



.....OMISSIS.....

Oggetto

Realizzazione parcheggio multipiano – corrispettivo d'appalto - trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0066-2024

FUNZ CONS 27/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 12 febbraio 2024 acquisita al prot. Aut. n. 21344, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 5 giugno 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta 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 Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Nella nota di richiesta parere, codesto ente rappresenta di voler procedere all'acquisto di un opificio dismesso adiacente al centro storico della città, al fine di realizzare un parcheggio pubblico multipiano, mediante affidamento in appalto dei lavori di adeguamento e trasformazione dell'immobile stesso. A tal riguardo l'Amministrazione comunale chiede all'Autorità (i) se il corrispettivo dovuto all'appaltatore per detti lavori, possa essere corrisposto in parte in denaro, in parte mediante trasferimento della proprietà di un immobile comunale e (ii) se tale immobile, possa essere costituito proprio da alcune parti dell'opificio sopra indicato, da cedere prima o dopo l'esecuzione dei lavori, al fine di consentire all'appaltatore la realizzazione di autorimesse da alienare a terzi. L'istante ha precisato al riguardo che la fattispecie oggetto del parere, deve essere ricondotta nello schema del contratto d'appalto e non nell'ambito delle disposizioni dell'art. 202 del d.lgs. 36/2022 riferite ai contratti di partenariato pubblico-pubblico.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, sembra utile osservare, in via preliminare, che la possibilità di sostituire in tutto o in parte il corrispettivo del contratto d'appalto con il trasferimento in favore dell'appaltatore della proprietà di immobili pubblici, era espressamente prevista, in via generale, nell'assetto normativo di settore recato dal d.lgs. 163/2006.

L'art. 53 (*Tipologia e oggetto dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*), comma 6, del predetto Codice, stabiliva infatti che «In sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può prevedere il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma di cui all'articolo 128 per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico (...)». Il comma 7 aggiungeva

che «Nell'ipotesi di cui al comma 6, il bando di gara può prevedere che l'immissione in possesso dell'immobile avvenga in un momento anteriore a quello del trasferimento della proprietà, trasferimento che può essere disposto solo dopo l'approvazione del certificato di collaudo». I commi da 8 a 12 contenevano ulteriori disposizioni attuative dell'istituto, come ulteriormente integrate dalle previsioni degli artt. 111 e 112 del d.p.r. 207/2010.

Analogamente, nell'ambito della disciplina delle concessioni di lavori pubblici, l'art. 143, comma 5, del d.lgs. 163/2006 prevedeva la possibilità, per le amministrazioni aggiudicatrici, di prevedere, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento, di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione ovvero valorizzazione fosse necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione.

In relazione alle previsioni dell'art. 53, comma 6, del d.lgs. 163/2006, l'Autorità ha avuto modo di evidenziare che la procedura ivi prevista determina «la conclusione di due distinti negozi, un contratto di appalto pubblico e uno di compravendita, che sono avvinati da un forte collegamento negoziale. I due contratti, pertanto, mantengono la propria struttura e natura, salvo che il corrispettivo del contratto di appalto, che in base all'art. 1655 c.c. deve consistere in denaro, viene compensato con il prezzo dell'immobile compravenduto [...]. Operazioni contrattuali di siffatto genere sono ammesse dall'ordinamento, in tanto in quanto perseguono interessi meritevoli di tutela, con alcune avvertenze. Da un lato, si precisa che il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo ed autonomo contratto, ma integra una fattispecie complessa che si compone di una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano causa autonoma, ancorché siano finalizzati all'unitario assetto di reciproci interessi. Dall'altro, che con questa operazione prende vita una clausola atipica, espressa o anche tacita, in forza della quale i contratti sono tra loro interdipendenti, di talché talune vicende dell'uno si estendono a quelle dell'altro (...). Tale ricostruzione giuridica trova conforto anche nel dettato dell'art. 53, co. 7 del d. lgs. n. 163/2006, secondo cui il trasferimento della proprietà dell'immobile può essere disposto solo dopo l'approvazione del certificato di collaudo, con espressione che impone la stipulazione di un atto ulteriore e distinto successivo alla realizzazione dell'opera» (parere sulla normativa AG39/2011).

