



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Al Comune di Roma

25/02/2015

AG 12/15/AP

Oggetto: Ricollocazione e valorizzazione “sampietrini”. Quesito.

In esito alla richiesta di parere in oggetto, pervenuta con nota acquisita al prot. 5684 in data 21 gennaio 2015, il Consiglio dell’Autorità, nell’Adunanza del 25 febbraio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Codesto Comune – Dipartimento Sviluppo Infrastrutture e Manutenzione Urbana - nello svolgimento delle attività relative alla manutenzione delle strade cittadine, rappresenta l’intendimento di razionalizzare la distribuzione del rivestimento stradale in “sampietrini” mediante una collocazione più omogenea nelle strade e piazze pedonalizzate, e una corrispondente rimozione del predetto rivestimento dalle strade maggiormente soggette alle sollecitazioni del traffico veicolare.

A tal fine chiede parere all’Autorità sulla possibilità di «impiegare detti cubetti di porfido anche come bene suscettibile di valutazione economica da considerare come remunerazione, totale o parziale dell’appalto di lavori di ristrutturazione stradale».

La stessa Amministrazione richiedente evidenzia come l’art. 53, comma 6 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 contempli solamente la possibilità di porre quale corrispettivo dell’appalto beni immobili e non beni mobili. Richiama inoltre il parere di precontenzioso n. 126 del 17 luglio 2013, nel quale si farebbe riferimento a un’ipotesi di previsione, da parte della stazione appaltante, dell’obbligo per l’impresa aggiudicataria di acquistare le opere provvisorie esistenti sul cantiere, a scomputo del corrispettivo dovuto dall’Amministrazione.

Premesso ciò, occorre delineare l’inquadramento normativo della fattispecie.

Ai sensi dell’art. 1655 del codice civile l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

A fronte della espressa previsione normativa di un corrispettivo in denaro, l’art. 53, comma 6 d.lgs. 163/2006 prevede che, «in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può contemplare il trasferimento all’affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all’amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

di cui all'art. 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».

In detta ipotesi, le offerte devono specificare (art. 53 comma 8): a) se l'offerente ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile e il prezzo che, in tal caso, viene offerto per l'immobile, nonché il differenziale di prezzo eventualmente necessario, per l'esecuzione del contratto; b) se l'offerente non ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile, il prezzo richiesto per l'esecuzione del contratto. La scelta fra dette opzioni, ai sensi dell'art. 111 del Regolamento, è obbligatoria a pena di esclusione (determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Il legislatore ha pertanto imposto alcune condizioni affinché possa essere prevista la cessione sostitutiva di beni in luogo del corrispettivo: tali beni devono essere indicati nel programma di cui all'art. 128 del Codice per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e gli stessi non devono assolvere più a funzioni di interesse pubblico.

Dall'esame del citato art. 128 d.lgs. 163/2006 in tema di programmazione, si evince infatti che (comma 4) «Nel programma triennale sono altresì indicati i beni immobili pubblici che, al fine di quanto previsto dall'articolo 53, comma 6, possono essere oggetto di diretta alienazione anche del solo diritto di superficie, previo esperimento di una gara; tali beni sono classificati e valutati anche rispetto ad eventuali caratteri di rilevanza storico-artistica, architettonica, paesaggistica e ambientale e ne viene acquisita la documentazione catastale e ipotecaria». Il contraente privato, quindi, in qualità di superficiario, acquisirebbe il diritto di edificare su un terreno di proprietà dell'amministrazione, divenendo successivamente proprietario dell'eventuale opera realizzata, oppure potrebbe acquisire la proprietà di un preesistente fabbricato disgiunta da quella dell'area su cui l'immobile insiste (art. 952 c.c.).

Quindi, in primo luogo, l'indicazione dei beni immobili nella programmazione triennale costituisce una condizione necessaria per l'applicabilità dell'istituto; oltre che alle funzioni "istituzionali" previste per legge, la programmazione assolve alla funzione necessaria di "stima" del bene, aspetto questo che appare imprescindibile in un'operazione in cui il valore del bene da cedere costituisce il corrispettivo dell'appalto e che, nell'eventualità di una stima mancante o inesatta, potrebbe comportare l'arricchimento ingiustificato dell'appaltatore.

