

8 LUGLIO 2020

La disciplina delle opere pubbliche a  
spese del privato: un modello che si  
fonda su fiducia e flessibilità

di **Enrica Pitino**

Dottoressa in Giurisprudenza – Master II livello in Diritto Amministrativo – MIDA  
Luiss Guido Carli – Roma

# La disciplina delle opere pubbliche a spese del privato: un modello che si fonda su fiducia e flessibilità\*

di **Enrica Pitino**

Dottoressa in Giurisprudenza – Master II livello in Diritto Amministrativo – MIDA  
Luiss Guido Carli – Roma

**Abstract [It]:** L'istituto delle opere pubbliche a spese del privato, disciplinato dall'art. 20 d.lgs. n. 50/2016, è una forma di collaborazione pubblico-privato che, quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, permette al privato di realizzare un'opera con spirito di liberalità, sulla base di una convenzione non onerosa per l'amministrazione. L'istituto rientra tra i "contratti esclusi" dal codice ed è assoggettato a un particolare regime giuridico, la cui interpretazione necessita di flessibilità e di un recupero di fiducia nei confronti del privato.

**Abstract [En]:** The case of public works entirely financed by a private entity, governed by Article 20 of the Legislative Decree no. 50/2016 (Italian Public Procurement Law), is an example of public-private collaboration, as an expression of the principle of horizontal subsidiarity, which allows a private entity to carry out a public work in a spirit of liberality, on the basis of a contract entered into with the Authority which is not onerous for the latter. Such contract is one of the "contracts excluded" from the Italian Public Procurement Law and its legal framework needs a flexible interpretation and a recovery of confidence in the private sector.

**Sommario:** 1. Premessa. 2. Origine della norma e conformità alle direttive europee e al diritto interno. 3. La *ratio* della norma: un potenziale incentivo alla sussidiarietà orizzontale. 4. Il regime giuridico di cui all'art. 20 e i principi generali del codice. 4.1. Le parti coinvolte e i requisiti di ammissibilità. 4.2. La proposta di convenzione e gli adempimenti dell'amministrazione. L'obbligo dell'amministrazione di provvedere sulla proposta di convenzione. 4.3. Ulteriori elementi della convenzione: l'individuazione di penali e di poteri sostitutivi. 5. La non onerosità della convenzione alla luce della giurisprudenza europea: problematiche applicative di un concetto evanescente. 6. La disciplina di cui all'art. 20 e il contratto di sponsorizzazione. 6.1. Verso un'anomala applicazione dell'economia dell'immateriale. 7. La disciplina degli *extraoneri* e delle opere a scomputo secondo la normativa urbanistica e dell'evidenza pubblica. 8. Conclusioni.

## 1. Premessa

Il panorama sullo sviluppo delle infrastrutture e dell'edilizia pubblica, da tempo immemore, risente degli effetti negativi della ristrettezza dei bilanci delle pubbliche amministrazioni. A causa di tale patologia, destinata ad acuirsi per via della crisi economica concausata dall'attuale emergenza sanitaria, si appalesa oramai doveroso un ripensamento della dimensione che l'amministrazione dovrebbe rivestire nel sistema odierno e del ruolo che il privato potrebbe giocare, oggi più che mai, per coadiuvare la sfera istituzionale. Effettivamente, già da tempo, la prassi operativa si è colorita di varie forme di collaborazione tra il pubblico e il privato - come la sponsorizzazione o il *project financing* - capaci di convogliare i capitali privati

---

\* Articolo sottoposto a referaggio.

in attività di interesse pubblico e di canalizzare gli interessi delle imprese e le esigenze dello Stato in una direzione comune. Senza addentrarsi troppo su questo aspetto, che necessita di un'accurata e separata trattazione, si rileva all'uopo di interesse, in un'analogia dimensione, un particolare istituto contemplato dal codice che, a differenza delle forme di collaborazione più comuni, fa interamente leva sullo spirito di liberalità del privato e che potrebbe porsi come particolarmente attraente in un'ottica di sviluppo delle piccole infrastrutture.