Dunque secondo le previsioni del d.lgs. 163/2006 lo schema negoziale sopra illustrato, poteva trovare applicazione, in via generale, per gli appalti pubblici, nonché, nei limiti indicati dalle disposizioni dell'art. 143, anche per le concessioni di lavori.

Successivamente, tuttavia, con l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, la possibilità di sostituire in tutto o in parte il corrispettivo dell'affidatario di un contratto pubblico, con beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, è stata prevista esclusivamente nell'ambito della disciplina dedicata ai contratti di partenariato pubblico-privato e non più, in via generale, anche per il contratto d'appalto.

L'art. 191 (Cessione di immobili in cambio di opere), del predetto Codice, dedicato a tale schema negoziale, infatti, è stato collocato nella Parte IV (*Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento*), Titolo I del Codice, dedicato appunto al partenariato pubblico privato (anche l'art. 165, riferito al contratto di concessione, ha previsto la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di ricorrere alla cessione di immobili a titolo di prezzo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione; analoghe previsioni sono contenute nell'art. 180, comma 6).

La norma ha riprodotto, con alcune modifiche, l'art. 53, commi 6 e seguenti del previgente d.lgs. 163/2006, stabilendo che «Il bando di gara può prevedere a titolo di corrispettivo, totale o parziale, il trasferimento all'affidatario o, qualora l'affidatario vi abbia interesse, a soggetto terzo da questo indicato, purché in possesso dei prescritti requisiti di cui all'articolo 80, della proprietà di beni

immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture e che non assolvono più, secondo motivata valutazione della amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, funzioni di pubblico interesse». Il comma 3 dell'art. 191 ha aggiunto, inoltre, che il bando di gara può prevedere che il trasferimento della proprietà dell'immobile e la conseguente immissione in possesso dello stesso possano avvenire prima dell'ultimazione dei lavori, purché l'operatore economico presenti a tal fine, idonea garanzia fideiussoria.

Dunque, rispetto alla disciplina dettata dal d.lgs. 163/2006, ai sensi della quale il trasferimento della proprietà poteva avvenire solo dopo il collaudo, secondo le disposizioni dell'art. 191 del d.lgs. 50/2016 tale trasferimento può avvenire anche in un momento anteriore a quello dell'ultimazione dei lavori, previa presentazione di idonea garanzia fideiussoria; è inoltre prevista la possibilità di trasferire tale proprietà a favore di terzo indicato dall'affidatario, in possesso dei requisiti previsti dall'art. 80 del medesimo Codice.

Con previsione analoga a quella dell'art. 191 del d.lgs. 50/2016, pur con alcune novità, il d.lgs. 36/2023 disciplina lo schema negoziale in esame all'art. 202 (*Cessione di immobili in cambio di opere*), collocandolo (come il previgente Codice) nell'ambito della disciplina dettata per il Partenariato pubblico-privato, nel Libro IV, Parte V.

La nuova disposizione dell'art. 202 citato, stabilisce quindi che «Il bando di gara, redatto anche tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'ANAC, può prevedere: a) a titolo di corrispettivo, totale o parziale e sulla base del loro valore di mercato, il trasferimento all'operatore economico o, quando questi vi abbia interesse, a terzi da lui indicati, in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, della proprietà di beni immobili dell'ente concedente, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di pre-informazione per i servizi e le forniture, non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale; b) il trasferimento della proprietà in un momento anteriore a quello della fine dei lavori, previa garanzia fideiussoria pari al valore dell'immobile, da prestarsi nei modi previsti dal codice per la partecipazione alle procedure di affidamento; la fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva».

