



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Ministero dell'Economia e delle Finanze

27/05/2015

AG 46/2015/AP

Oggetto: articolo 1, comma 270, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (legge di stabilità 2015) – decreto direttoriale di fissazione dei requisiti e delle caratteristiche per la partecipazione a procedure ristrette per la cessione di immobili pubblici ai sensi dell'articolo 7, comma 1, del d. l. 24 dicembre 2002, n. 282, convertito con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2003, n. 27 - richiesta di parere

In esito a quanto richiesto con nota acquisita al prot. n. 53249 del 29 aprile 2015, si rappresenta che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 27 maggio 2015, ha approvato le seguenti considerazioni.

Codesto Ministero dell'Economia e della Finanze, nella persona del Dirigente generale della Direzione Valorizzazione dell'attivo e del patrimonio pubblico, Dipartimento del Tesoro, ha sottoposto alla scrivente Autorità la bozza del decreto direttoriale di fissazione dei requisiti e delle caratteristiche necessarie per la partecipazione a procedure ristrette per la cessione di immobili pubblici, predisposto in attuazione dell'art. 1, comma 270¹, l. n. 190/2014, al fine di acquisire il parere dell'Autorità, con particolare riferimento all'art. 2, lettera a), del provvedimento, relativo ai requisiti di carattere generale degli investitori che saranno oggetto di valutazione ai fini dell'ammissione alla procedura

La bozza di decreto consta di due articoli.

Nell'articolo 1 vengono individuate le categorie di investitori qualificati ammessi alla procedura: a) imprese di investimento, banche, società di gestione del risparmio, società di investimento a capitale variabile, fondi pensione, imprese di assicurazione, società immobiliari di investimento quotate, fondi sovrani, imprese edili, imprese turistico alberghiere iscritti, ove previsto, in uno degli appositi albi o elenchi ovvero dotati delle licenze o autorizzazioni previste dalle norme di settore; b) forme di aggregazione tra i predetti soggetti; c) soggetti esteri autorizzati a svolgere le medesime attività, in forza della normativa in vigore nel Paese di origine.

L'articolo 2, rubricato "Parametri di valutazione", prescrive che, in relazione a ciascuna procedura di dismissione, nell'individuazione dei soggetti da invitare, tenendo conto delle caratteristiche e dimensioni dell'immobile e del portafoglio di immobili e del valore complessivo dell'operazione, vengano valutati

¹ La disposizione prevede che si provveda al programma di valorizzazione e cessione di immobili pubblici, oltre che tramite trattativa privata, «per gli anni 2015, 2016 e 2017, mediante procedura ristretta alla quale investitori qualificati, in possesso di requisiti e caratteristiche fissati con decreto direttoriale del Ministero dell'economia e delle finanze in relazione alla singola procedura di dismissione, sono invitati a partecipare e, successivamente, a presentare offerte di acquisto nel rispetto delle modalità e dei termini indicati nella lettera di invito».



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

a) i requisiti di ordine generale del soggetto di cui all'art. 38 del Codice dei contratti, con particolare riferimento alla normativa di cui al d.lgs. n. 159/2011 e a quella in materia di antiriciclaggio in quanto compatibile e b) la capacità economico-finanziaria del soggetto, comprovata da idonee dichiarazioni bancarie.

Con riferimento all'art. 2, per quanto di competenza della scrivente Autorità, si osserva preliminarmente che la disposizione dovrebbe chiarire, in ossequio ai principi di trasparenza e imparzialità che informano le procedure ad evidenza pubblica anche nel caso di selezione del contraente di contratti attivi, se il possesso dei requisiti elencati nelle lettere a) e b), rispettivamente, di carattere generale e speciale, rappresenti una condizione per potere accedere alla fase di presentazione dell'offerta. Tanto la rubrica dell'articolo ("Parametri di valutazione") quanto la formulazione del primo periodo della disposizione ("In relazione a ciascuna procedura si valutano") sembrerebbero infatti riservare all'amministrazione un certo margine di discrezionalità in ordine all'apprezzamento dei menzionati requisiti, senza tuttavia fornire agli operatori i parametri entro i quali tale discrezionalità andrebbe esercitata. Invero, i requisiti richiamati, per la finalità cui tendono - selezione di un contraente moralmente ed economicamente affidabile - dovrebbero costituire una condizione di accesso alla procedura e sarebbe pertanto preferibile che il decreto si esprimesse in termini di "requisiti di partecipazione".

Si rileva inoltre che la disposizione pone i menzionati requisiti in relazione alle caratteristiche e dimensioni dell'immobile e del portafoglio di immobili e del valore complessivo dell'operazione. Se ciò è legittimo per il requisito della capacità economica finanziaria che correttamente va parametrato al valore dell'operazione non altrettanto può dirsi per i requisiti di carattere generale che, per la rilevanza dei valori giuridici alla cui tutela sono preposti, dovrebbero comunque essere posseduti dall'investitore a prescindere dal valore dell'immobile oggetto del contratto.