Inoltre, come già sopra rilevato, ulteriore requisito è che la cessione dei beni immobili, o la costituzione dei diritti reali di godimento su di essi a titolo sostitutivo del prezzo, possa avvenire unicamente mediante beni che non "assolvono più a funzioni di interesse pubblico" (Parere sulla normativa AG16-08 del 3 settembre 2008, deliberazione n. 179 del 24 novembre 2004).

Attraverso tale operazione si determina la conclusione di due distinti negozi, un contratto di appalto pubblico e uno di compravendita, che sono avvinti da un forte collegamento negoziale. I due contratti, pertanto, mantengono la propria struttura e natura, salvo che il corrispettivo del contratto di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

appalto, che in base all'art. 1655 c.c. deve consistere in denaro, viene compensato con il prezzo dell'immobile compravenduto. L'Autorità, con particolare riferimento alla tematica dei negozi collegati, ha affermato che: "Le più recenti acquisizioni di dottrina e giurisprudenza – valorizzando le teorie della causa in concreto e della rilevanza dell'operazione economica sottostante – hanno indirizzato le proprie analisi verso una prospettiva ermeneutica idonea a superare la visione del codice civile, che è limitata alla disciplina di singoli atti. Operazioni contrattuali di siffatto genere sono ammesse dall'ordinamento, 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 tal che talune vicende dell'uno si estendono a quelle dell'altro (cfr., per tutti, Galgano, Trattato di diritto civile, II, Cedam, 2009, p. 216 ss.; Cassazione civile III, 18884 del 10 luglio 2008)" (AVCP, Pareri sulla normativa 3 maggio 2012, AG 39-11 e 11 marzo 2010, AG 1-10).

Con particolare riferimento alla questione proposta, riguardante invece la cessione di beni mobili in luogo del corrispettivo, si osserva dapprima che il parere di precontenzioso n. 126 del 17 luglio 2013, richiamato anche da codesta Amministrazione, effettivamente riguarda un caso in cui il disciplinare di gara prevedeva che «*Le opere provvisoriale esistenti, valutate secondo la stima allegata al progetto definitivo posto a base di gara, dovranno essere acquistate dalla ditta aggiudicataria, il pagamento di materiali e attrezzature avverrà mediante decurtazione sulla contabilità dei lavori in corrispondenza del SAL che completerà la fase di smontaggio delle strutture stesse*».

Sulla questione, tuttavia, il suddetto parere, dopo aver richiamato l'art. 53, comma 6 dlgs. 163/2006, fornisce una interpretazione del successivo comma 8 sottolineando che, dal tenore della norma, secondo cui il concorrente che non ha interesse a conseguire la proprietà dell'immobile deve specificare, nella propria offerta, il prezzo richiesto per l'esecuzione del contratto, «si desume che il pagamento della prestazione mediante il trasferimento in proprietà dell'immobile non può essere autoritativamente imposto all'appaltatore, dovendo il bando di gara consentire a quest'ultimo di esprimere una diversa volontà all'atto della presentazione dell'offerta economica». E prosegue osservando che l'appalto con corrispettivo immobiliare, che non trova unanime ricostruzione in dottrina essendo riconducibile, secondo la tesi prevalente, allo schema della datio in solutum ovvero, secondo altre tesi, alla fattispecie del contratto misto ovvero del collegamento negoziale tra distinti contratti di appalto e compravendita, configura nel sistema degli appalti pubblici una deroga alla regola di matrice civilistica (art. 1655 cod. civ.) e contabile secondo la quale il compenso dovuto all'impresa appaltatrice deve essere necessariamente espresso in una somma di danaro (cfr. Cass. civ., sez. I, 5 agosto 1995 n. 8630) ed è, pertanto, istituto di stretta interpretazione.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Pertanto il parere sopra richiamato conclude che non può considerarsi ammissibile il suo utilizzo in via analogica mediante la previsione del trasferimento all'impresa aggiudicataria di beni mobili (quali le opere provvisorie già esistenti sul cantiere), a scomputo del corrispettivo dovuto dall'Amministrazione per lo stato avanzamento riferito allo smontaggio delle strutture.