In particolare, si fa riferimento all'art. 20 del D.lgs. n. 50/2016, che disciplina il caso della realizzazione delle opere pubbliche - o di un lotto funzionale delle medesime - a totale cura e spese di un soggetto pubblico o privato, caratterizzata dalla gratuità dell'opera per la parte pubblica e dalla liberalità degli intenti della controparte, sulla quale grava la totalità degli oneri finanziari.

Tali contratti, espressamente esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina sull'evidenza pubblica, sono tuttavia assoggettati ai principi generali del codice di cui all'art. 4 del D.lgs. n. 50/2016, nonché all'ulteriore regime giuridico delineato all'art. 20, la cui portata applicativa ben si presta a notevoli difficoltà interpretative. Peraltro, la fattispecie in esame non trova analoghe corrispondenze né nelle direttive europee in materia di appalti pubblici, né nella normativa di cui al codice previgente, il D.lgs. n. 163/2006, con l'effetto che l'istituto non è ancora stato oggetto di specifico e consolidato approfondimento da parte della dottrina e della giurisprudenza.

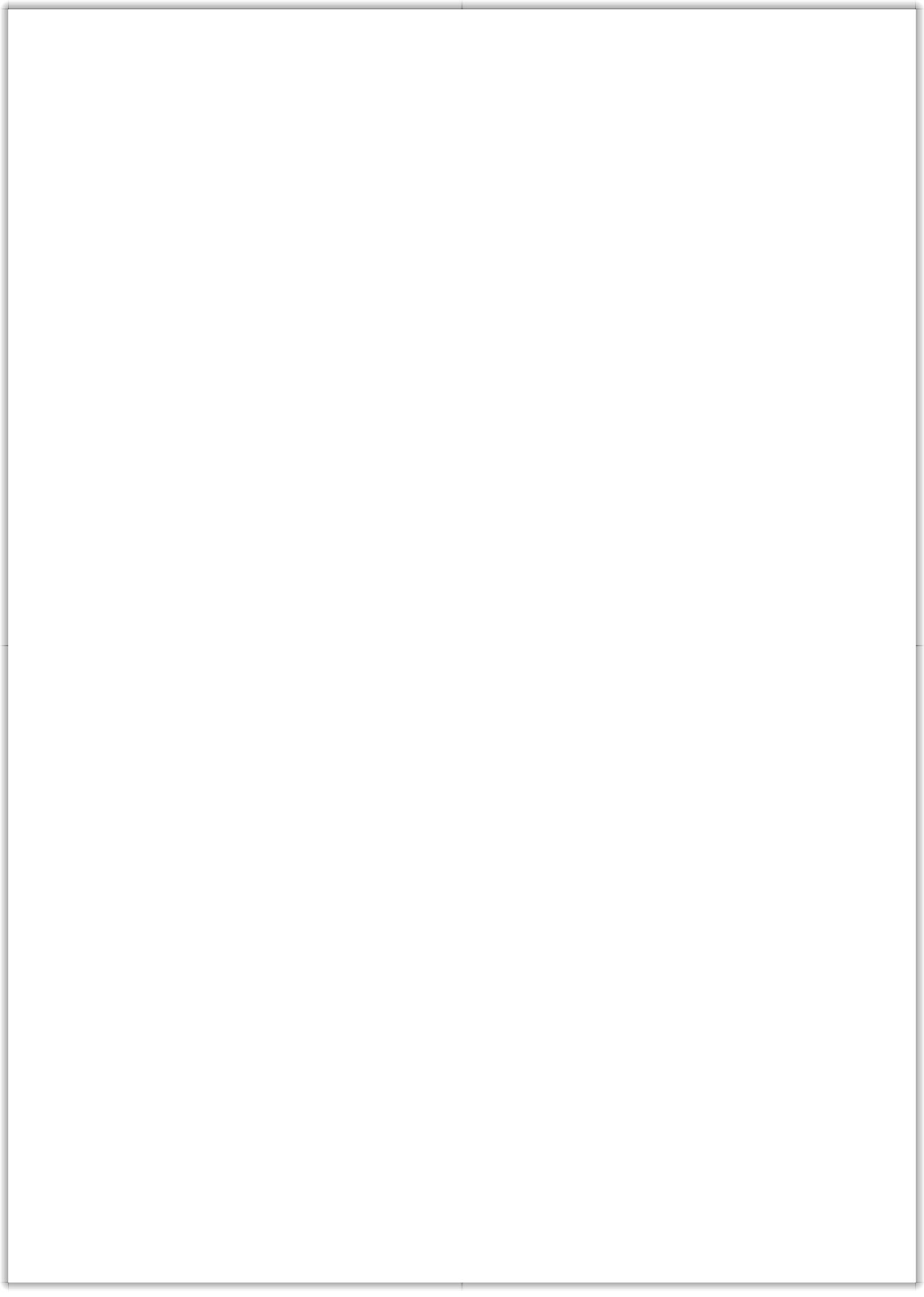
Senza pretese di esaustività, si cercherà dunque di ricostruire tale istituto, evidenziandone sia i punti di forza, che le fragilità.

