....OMISSIS.....). La stipula di tale Accordo è stata preceduta dalla pubblicazione della citata Delibera sul BURL e, all'esito di tale pubblicazione, è pervenuta all'.....OMISSIS..... la richiesta di partecipazione al programma da parte dell'operatore economico .....OMISSIS....., proprietario delle aree confinanti con .....OMISSIS..... (area interessata dagli interventi da eseguire). La proposta è stata oggetto di istruttoria da parte del .....OMISSIS..... ed ha poi formato oggetto di integrazione del predetto Accordo di Programma. Quest'ultimo è stato stipulato nel 2001 tra .....OMISSIS....., per la realizzazione, nel

- .....OMISSIS....., della "Cittadella finanziaria e giudiziaria" e di un "Centro servizi polifunzionale privato"; la relativa approvazione è avvenuta con Decreto del Presidente della .....OMISSIS.....
- L'integrazione del predetto Accordo di Programma, a seguito della proposta formulata dal privato, ha determinato il passaggio dell'intervento da mera programmazione di opere pubbliche ad una complessa riqualificazione urbanistica, territoriale, infrastrutturale e ambientale di rilevanza regionale, comprensiva di interventi privati con connessi obblighi urbanizzativi e di opere pubbliche (in particolare la realizzazione della Caserma della Guardia di Finanza e della sede dell'Agenzia delle Entrate).
  - Nel 2001 è stato altresì sottoscritto il correlato Accordo ex art. 11 della l.n.241/1990 tra l'operatore privato proponente e il .....OMISSIS....., con il quale si è dato atto che il privato, pur non partecipando all'Accordo di Programma sopra indicato, ha assunto l'impegno di realizzare le opere pubbliche costituenti la Cittadella Finanziaria, con le seguenti modalità:
    - ✓ in parte in attuazione di obblighi urbanizzativi connessi alla realizzazione dell'intervento privato;
    - ✓ in parte, in attuazione di obblighi volontariamente e spontaneamente assunti dal soggetto privato, al fine di compartecipare al conseguimento degli obiettivi territoriali ed infrastrutturali sottesi all'Accordo, senza alcuna connessione con lo scomputo degli oneri (l'Accordo precisa che per tali interventi, aventi valore eccedente gli oneri dovuti, le modalità di realizzazione sono ritenute non onerose per l'Amministrazione, con insussistenza dei presupposti tipici dell'appalto pubblico di lavori ai sensi della direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE).
  - Con D.P.G.R. n. 6005 del 6 giugno 2007 è stata approvata una modifica dell'Accordo di Programma del 2001, contemplante la realizzazione, in luogo della "Cittadella Finanziaria", di un "Polo istituzionale" composto oltre che dalla sede della Guardia di Finanza, anche dalle sedi della Provincia, della Regione e della Fiera. L'art. 7 dell'Atto di modifica del 2007, prevede la realizzazione della sede della Guardia di Finanza e dell'Agenzia delle Entrate a cura e spese del privato, che vi provvede con la collaborazione del .....OMISSIS..... Si prevede, inoltre, che la realizzazione delle opere pubbliche dovrà essere affidata dal privato ad una o più imprese individuate direttamente o mediante procedura ad evidenza pubblica, ai sensi della vigente normativa in materia di opere pubbliche. All'art. 9 del medesimo accordo, preso atto dell'entrata in vigore del d.lgs. 163/2006, si conferma che la realizzazione delle opere ivi previste (sia gli interventi finalizzati al Polo istituzionale comprensivi della sede della Guardia di Finanza, sia gli interventi di riqualificazione urbanizzazione ed infrastrutturazione di valenza generale) deve avvenire nel rispetto della normativa vigente in materia di lavori pubblici, mediante gara ad evidenza pubblica o affidamento diretto ove consentito dalla predetta disciplina.
  - Nel 2008 il .....OMISSIS..... e il soggetto privato hanno stipulato un Accordo integrativo del precedente con il quale, all'art. 3, il privato conferma l'assunzione, nei confronti del Comune, dell'impegno ad eseguire, a propria cura e spese, le opere e gli interventi ivi indicati, tra i quali le sedi dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di Finanza, oltre ad opere di infrastrutturazione del "Polo Istituzionale" e di riqualificazione, urbanizzazione ed infrastrutturazione generale dell'area interessata. L'art. 4.5 precisa che le opere indicate costituiscono impegno urbanizzativo extra-comparto, non oggetto di scomputo dagli oneri di urbanizzazione né di altro obbligo di legge.
  - Nel 2020 a seguito della parziale realizzazione degli interventi previsti dall'Accordo di Programma, nonché per effetto delle modifiche del contesto territoriale e delle condizioni economiche, oltre che del sopravvenire di nuove esigenze da parte di taluni soggetti sottoscrittori in relazione ai propri fabbisogni insediativi, si è reso necessario procedere ad una ulteriore modifica dell'Accordo stesso. Tra gli interventi da realizzare, seppur con alcune variazioni rispetto alle ipotesi progettuali inizialmente concordate, permane, in particolare, la Sede della Guardia di Finanza, già prevista nell'ADP del 2001 e che dovrebbe formare oggetto di prioritaria rilevanza del nuovo Atto di modifica all'ADP.
  - Nell'attuale contesto normativo, è sorta quindi la necessità di chiarire se la realizzazione della sede della Guardia di Finanza, già prevista nell'ADP del 2001 e confermata nel 2007, possa essere svolta a totale cura e spese dell'operatore privato così come previsto dall'art. 20 e quindi al di fuori delle procedure di cui al D.lgs. n.50/2016. L'applicabilità della norma, deriverebbe dal fatto che l'opera è "spontaneamente assunta e finalizzata esclusivamente a garantire il perseguimento degli obiettivi dell'Accordo di programma che si giustifica esclusivamente quale impegno a concorrere a rendere il tessuto urbano coerente con gli obiettivi dell'Amministrazione e dell'operatore stesso e consistente nel creare un complesso polifunzionale pubblico-privato come tale caratterizzato da forte attrattività per gli investitori e gli utenti". Tra il .....OMISSIS..... e l'operatore privato non sarebbe rinvenibile, quindi, una causa del negozio giuridico che lo caratterizzi come sinallagmatico. Infatti il privato realizzerebbe la sede della Guardia di Finanza "dopo che sono state abbondantemente soddisfatte le dotazioni standard richieste per la realizzazione del Centro polifunzionale privato". Alla luce di quanto sopra la .....OMISSIS..... ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso sui seguenti quesiti:

- se per l'applicazione dell'art. 20 D.lgs. n.50/2016 occorra avere riguardo al solo vantaggio patrimoniale diretto riferito al privato e se quindi non osti all'applicabilità della norma, il fatto che il privato dalla realizzazione dell'opera possa conseguire un vantaggio meramente indiretto (consistente, ad esempio, nella migliore valorizzazione del contesto urbano in cui si situa l'intervento, senza che sussistano specifici obblighi urbanizzativi);
- se, al contrario, ai fini dell'applicazione dell'art. 20 del D.lgs. n.50/2016 è necessario che non sussistano controprestazioni di alcuna natura da parte dell'amministrazione, nonché alcun vantaggio anche solto indiretto per il privato e che pertanto l'operazione si configuri come un atto di totale gratuità e liberalità;
- se con riguardo al caso prospettato, sussistono le condizioni per potersi avvalere dell'istituto previsto dall'art. 20 D. Lgs. 50/2016 per la realizzazione della Sede della Guardia di Finanza nell'ambito dell'Accordo di Programma sopra descritto.

## Considerazioni

Al fine di esprimere avviso sulla descritta fattispecie, sembra opportuno evidenziare, in via preliminare che in relazione all'Accordo ex art. 11 l.n. 241/1990 stipulato tra .....OMISSIS..... e .....OMISSIS..... (anche) per la realizzazione della sede della Guardia di Finanza, nei termini sopra illustrati, questa Autorità è intervenuta con parere AG 32/2011, approvato nell'adunanza del 24 novembre 2011, reso in esito ad una istanza formulata dal .....OMISSIS..... (acquisita al prot. n. 65486/2011).

L'istanza riguardava, in particolare, la riconducibilità delle "*opere eccedenti il valore degli oneri di urbanizzazione*", previste nel citato Accordo, nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 32, comma 1, lett. g) del vigente d.lgs. 163/2006.