Il citato parere ritiene quindi che la clausola in parola deve giudicarsi illegittima per contrasto con l'art. 53 del Codice dei contratti pubblici e con i principi di tipicità, trasparenza e non discriminazione.

Occorre altresì richiamare, per completezza, l'art. 52 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, a tenore del quale «nei contratti per l'esecuzione di opere si può stipulare la cessione agli appaltatori dei materiali derivanti dalla demolizione, riparazione, trasformazione o sostituzione di fabbriche, macchine o altri oggetti mobili quando non possa presumersi più vantaggiosa la vendita mediante incanto o licitazione», e che «il prezzo dei materiali ceduti è computato nella preventiva estimazione delle opere». Neppure dalla lettura della riportata norma di contabilità di Stato è possibile ricavare un'interpretazione favorevole alla soluzione proposta, in quanto essa si riferisce espressamente a materiali che derivano dalla demolizione, riparazione, trasformazione o sostituzione di fabbriche, macchine o altri oggetti “mobili” e non potrebbe applicarsi a materiali derivanti dalla demolizione di un bene “immobile” quale la pavimentazione stradale.

Da quanto sopra esposto, si ritiene pertanto che non è conforme alla normativa di settore prevedere la cessione all'affidatario della proprietà dei beni indicati in oggetto, derivanti dalla rimozione del rivestimento stradale, in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto.

Tuttavia, in ordine allo specifico quesito posto, per completezza si rileva che, in generale, i beni mobili patrimoniali sono suscettibili di formare oggetto di alienazione, salve le specifiche e tassative eccezioni previste dalla legge a tutela di interessi generali, e con l'avvertenza che «tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti (art. 37 r.d. 827/1924). Come infatti chiarito dal Consiglio di Stato, «Le regole, dettate a livello comunitario, per l'aggiudicazione dei contratti di appalto di forniture e servizi, hanno valore precettivo anche per i contratti che comportino entrate. La gestione della finanza locale secondo criteri di economicità, efficienza e buon andamento, con limiti al credito esterno e all'indebitamento, si realizza non solo attraverso il controllo della spesa, ma anche con la migliore gestione delle risorse dell'ente (nel cui ambito rientra l'utilizzo a fini economici di beni che fanno parte del patrimonio o del demanio e che vengano ceduti in godimento di terzi con ricavo di un corrispettivo ad incremento delle entrate finanziarie). Si tratta del resto di principio risalente alla legge sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità di Stato (art. 3 legge n. 2440/1923) che, a garanzia del maggior vantaggio per l'Amministrazione e degli stessi diritti di accesso dei privati alle commesse e ai beni pubblici, assoggetta



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

indistintamente alle regole di selezione del contraente sia i contratti che determinino spesa a carico dell'erario, sia quelli dai quali derivino entrate» (Cons. Stato, sez. VI 4 aprile 2007, n. 1523).

In particolare, l'art. 47 r.d. 827/1924 si occupa di specificare che, «nei capitoli d'onere concernenti la vendita degli oggetti fuori d'uso, derrate, strumenti e simili, si stabilisce che [...] nessuno di detti oggetti possa essere asportato senza il previo pagamento del relativo prezzo e che ove gli oggetti venduti non siano dall'acquirente ritirati nel termine fissato dai capitoli stessi, l'amministrazione possa procedere a nuova vendita di essi a spese e a rischio del primitivo acquirente».

Si rimette pertanto alla prudente valutazione dell'Amministrazione l'interesse pubblico all'alienazione dei beni in argomento, previa corretta qualificazione e stima del valore economico a cura dell'Ufficio competente.

Nel caso di specie, come peraltro già messo in luce nella stessa richiesta di parere, occorrerà evidentemente considerare il rilievo storico, architettonico e culturale dei beni in parola, la cui eventuale alienazione ricadrebbe nell'ambito disciplinato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), il quale subordina gli atti di disposizione dei beni culturali alla preventiva autorizzazione della competente Soprintendenza, chiamata ad accertare le condizioni richieste dalla legge.

Raffaele Cantone