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa del nuovo Codice, «La norma snellisce le previsioni dell'attuale art. 191, che appaiono sovrabbondanti segnatamente per quanto attiene ai commi 2, 2-bis e 3, potendo ridursi la disciplina primaria alla individuazione dei tratti fondamentali di tale schema negoziale, demandando alla autonomia della Amministrazione (bando) e delle parti (contratto), nel solco dei contratti-tipo e dei bandi-tipo di Anac, aspetti di dettaglio, quali ad esempio: le concrete modalità di individuazione degli immobili da cedere, gli uffici competenti a determinarne il valore, le garanzie richieste in caso di traslazione del diritto dominicale in un momento antecedente a quello di ultimazione dei lavori. Il comma 1, lett. a) specifica che – in caso di cessione dell'immobile ad un soggetto terzo rispetto alla "controparte privata" - vi è necessità che sussista all'uopo l'interesse di essa controparte, configurando il trasferimento ad un terzo un "contratto a favore del terzo", la cui validità presuppone giustappunto l'interesse dello stipulante ai sensi dell'art. 1411, comma 1, c.c. Il comma 1, lett. b) riconosce la particolare rilevanza che assumono le garanzie nella figura negoziale in esame, ove la traslazione del diritto dominicale integra giustappunto il corrispettivo da versare all'operatore; talché, la sua anticipata corresponsione implica ex se la prestazione di idonea garanzia da parte del privato che fruisce di tale *beneficium*».

La versione semplificata della norma, nei termini indicati nel predetto documento, richiede quindi che la disciplina di dettaglio della singola operazione, è ora demandata alla discrezionalità

amministrativa dell'ente concedente, da esercitarsi anche sulla base delle previsioni dei bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'ANAC.

Va evidenziato al riguardo che ai sensi del citato art. 202, possono essere ceduti, a titolo di corrispettivo, i beni immobili indicati a tal fine nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture e che non siano più destinati a finalità di interesse generale. La norma stabilisce, inoltre, in continuità con il previgente assetto normativo di settore, che la cessione dell'immobile possa avvenire in un momento antecedente all'ultimazione dei lavori, previa presentazione garanzia fideiussoria e anche a favore di terzi indicati dall'affidatario (anche l'art. 177, comma 6, riferito specificamente al contratto di concessione, prevede la possibilità, per garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, di prevedere un intervento pubblico di sostegno, consistente anche nella cessione in proprietà di beni immobili).

Ciò che occorre sottolineare, ai fini del parere, è che a differenza del d.lgs. 163/2006, che prevedeva il ricorso all'istituto in esame, in via generale, per gli appalti e per le concessioni, nei termini sopra illustrati, nel d.lgs. 36/2023 – in continuità con l'impostazione del d.lgs. 50/2016- la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di trasferire la proprietà di beni immobili per il pagamento totale o parziale dell'affidatario, non è più prevista per il contratto d'appalto, ma è contemplata nell'art. 202 solo nell'ambito del partenariato pubblico-privato.

Ciò può evincersi chiaramente dalla collocazione della norma citata nel Libro IV (*"Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni"*), Parte V, dedicata alle *"altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato"*, nonché dal riferimento, contenuto nella norma, all'*"ente concedente"* (da intendersi secondo le definizioni contenute nell'Allegato I.1, art. 1, comma 1, lett. b), ossia *«qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice»*. Inoltre ai sensi dell'art. 174, comma 2 *«Per ente concedente, ai sensi della lettera a) del comma 1, si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 1 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014»*).

Sembra, quindi, che il legislatore, con la previsione dell'art. 202 del d.lgs. 36/2023 (in continuità con il previgente Codice) abbia voluto limitare il ricorso allo schema negoziale in esame, esclusivamente nell'ambito dei contratti di PPP e non prevederlo più (come nel d.lgs. 163/2006) anche nell'ambito dei contratti d'appalto.

Pertanto, in risposta al quesito posto, non può che ribadirsi che nel nuovo Codice, la sostituzione del corrispettivo dell'affidatario in tutto o in parte mediante trasferimento della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, deve ritenersi limitata ai contratti di partenariato pubblico privato nei termini sopra indicati, con esclusione del contratto d'appalto.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque a codesta Amministrazione 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