A tal riguardo, nella predetta pronuncia, dopo aver illustrato la disciplina delle opere di urbanizzazione ai sensi del d.p.r. 380/2001 (T.U. Edilizia) e del d.lgs. 163/2006, l'Autorità ha indagato la natura degli accordi ex art. 11 della l. 241/1990 tra privato e .....OMISSIS....., affermando (tra l'altro) che, in virtù degli stessi, il privato «è libero nella formazione del proprio consenso, senza che sussista una necessaria corrispondenza biunivoca e sinallagmatica tra il valore della prestazione assunta e quello degli oneri scomputati». Pertanto, «fermo restando che l'accordo prevede che il "corrispettivo di diritto pubblico" [oneri di urbanizzazione] sia finalizzato alla realizzazione di opere infrastrutturali primarie e secondarie, non si può escludere che il contenuto dello stesso possa eccedere e, in tal senso, possa avere un contenuto anche diverso e ulteriore rispetto alle infrastrutturazioni "scomutate"». Nel caso di specie, tuttavia, non sussistono incertezze sulla riconducibilità dell'intervento "in eccedenza" alla categoria delle opere di urbanizzazione. «Si tratta, infatti, della realizzazione della sede della Guardia di Finanza e, quindi, di un presidio per la sicurezza pubblica, rientrando il Corpo della Guardia di Finanza tra le forze di polizia competenti alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica individuate dall'art. 16 della legge 1 aprile 1981, n. 121. Pertanto, l'opera in questione risulta ascrivibile alle opere di urbanizzazione secondaria, come da ultimo ulteriormente specificate – essendo il governo del territorio materia di legislazione concorrente – .....OMISSIS....., che recita: "Gli oneri di urbanizzazione secondaria sono relativi alle seguenti opere: asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo e strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, presidi per la sicurezza pubblica, delegazioni comunali, chiese e altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, aree verdi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie, cimiteri"».

Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha quindi concluso che «laddove in un accordo ex art. 11 della legge n. 241/90, o in altro accordo comunque denominato, siano previsti interventi, il cui valore ecceda il costo delle opere di urbanizzazione scomutate al privato e calcolate nell'accordo medesimo, ma pur sempre qualitativamente ascrivibili alla categoria delle opere di urbanizzazione (primaria o secondaria) come specificate dalla normativa statale e regionale di settore, non vi sono sufficienti motivi per ritenere che tali opere siano sottratte alla disciplina del Codice dei contratti pubblici, trattandosi in ogni caso di opere contemplate nell'accordo fondato sulla causa della computazione e, per tale ragione, attratte alla disciplina pubblicistica».

L'Autorità ha dunque ricondotto la realizzazione della sede della Guardia di Finanza, prevista nell'Accordo sopra indicato, quale opera pubblica ascrivibile nella categoria delle opere di urbanizzazione secondaria, nell'ambito di applicazione del d.lgs. 163/2006.

\*\*\*

Con riferimento al caso in esame, sembra opportuno evidenziare ulteriormente, che con deliberazione n. 763/2016 (parere AG25/2016/AP), l'Autorità ha espresso avviso in ordine ad una fattispecie analoga a quella in esame, relativa ad una richiesta di parere avanzata .....OMISSIS....., ancorché in relazione a differente opera pubblica (realizzazione della viabilità speciale di Segrate, c.d. "Cassanese-bis"), da realizzare a cura di un privato proponente, nell'ambito di un Accordo di

Programma stipulato nel 2009 (tale pronuncia è seguita a precedente delibera dell'Autorità del 21 gennaio 2015 sul medesimo Accordo di Programma).

Anche in tal caso, come nell'odierna richiesta di parere (prot. n. 12416 dell'11 febbraio 2021), .....OMISSIS..... aveva chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine all'applicabilità dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016, ai fini della realizzazione a cura del privato dell'opera pubblica prevista nell'Accordo di Programma.

A tal riguardo, sono stati analizzati due aspetti della fattispecie: il primo attinente all'onerosità dell'Accordo stipulato con il privato e all'applicabilità del Codice per la realizzazione delle opere ad esso demandate; il secondo relativo alla possibilità di ricondurre la realizzazione delle opere pubbliche ivi previste, nell'ambito di applicazione del citato art. 20.

È stato quindi osservato, quanto al primo profilo, anche sulla base delle indicazioni contenute nella determinazione n. 4/2008 dell'Autorità<sup>1</sup>, che nell'Accordo *de quo* è presente uno scambio tra le parti che assume carattere essenziale nella trattativa e che consente di affermare la natura negoziale dell'accordo stesso, con conseguente assoggettabilità del medesimo alle previsioni del Codice<sup>2</sup>. A tal riguardo l'Autorità ha ritenuto possibile procedere all'applicazione analogica della disciplina delle opere a scomputo<sup>3</sup>, richiamando il rispetto dell'evidenza pubblica per l'affidamento delle opere infrastrutturali.

