



.....OMISSIS.....

Oggetto

Realizzazione edificio adibito a sala polivalente, parcheggi esterni e zona parco nella frazione diOMISSIS..... – corrispettivo d'appalto – cessione lotti edificabili di proprietà dell'amministrazione comunale - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0005-2025

FUNZ CONS 3/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 25 ottobre 2024 acquisita al prot. Aut. n. 124935, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 30 gennaio 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 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, l'Amministrazione comunale rappresenta di voler affidare in appalto la realizzazione di un edificio adibito a sala polivalente, farmacia comunale e sale per le associazioni, unitamente ai parcheggi esterni e alla zona parco, nella frazione comunale diOMISSIS..... e, sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica dell'intervento, procedere all'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dell'opera stessa.

L'istante chiede, quindi, se ai fini sopra indicati, sia consentito, in applicazione dell'art. 202 del d.lgs. 36/2023, prevedere il pagamento dell'opera descritta, mediante corresponsione dell'affidatario in parte con fondi propri dell'Amministrazione comunale e in parte mediante cessione di lotti edificabili di proprietà dell'Amministrazione medesima.

Con riguardo alla questione sopra illustrata, si richiama in via preliminare l'art. 202 (Cessione di immobili in cambio di opere) del d.lgs. 36/2023, come recentemente modificato dal d.lgs. 209/2024, ai sensi del quale «1. Il bando di gara, redatto anche tenendo conto dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, 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 [*a seguito della modifica apportata alla norma dal d.lgs. 209/2024, si fa riferimento alle indicazioni «dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato»*], 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 possibilità di cedere immobili pubblici per sostituire in tutto o in parte il corrispettivo dell'affidatario, oggi disciplinata dall'art. 202 del d.lgs. 36/2023, come osservato dall'Autorità, era contemplata anche nel d.lgs. 163/2006 e nel d.lgs. 50/2016. Tuttavia, mentre nel d.lgs. 163/2006 (artt. 56 e 143) tale istituto poteva trovare applicazione per gli appalti pubblici, nonché, nei limiti indicati dall'art. 143, anche per le concessioni di lavori, nel d.lgs. 50/2016, lo stesso istituto è stato previsto esclusivamente nell'ambito dei contratti di partenariato pubblico-privato (sull'argomento parere Funz Cons 27/2024).

Va osservato 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»)» (parere Funz Cons 27/2024).

Pertanto, come ulteriormente sottolineato dall’Autorità in merito a tale disposizione del Codice, «sembra 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» (parere n. 27/2024 cit.).

Sembra utile aggiungere a quanto sopra che tale considerazione sembra trovare ulteriore riscontro nelle disposizioni del d.lgs. 209/2024 (“Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36”), il quale, intervenendo sulla norma, ha modificato esclusivamente il comma 1 (al fine di precisare che il bando di gara può fare riferimento alle indicazioni «*dei bandi-tipo predisposti dall’ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l’Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato*»), mantenendo la collocazione della stessa nell’ambito della disciplina dettata dal Codice per il PPP, senza introdurre ulteriori disposizioni volte ad estenderne il campo di applicazione oltre i predetti contratti.

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, riferito ad un appalto per la realizzazione di un edificio adibito a sala polivalente, dei parcheggi esterni e della zona parco nel territorio di una frazione comunale, da affidare mediante lo schema dell’appalto integrato ai sensi dell’art. 44 del d.lgs. 36/2023 (da quanto sembra evincersi dalle sintetiche informazioni riportate nella nota di richiesta di parere), deve ritenersi non applicabile l’istituto disciplinato dall’art. 202 del Codice, in quanto riferito esclusivamente alle operazioni di partenariato pubblico-privato, nei termini illustrati.

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