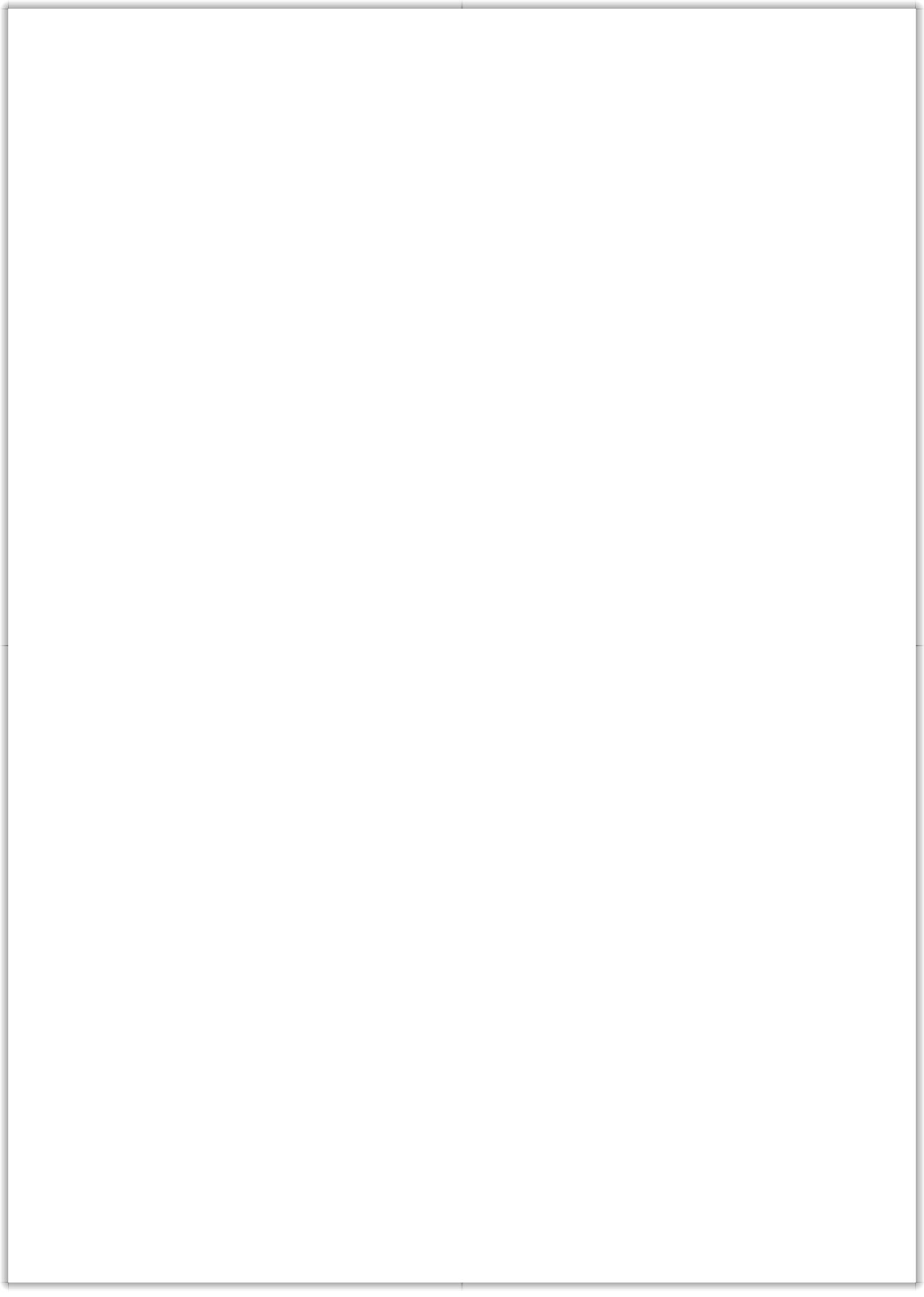
## 2. Origine della norma e conformità alle direttive europee e al diritto interno