Quanto al secondo profilo, legato all'applicazione dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016, è stato osservato (tra l'altro) che la norma prevede la possibilità, per un'.....OMISSIS....., di stipulare una convenzione con un soggetto pubblico o privato, affinché quest'ultimo realizzi a sua cura e spese *opere pubbliche*. Dal riferimento contenuto nel secondo comma alla "convenzione da stipulare" ed alla "previa valutazione del progetto di fattibilità", sembra derivare, 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 d.lgs. 50/2016.

Quanto al campo di applicazione della norma, è stato chiarito che la stessa 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 (secondo i chiarimenti offerti con la citata determinazione n. 4/2008). Simili fattispecie sono quindi da ricondurre nella categoria dell'"appalto pubblico di lavori" secondo le considerazioni espresse nella delibera, da ciò derivando, come necessario corollario, il rispetto delle procedure ad evidenza pubblica previste nel Codice.

Con successiva deliberazione n. 1151/2019, la stessa Autorità ha ulteriormente chiarito che le opere realizzate dal privato ai sensi dell'art. 20 del Codice, in quanto *opere pubbliche*, devono essere eseguite da soggetto in possesso, non solo dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016, ma anche di adeguati requisiti di qualificazione, quale principio di carattere generale, sancito nell'art. 84 del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere in possesso di adeguata qualificazione.

\*\*\*

Alla luce di quanto sopra, con riguardo all'odierna richiesta di parere avanzata .....OMISSIS..... con nota prot. n. 12416 dell'11 febbraio 2021, volta ad ottenere dall'Autorità un parere in ordine all'applicabilità dell'art. 20 del Codice per la realizzazione della sede della Guardia di Finanza, può osservarsi quanto segue.

---

<sup>1</sup>Determinazione n.4/2008, in tema di "Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni".

<sup>2</sup> L'Accordo di programma prevedeva in particolare 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.).

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 32, comma 1, lett. g) del d.lgs. 163/2006, le disposizioni del Codice trovano applicazione (anche) ai « g) 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 d.P.R. 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».

In primo luogo, secondo quanto chiarito nella deliberazione n. 763/2016 sopra richiamata, l'art. 20 citato non può trovare applicazione al caso di specie, in quanto riferito ad un Accordo tra .....OMISSIS..... e operatore privato, stipulato nel 2001 e novato da un successivo Accordo nel 2008, quindi in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.

Si osserva al riguardo che ai sensi dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016 e secondo i chiarimenti offerti con Comunicato dell'Anac dell'11 maggio 2016, le disposizioni del d.lgs. 163/2006 continuano a trovare applicazione (tra l'altro) alle "*convenzioni stipulate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice*".

Pertanto, per la realizzazione della sede della Guardia di Finanza nell'ambito dell'Accordo di sopra descritto, non sussistono le condizioni per l'applicazione dell'art. 20 del d.lgs. 50/2016.

In secondo luogo, per il caso in esame possono essere confermate le considerazioni svolte nel citato parere AG 32/2011 e nella delibera n. 763/2016, sia in ordine alla natura dell'opera pubblica contemplata nel predetto Accordo, sia in ordine all'atto negoziale concluso tra PA e privato, da qualificare come accordo di natura onerosa.

Come indicato dall'Autorità, infatti, la sede della Guardia di Finanza costituisce un'opera pubblica inclusa tra le opere di urbanizzazione secondaria, la cui realizzazione è contemplata in un rapporto negoziale tra PA e privato (oltre che nell'Accordo di Programma a monte concluso tra le amministrazioni pubbliche interessate) volto a disciplinare i reciproci obblighi delle parti e ad individuare le opere attribuite alla competenza del proponente, nell'ambito di un complesso intervento di riqualificazione dell'area interessata.

La fattispecie in esame sembra presentare i caratteri tipici dei c.d. programmi complessi, secondo i chiarimenti contenuti nella determinazione n. 4/2008, nonché nei citati pareri dell'Autorità del 2015 del 2016.

In tali pronunce, infatti, richiamate le sentenze della Corte di Giustizia (del 12/07/2001 (causa C399-98) e della Corte Costituzionale (sentenza 28 marzo 2006 n. 129) sul tema, è stato osservato che se la realizzazione di opere da parte del privato avviene 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, 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. In tali casi 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.

Secondo l'Autorità, pertanto, occorre 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, per i quali deve ricorrersi 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. In altri termini, sarebbe, 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 (c.d. programmi complessi) nei quali, analogamente, la realizzazione dell'opera pubblica proviene da un privato, sulla base di un accordo sinallagmatico più complesso.

Sulla base di tali considerazioni, l'Autorità ha quindi osservato che la realizzazione di opere comprese nei "programmi complessi" rientra nella nozione di "appalto pubblico di lavori" e la stessa deve essere disciplinata in via analogica dalle disposizioni che regolano l'istituto delle opere a scomputo<sup>4</sup> 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.

È dunque l'onerosità e la sinallagmaticità del contratto stipulato con il privato che caratterizza lo stesso ai fini dell'applicabilità della disciplina in tema di appalti pubblici. Ciò è stato ribadito anche in recenti pronunce della Corte di Giustizia (10 settembre 2020, causa C-367/19), la quale ha potuto osservare al riguardo che:

---

<sup>4</sup> Nel d.lgs. 163/2006 la disciplina è contenuta negli artt. 32, co. 1, lett. g) e 121-122; nel d.lgs. 50/2016, negli artt. 1, co.2, lett. e) e 36, co. 3 e 4.

- l'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24 definisce gli «appalti pubblici» come «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».
  - I termini «a titolo oneroso» designano un contratto mediante il quale ciascuna delle parti si impegna ad effettuare una prestazione quale corrispettivo di un'altra prestazione. Il carattere sinallagmatico del contratto rappresenta quindi una caratteristica essenziale di un appalto pubblico. Detto corrispettivo non deve necessariamente consistere nel versamento di una somma di denaro, cosicché la prestazione può essere retribuita con altre forme di corrispettivi, come il rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio pattuito, ciò non toglie che il carattere sinallagmatico di un contratto di appalto pubblico comporta necessariamente la creazione di obblighi giuridicamente vincolanti per ciascuna delle parti del contratto, la cui esecuzione deve poter essere esigibile in sede giurisdizionale (v., in tal senso, sentenza del 25 marzo 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punti da 60 a 62).
  - Ne consegue che un contratto con il quale un'amministrazione aggiudicatrice non è giuridicamente tenuta a fornire alcuna prestazione quale corrispettivo di quella che la sua controparte si è impegnata a realizzare non rientra nella nozione di «contratto a titolo oneroso» ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, punto 5, della direttiva 2014/24.  
Con decisione C-606/17 del 18 ottobre 2018, il giudice comunitario ha aggiunto che «un contratto che preveda uno scambio di prestazioni rientra nella nozione di appalto pubblico anche nel caso in cui la remunerazione prevista sia limitata al rimborso parziale delle spese sostenute per fornire il servizio concordato».
- Consegue da quanto sopra che al fine di stabilire se un contratto possa qualificarsi come oneroso e sinallagmatico, nel senso indicato dal giudice comunitario e dall'Autorità, al fine di non eludere l'effetto utile della direttiva (l'assoggettabilità alla disciplina concorrenziale di tutte le opere pubbliche, realizzate a vantaggio della collettività), occorre quindi indagare la reale natura degli impegni assunti dalle parti con la stipula del contratto.
- A tal riguardo si sottolinea che nella richiesta di parere in esame, si evidenzia che la sede della Guardia Finanza (e di altre opere indicate negli Accordi con il privato) non è realizzata a scomputo di oneri concessori ma sarebbe a titolo gratuito per l'amministrazione, in quanto realizzata a cura e spese del privato.
- Invero, ad una attenta analisi degli Accordi stipulati con la società proponente, si evince la realizzazione (inclusa la progettazione) a cura e spese del privato, delle seguenti opere:
- A. Uffici dell'Agenzia delle entrate e Sede della Guardia di Finanza;
  - B. Opere di infrastrutturazione del Polo Istituzionale (viabilità; esecuzione – su area di proprietà del privato – di parcheggi da asservire ad uso pubblico; esecuzione – su aree di proprietà del privato – di spazi a verde attrezzato, che saranno poi cedute gratuitamente al .....OMISSIS.....).
  - C. Interventi di riqualificazione, urbanizzazione e infrastrutturazione di valenza generale (sistemazione stradale e realizzazione di nuove rotoatorie, riqualificazione paesaggistica; opere in parte già realizzate).
  - D. Un centro polifunzionale privato (destinato ad attività commerciali, alberghiere, ristorazione, servizi).
- Le opere sub A), secondo quanto riferito dall'.....OMISSIS....., non sono oggetto di scomputo di oneri di urbanizzazione.  
Dall'esame dei documenti trasmessi, emerge inoltre che:
  - A carico del .....OMISSIS....., si prevedono i seguenti obblighi (art. 4 Accordo del 2008): per la realizzazione delle sedi dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di Finanza, il progetto architettonico (con spese a carico del privato) e il rilascio in via gratuita dei corrispondenti titoli edilizi abitativi. Per il Polo Istituzionale, approvazione dei progetti, previa acquisizione da parte del Comune dei relativi pareri di competenza degli Enti Interessati; la validazione dei progetti; il rilascio gratuito dei relativi titoli edilizi abilitativi. La sorveglianza sull'esecuzione di *tutte* le opere pubbliche e di pubblico interesse, indicate nell'art. 3 Accordo; la nomina dei collaudatori in corso d'opera e finale, appositamente incaricati (con costi a carico del privato). Il potere di visita e di ispezione, nel rispetto delle norme di sicurezza del cantiere, nonché il collaudo definitivo delle opere e la nomina del collaudatore. L'acquisizione delle aree necessarie per la realizzazione delle opere.
  - Nelle premesse del predetto Accordo del 2008, si dà atto altresì, che in esecuzione dell'Accordo di programma e dell'Accordo attuativo con il privato, in data 27.11.2001 il .....OMISSIS..... ha provveduto al rilascio dell'autorizzazione all'apertura, nell'ambito del "Centro servizi polifunzionale privato" di un nuovo centro commerciale (apertura avvenuta in data 25.8.2008) e, in data 26.7.2004, del permesso di costruire; in data 8.5.2008 è stato rilasciato ulteriore permesso di costruire in variante, a seguito di accordo tra le parti in data 7.5.2008 che ha comportato, altresì, in via transattiva, la rinuncia di tutte le controversie pendenti tra le parti innanzi al .....OMISSIS....., sorte in relazione all'Accordo di Programma e all'attuazione dello stesso.