La disposizione di cui all'art. 20 del D.lgs. n. 50/2016 esclude dall'ambito di applicazione del codice la convenzione relativa alla realizzazione di opere pubbliche a spese del privato<sup>1</sup>. In particolare, il codice individua il repertorio dei c.d. contratti *esclusi* (in parte) dalla propria operatività, secondo quanto previsto nella legge di delegazione, *in coerenza con quanto previsto dalle direttive*<sup>2</sup>. Tuttavia, sebbene la ricognizione di

<sup>1</sup> Invero, ai sensi del comma 1 dell'art. 20, la disciplina di cui al D.lgs. n. 50/2016 "non si applica 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".

<sup>2</sup> L'art. 1 comma 1 lett. n) della legge 28 gennaio 2016, n. 11 demanda al Governo l'individuazione dei contratti esclusi *in coerenza con quanto previsto dalle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*. In particolare, a seconda della *ratio* collocata a fondamento dell'esclusione, in dottrina si distinguono due tipologie di contratti esclusi: (a) i contratti esclusi per ragioni *soggettive*, in forza delle qualità dell'affidatario del contratto, nonché (b) i contratti esclusi per ragioni *oggettive*, in virtù delle caratteristiche dell'oggetto del contratto o del coinvolgimento (a vario titolo) di Paesi terzi rispetto all'Unione, nonché di organizzazioni internazionali diverse dall'Unione Europea, tra i quali rientrerebbero quelli disciplinati dall'art. 20 in parola. Sul tema, si veda F. FOLLIERI, *Contratti esclusi (artt. 4-20)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, p. 242.





caso del servizio o della fornitura espletata a titolo gratuito). Occorre dunque indagare sulle motivazioni che hanno spinto il legislatore a operare la precisa scelta di regolare espressamente solo l'ipotesi della costruzione dell'opera pubblica, con l'effetto di assoggettare la medesima ai principi generali del codice e alle ulteriori prescrizioni procedurali indicate all'art. 20.

A ben vedere, una delle probabili ragioni potrebbe essere quella di voler tracciare una chiara distinzione dell'istituto con quello delle opere di urbanizzazione a scomputo che, a seguito di una lunga *querelle* giurisprudenziale - che sarà oggetto di separata analisi -, è oramai assoggettato in maniera stringente ai principi dell'evidenza pubblica<sup>13</sup>. Probabilmente, l'aver dotato gli interventi da scomputare di un regime maggiormente stringente, ha indotto il legislatore a chiarire espressamente che il medesimo non si applica alle opere di urbanizzazione aggiuntive e ulteriori rispetto a quelle previste dalle tabelle parametriche di cui all'art. 16, comma 4, del D.P.R. n. 380/2001<sup>14</sup> (c.d. *extraoneri* o *extrastandard*).

Ad ogni modo, per comprendere la finalità perseguita dall'istituto, potrebbe rivelarsi utile tenere conto della portata complessiva del codice dei contratti pubblici, nonché dagli obiettivi ivi perseguiti.