- Nell'Accordo del 2001 si dà atto che la realizzazione degli interventi da parte del privato ha come presupposto necessario la realizzabilità del centro Polifunzionale privato e, conseguentemente, anche il rilascio, da parte dell'.....OMISSIS....., dei necessari atti di consenso edilizio-urbanistico e commerciali.
- Nell'Accordo del 2001 tra privato e .....OMISSIS..... (art. 7, parzialmente modificato nel 2008) e nella modifica dell'Accordo di Programma del 2007 (artt. 7 e 9) si prevede che la realizzazione delle opere pubbliche ivi previste, a cura del privato, sarà affidata da quest'ultimo ad una o più imprese individuate direttamente o con procedura ad evidenza pubblica, ai sensi della vigente normativa in materia di opere pubbliche, *anche* in relazione alle opere a scomputo.
- Anche il .....OMISSIS....., decreto di approvazione dell'Accordo di Programma, nel prevedere la partecipazione del soggetto privato all'attuazione dello stesso, evidenzia che le opere pubbliche realizzate dal privato sono in parte a scomputo degli oneri di urbanizzazione (l.10/77), in parte derivanti da obblighi volontariamente e spontaneamente assunti dal soggetto privato al fine di compartecipare al conseguimento degli obiettivi territoriali e infrastrutturali dell'Accordo. Si sottolinea al riguardo che, per esigenze di tutela e imparzialità, il .....OMISSIS..... ha chiesto al privato proponente, che ha accettato, di affidare con gara pubblica i lavori relativi alle opere pubbliche e di pubblico interesse previste nell'Accordo di Programma, incluse le opere di urbanizzazione.
- Con successivo D.p.g.r. 6 giugno 2007 n. 6005, di modifica dell'Accordo di Programma, è stato previsto all'art. 9 che «... la realizzazione delle opere pubbliche e della relativa progettazione e, in particolare, delle opere a scomputo avverrà nel rispetto della normativa vigente in materia di opere e lavori pubblici, sia mediante gara ad evidenza pubblica, che mediante affidamento diretto, nei casi in cui lo stesso sia ammesso dalla citata normativa».

Da quanto sopra illustrato emerge, dunque, in primo luogo, che sia in sede di Accordo di Programma, sia in sede di Accordo tra privato e .....OMISSIS....., è stato previsto l'obbligo, per il privato proponente di realizzare le opere pubbliche ivi contemplate mediante selezione di imprese idonee, con procedura di gara ai sensi della disciplina in tema di appalti pubblici. Tale impegno deve intendersi pienamente efficace e vincolante per il predetto operatore economico, in quanto accettato in sede di stipula dell'Accordo e espressamente previsto anche nell'Accordo di programma a monte.

In secondo luogo, gli Accordi intercorsi tra .....OMISSIS..... e .....OMISSIS....., in coerenza con l'Accordo di programma a monte, sono ascrivibili nella categoria dei c.d. "programmi complessi" (secondo i chiarimenti dell'Autorità) e presentano i caratteri della onerosità e della sinallagmaticità.

Come sopra indicato, infatti, le parti si sono impegnate a reciproci obblighi e doveri e il presupposto per la realizzazione da parte del privato delle opere pubbliche ivi previste, è costituito dalla realizzabilità del centro Polifunzionale privato con relativo rilascio, da parte dell'.....OMISSIS....., dei necessari atti di consenso edilizio-urbanistico e commerciali (nonché la rinuncia, mediante transazione, delle cause pendenti con il privato). Inoltre il .....OMISSIS..... si è impegnato ad una serie di ulteriori obblighi nei confronti del privato, diretti alla realizzazione degli interventi inclusi nell'Accordo, in relazione alla fase progettuale, realizzativa e di collaudo delle opere, come sopra elencati.

Si ritiene quindi che nell'Accordo stipulato tra .....OMISSIS..... e società proponente, volto (anche) alla realizzazione della sede della Guardia di Finanza, tenuto conto degli impegni assunti dalle parti, sia presente uno scambio sinallagmatico, che assume carattere essenziale nella trattativa e che consente di affermare la natura negoziale dell'accordo.

Si ribadisce al riguardo che secondo la citata Determinazione n. 4/2008 "*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*". Nel caso di specie ricorrono quindi gli elementi ritenuti necessari dalla Corte di giustizia per l'assoggettabilità al Codice dell'intervento *de quo*.

In tal senso, come indicato dall'Autorità, la realizzazione degli interventi previsti nel programma di riqualificazione in esame, a carico del privato, deve essere disciplinata dalle disposizioni delle opere a scomputo previste nel d.lgs. 163/2006<sup>5</sup> (si rinvia al riguardo alle considerazioni svolte nella determinazione n. 7/2009 dell'Autorità).

Sembra utile aggiungere al riguardo, anche alla luce del complesso intervento di riqualificazione urbanistica, territoriale, infrastrutturale e ambientale e di tutte le opere pubbliche incluse nell'Accordo con il privato, 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.

---

<sup>5</sup> Ciò in quanto ai sensi dell'art. 216, comma 27-quater del d.lgs. 50/2016 dispone che «Per le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione, oggetto di convenzioni urbanistiche o atti assimilati, comunque denominati, le disposizioni del presente codice si applicano con riferimento alle opere oggetto delle citate convenzioni ed atti stipulati successivamente all'entrata in vigore del medesimo codice». Per quello stipulati in epoca antecedente, restano valide le previsioni del d.lgs. 163/2006 come chiarito nel Comunicato Anac dell' 11.5.2016.

Sulla base delle considerazioni che precedono

Il Consiglio

Ritiene che:

- ai sensi dell'art. 216 del d.lgs. 50/2016 e sulla base del Comunicato dell'Anac dell'11.5.2016, l'art. 20 del d.lgs. 50/2016 non può trovare applicazione all'Accordo tra .....OMISSIS..... e Operatore privato proponente, in quanto concluso in epoca antecedente all'entrata in vigore del predetto decreto legislativo.
- Tenuto conto della natura dell'opera pubblica da realizzare a cura del privato (quale opera di urbanizzazione secondaria) e delle caratteristiche dell'Accordo sopra indicato, quale atto negoziale, a carattere oneroso e sinallagmatico tra le parti, si ritiene che per la realizzazione della sede della Guardia di Finanza deve essere assicurato il rispetto delle disposizioni del d.lgs. 163/2006, secondo la disciplina ivi prevista per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, come indicato dell'Autorità nelle pronunce sopra richiamate.

Il Presidente  
Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 23 aprile 2021

Per il Segretario Maria Esposito  
Rosetta Greco

Atto firmato digitalmente