Da una lettura della norma, la prescrizione di cui all'art. 20 può astrattamente essere analizzata sotto due differenti prospettive, ognuna delle quali avrà diverse ripercussioni in concreto. Invero, sul piano normativo, esistono due potenziali approcci alla regolazione dell'affidamento dei contratti pubblici: uno è ispirato alla rigidità dei modelli, nel senso di predeterminare le scelte dell'amministrazione e "automatizzare" l'operato dei funzionari pubblici nel tentativo di evitare fenomeni corruttivi; il secondo tende, al contrario, a privilegiare il modello della flessibilità che, lasciando ampi spazi di discrezionalità in capo all'amministrazione, permette a quest'ultima di modulare il proprio operato sulla base delle peculiarità che presenta il caso concreto<sup>15</sup>. Tali metodologie, generalmente riferite alle tecniche legislative adottate per disciplinare l'ambito dei contratti pubblici nel loro complesso, potrebbero tuttavia essere

---

<sup>13</sup> A seguito di talune pronunce della Corte di Giustizia Europea, il legislatore nazionale ha dotato l'istituto delle opere di urbanizzazione a scomputo di una regolamentazione maggiormente aderente ai principi dell'evidenza pubblica, evitando che il titolare del permesso di costruire esegua dette opere direttamente, in violazione del generale principio concorrenziale.

<sup>14</sup> Ai sensi dell'art. 16, comma 4, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, l'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita su deliberazione del Consiglio Comunale, sulla base delle tabelle parametriche di riferimento delineate in ambito regionale e definite per classi di Comuni.

<sup>15</sup> Cfr. G. FIDONE, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 3 ss., in cui emerge che il modello imperniato sulla flessibilità, sebbene più efficiente poiché capace di adattarsi al caso concreto, viene considerato maggiormente esposto alla corruzione in quanto il funzionario pubblico potrebbe approfittare dei margini di scelta per perseguire fini diversi dall'interesse pubblico. Diversamente, con l'irrigidimento delle procedure, il funzionario si troverebbe ad applicare automaticamente le regole predisposte dal legislatore, con minore rischio di corruzione ma perseguendo soluzioni meno efficienti. Pertanto, si creerebbe un *trade off* tra obiettivi di efficienza e perseguimento dell'integrità; sul tema, si veda altresì E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, p. 29 -64; G.D. COMPORI (a cura di), *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Napoli, 2011; M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

Nel caso disciplinato dall'art. 20, nei cui confronti non è presente un autonomo quadro normativo, il D.lgs. n. 50/2016 si preoccupa di fissare talune ulteriori condizioni minime alla procedura. Al riguardo, bisogna chiedersi se tale procedura sia da sola idonea a garantire il pieno rispetto dei principi generali del codice di cui all'art. 4 o se l'amministrazione, proprio in virtù dei predetti principi, sia onerata a porre in essere ulteriori accorgimenti.

Nello specifico, nell'effettuare l'esclusione, l'art. 20 prescrive altresì che l'amministrazione possa stipulare tale convenzione con un soggetto pubblico o privato in possesso dei requisiti soggettivi di cui all'art. 80 che, previo ottenimento di tutte le necessarie autorizzazioni, intenda realizzare un'opera già prevista dagli strumenti o dai programmi urbanistici. Inoltre, prima della stipula della convenzione, l'amministrazione avrebbe l'onere di valutare l'idoneità del progetto di fattibilità delle opere e la congruità delle tempistiche di realizzazione previste, nonché lo schema dei relativi contratti di appalto che regola i rapporti tra la controparte e l'impresa esecutrice. La convenzione, non onerosa, deve chiaramente disciplinare anche le conseguenze in caso di inadempimento del contraente pubblico o privato, con l'indicazione di eventuali penali e dei poteri sostitutivi che l'amministrazione è abilitata a esercitare.

Da una prima lettura della disciplina del procedimento, non sembrerebbe che l'amministrazione sia onerata ad adottare prescrizioni che vadano oltre quanto già previsto dal regime alleggerito di cui all'art. 20, quantomeno sul piano della trasparenza e della pubblicità. Peraltro, attesa la mancata gradazione della procedura sulla base del valore del contratto, il procedimento potrebbe già rivelarsi rigido se guardato con riferimento a opere minori. Al contempo, visto il mancato richiamo della norma all'art. 84 del D.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale i soggetti esecutori di lavori pubblici devono essere in possesso di adeguata qualificazione, sarebbe il caso che l'amministrazione, specie in relazione a opere più complesse, ponga in essere tutti gli accorgimenti al fine di verificare che l'esecutore sia in possesso dei requisiti di qualificazione per eseguire i lavori in concreto.

Diverso è il caso in cui l'amministrazione si avvalga del principio dell'autovincolo, ossia nelle ipotesi in cui la medesima abbia discrezionalmente deciso di adottare misure maggiormente stringenti rispetto a quanto previsto nel regime attenuato. Infatti, come confermato dalla giurisprudenza sul tema, nell'ambito dei contratti esclusi è sempre ammessa l'operatività di disposizioni non espressamente richiamate dal regime alleggerito, purché l'amministrazione si sia in tal senso "autovincolata" includendo le medesime negli atti di gara<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> cfr. AVCP deliberazioni n. 4/2010, n. 36/2009, n. 10/2009, n. 7/2009, nonché Parere sulla Normativa del 23.09.2010 - rif. AG32/2010; in giurisprudenza, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 3859 del 13 settembre 2016, secondo cui "per pacifica giurisprudenza il bando di gara costituisce un vincolo dal quale anche la stazione appaltante non può sottrarsi, nel senso che al pari dei concorrenti anche l'amministrazione è inderogabilmente tenuta ad applicare le disposizioni che essa stessa si è data per la

ai sensi dell'art. 20, che è tenuta a valutare la ricorrenza dei presupposti richiesti dal disposto normativo e provvedendo a porre in essere gli adempimenti ivi contemplati<sup>45</sup>.

Il suesposto principio, tuttavia, potrebbe non dispiegare i medesimi effetti nel caso in cui il privato proponga la realizzazione di un'opera non ancora prevista negli strumenti di programmazione (qualora tale pratica venga ritenuta ammissibile). In queste circostanze, visto il silenzio della norma che non disciplina tali aspetti, sembrerebbe eccessivo imporre all'amministrazione di avviare un procedimento sulla rivalutazione degli assetti territoriali già disposti, specie a protezione dell'attività di pianificazione dai quei soggetti capaci di "catturare" il regolatore<sup>46</sup>.

### 4.3. Ulteriori elementi della convenzione: l'individuazione di penali e di poteri sostitutivi

Ai sensi dell'art. 20, la convenzione deve prevedere le conseguenze in caso di inadempimento, incluse le eventuali penali e i poteri sostitutivi. Resta inteso che, pur nel silenzio della norma, la medesima convenzione potrà contenere particolari prescrizioni in materia di collaudo e di risoluzione anticipata della convenzione.

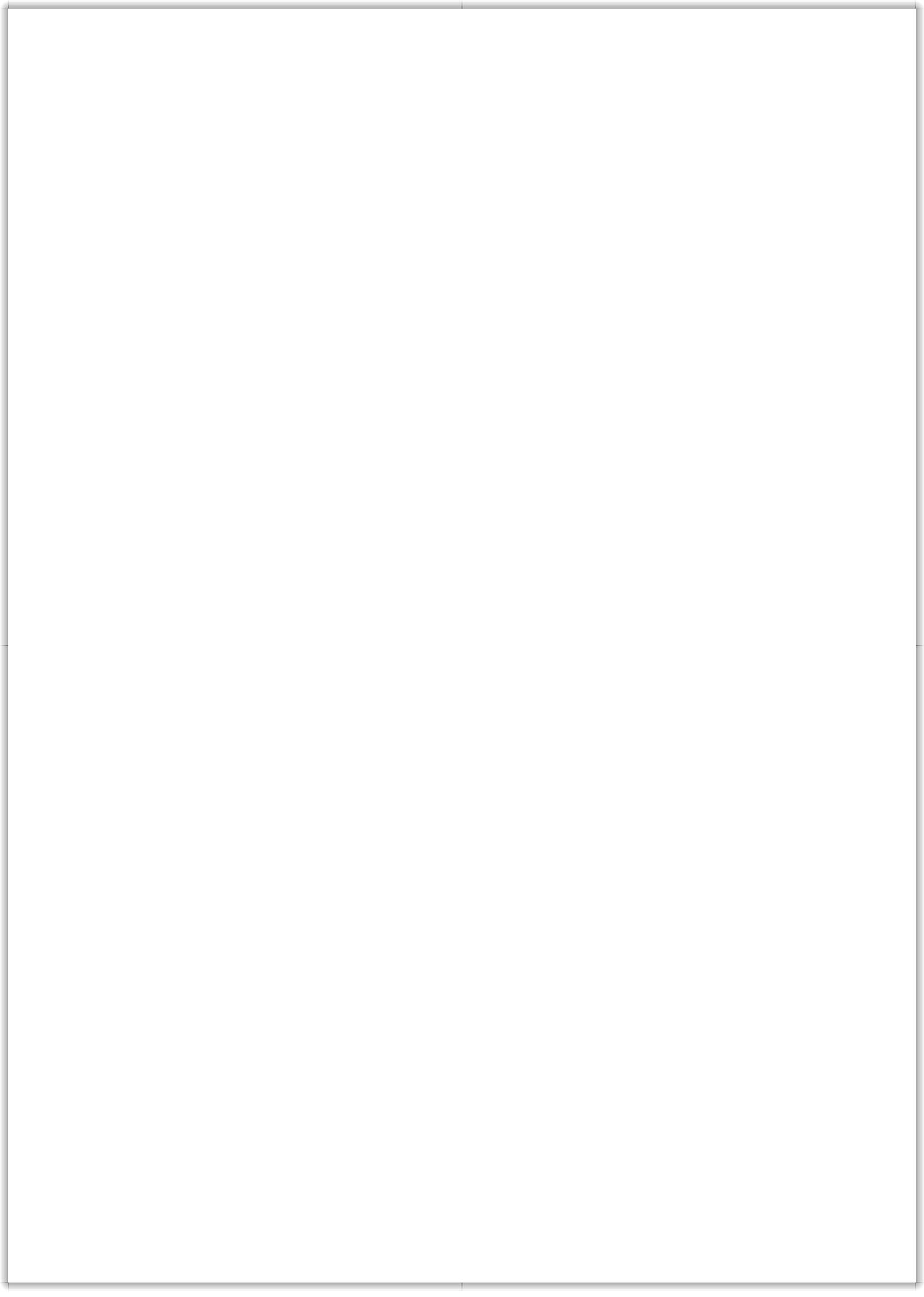
In primo luogo, con la sottoscrizione della convenzione il proponente si impegna alla realizzazione dell'opera o, qualora non intenda eseguire i lavori direttamente, esso affida i lavori di realizzazione alla ditta da lui stesso individuata.

È da ritenersi che il soggetto esecutore debba farsi carico di ogni aspetto relativo alla sicurezza, eventualmente sulla base di un piano operativo di sicurezza redatto *ad hoc*, e che sollevi integralmente l'amministrazione da qualsiasi responsabilità, nonché da qualsivoglia richiesta risarcitoria per danni a cose e a persone che possano derivare dai lavori oggetto della convenzione. Pertanto, qualora i lavori siano affidati a terzi, il proponente/committente si impegna in convenzione a inserire tale clausola nel contratto di appalto, incluso l'onere dell'impresa costruttrice di dotarsi di un'assicurazione che copra i rischi di responsabilità civile contro i terzi, a garanzia di tenere indenne l'amministrazione.

---

<sup>45</sup> Cfr. Tar Campania, Napoli, Sez. III, sentenza n. 1708 del 28.03.2017, che ha riconosciuto sussistente in capo all'amministrazione l'obbligo di provvedere su un'istanza inoltrata ai sensi dell'art. 20 D.lgs. n. 50/2016 (conforme, Tar Calabria n. 232/2018). Tuttavia, si segnala un diverso orientamento che ha ritenuto inammissibile il ricorso *ex art.* 31 e 117 c.p.a proposto per ottenere la stipula di accordi contrattuali, poiché considerate fattispecie che esulano dall'attività provvedimentale amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 6 febbraio 2017, n.513).

<sup>46</sup> Con "cattura del regolatore" (c.d. *regulatory capture*) si intende quel fenomeno secondo cui il regolatore, anziché agire in favore dell'interesse pubblico cui è preordinato, opera in favore di taluni interessi privati dominanti. In particolare, in ambito urbanistico, ci si riferisce al fatto che, nel procedimento di pianificazione degli interventi sul territorio non urbanizzato, spesso i grandi interessi imprenditoriali sono troppo forti rispetto alla potestà dell'amministrazione comunale, considerata contraente debole, con l'effetto che i primi "catturano" i secondi, imponendo il loro interesse privatistico in materia di conformazione del territorio.



Per quel che è di interesse ai fini della presente trattazione, si rappresenta che il contratto di sponsorizzazione trova disciplina nel D.lgs. n. 50/2016 all'art. 19, in via generale, e all'art. 151 per gli appalti nel settore dei beni culturali.

L'art. 19 esclude dall'ambito di applicazione del codice i contratti di sponsorizzazione, con l'effetto di assoggettare il medesimo ai principi generali del codice, tracciandone al contempo un regime giuridico aggiuntivo. In particolare, ai sensi del comma 1, la sponsorizzazione *pura* di importo superiore ai 40.000 euro, può essere affidata previa pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante di un avviso con cui si rende nota la ricerca dello *sponsor* e con una breve indicazione del contenuto della proposta, che può essere di iniziativa pubblica o privata. Decorsi trenta giorni dalla pubblicazione, il contratto può essere liberamente negoziato fra gli operatori che abbiano inviato manifestazione di interesse e in possesso dei requisiti soggettivi di cui all'art. 80.

Ai sensi dell'art. 19, comma 2, invece, per la sponsorizzazione *tecnica* non trovano applicazione le norme regionali o nazionali in materia di appalti pubblici, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori. L'amministrazione, inoltre, è tenuta a ad impartire le eventuali prescrizioni concernenti la progettazione, l'esecuzione dei lavori o delle forniture e il collaudo delle opere.

Ai sensi dell'art. 151 del codice, il sopraesposto regime giuridico è altresì applicabile ai contratti di sponsorizzazione relativi a lavori servizi e forniture nel settore dei beni culturali e ai contratti finalizzati al sostegno degli istituti e dei luoghi della cultura<sup>75</sup>.

Da quanto sopraesposto, emerge che l'istituto di cui all'art. 20 e la sponsorizzazione, non solo sono entrambi assoggettati al regime alleggerito in virtù della riconduzione ai contratti c.d. *esclusi*, ma sono ambedue oggetto di ulteriori specificazioni procedurali. Tuttavia, nonostante siano accomunati dalle medesime ragioni di fondo, è possibile rilevare che i loro regimi giuridici, come delineati dal codice, presentano reciproche difformità.

In primo luogo, la sponsorizzazione si riferisce agli appalti di lavori, di servizi e di fornitura, a differenza dell'art. 20 che contempla solo la realizzazione di lavori. In tale contesto, ci si chiede se possa ritenersi ammissibile una sponsorizzazione parziale di lavori visto che l'art. 19 non parrebbe farne espresso riferimento, diversamente dall'art. 20 che ricomprende la realizzazione di un lotto funzionale di un'opera pubblica.

---

un massiccio impiego della sponsorizzazione anche in ambiti in cui, nel sinallagma contrattuale, non fossero coinvolti solamente interessi meramente privatistici.

<sup>75</sup> Articolo 101 del d.lgs. 42/2004. Sul tema, si rimanda a F. G. ALBISINNI, *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, *Commento a d.lg. 18 aprile 2016, n. 50*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 4, pp. 510-515.