Come noto, l'art. 38 del Codice dei contratti prescrive i requisiti di carattere generale necessari per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nonché per l'affidamento di subappalti. E' stato peraltro pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2013, n. 2725; sez. VI, 27 giugno 2014 n. 3251) e dall'Autorità (Parere sulla normativa AG 10 del 11 luglio 2012, Parere sulla normativa AG 8 del 3 luglio 2013, Parere di precontenzioso n. 128 del 17 luglio 2013, Parere di precontenzioso n.14 del 29 luglio 2014) che la disposizione dell'art. 38, nella misura in cui richiama il necessario possesso di inderogabili requisiti di moralità in capo ai contraenti, afferma principi di carattere generale che non possono essere trascurati in qualsivoglia rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione (appalti in tutto o in parte esclusi dall'applicazione del Codice e concessioni di servizi). Essa esprime infatti un principio generale di ordine pubblico economico, volto a tutelare l'esigenza che il contraente dell'amministrazione sia un soggetto affidabile, in possesso dei requisiti di moralità tipizzati dalla norma.

La cessione di immobili, in quanto contratto attivo, non rientra nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti, ma rimane soggetta alla legge di contabilità pubblica (r.d. n. 2440/1923), e al relativo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

regolamento attuativo n. 827/1924, i quali richiedono comunque l'esperimento di un particolare iter procedimentale, ispirato ai principi di trasparenza, imparzialità e par condicio, volto ad evidenziare le ragioni di pubblico interesse che giustificano il ricorso allo strumento contrattuale. In proposito la giurisprudenza sottolinea che l'obbligo di rispettare l'evidenza pubblica resta indefettibile anche ove l'*utilitas* non riguardi in modo diretto il settore degli appalti, bensì anche altri settori di intervento, di analogo ed indiscutibile rilievo economico per gli operatori, quali i contratti attivi, volti alla vendita, da parte di un soggetto pubblico, di un proprio immobile (Consiglio di Stato, sezione VI, 19 maggio 2008, n. 2279).

In particolare, l'art. 3, comma 3, del r.d. n. 2440/1923 prescrive che sono escluse dal fare offerte "per tutti i contratti", dunque sia attivi (comma 1) che passivi (comma 2), le persone e le ditte che nell'eseguire altra impresa si siano rese colpevoli di negligenza o malafede, con ciò dimostrando che le regole della contabilità di Stato intendono presidiare l'interesse della pubblica amministrazione sotto il duplice aspetto della selezione del contraente più conveniente e al tempo stesso più affidabile.

Alla luce di quanto considerato, può ritenersi coerente con il sistema complessivo di tutela e perseguimento dell'interesse pubblico il richiamo, anche nelle procedure per la stipula di contratti attivi, del rispetto dell'art. 38, in quanto evoluzione normativa, articolata e arricchita di una nutrita casistica, del principio della necessaria affidabilità del soggetto che contratta con la pubblica amministrazione, già presente *in nuce* nel richiamato comma 3 dell'art. 3 del r.d. n. 2440/1923.

Gli ulteriori requisiti connessi al rispetto della normativa antimafia e antiriciclaggio costituiscono un sistema di preclusioni alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni parallelo a quello disciplinato dall'art. 38 del Codice, di cui il Codice stesso si limita a riconoscere la vigenza (art. 247 «Restano ferme le vigenti disposizioni in materia di prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e di comunicazioni e informazioni antimafia»). Sarebbe pertanto preferibile una diversa formulazione della lettera a) del comma 1 dell'art. 2 ("con particolare riferimento alla normativa di cui ...") che sembrerebbe invece ricondurli a particolari fattispecie dell'art. 38.

Con specifico riferimento all'articolato sistema di strumenti di cautela finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici, di cui al d.lgs. n.159/2011, si evidenzia che esso è basato sull'obbligo, gravante sugli enti pubblici, di richiedere la c.d. documentazione antimafia ("comunicazione" o "informazione") per la stipulazione di contratti per lavori pubblici, forniture di beni e servizi, erogazione di contributi e finanziamenti, iscrizioni ad albi di fornitori, licenze (articoli 83 e 84 d.lgs. n.159/2011). L'applicabilità della richiamata normativa anche alla stipula di contratti attivi è da ritenersi oltremodo auspicabile ma si suggerisce tuttavia di effettuare una verifica in questo senso presso il Ministero dell'Interno.

In ogni caso la documentazione antimafia rappresenta un requisito per la stipula del contratto, e non per la partecipazione alla procedura, e va quindi richiesta dopo l'aggiudicazione con riferimento al soggetto selezionato.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Oltre a quanto considerato, si ritiene che dovrebbe essere prevista tra le condizioni ostative alla partecipazione alla procedura, e oggetto di specifica dichiarazione da parte dei concorrenti, il divieto di cui all'art. 53, comma 16-ter², del d.lgs. 165/2001. La norma, con finalità di prevenzione, mira a ridurre il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro. Si intende, dunque, evitare che, durante il periodo di servizio, il dipendente stesso possa precostituirsi delle situazioni lavorative vantaggiose sfruttando la sua posizione ed il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro presso il soggetto privato in cui entra in contatto. La disposizione prevede, quindi, in caso di violazione del divieto ivi previsto, le specifiche sanzioni della nullità del contratto e del divieto per i soggetti privati che l'hanno concluso o conferito, di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni, con contestuale obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti ed accertati ad essi riferiti.

Il generico riferimento della norma al "divieto di contrattare", senza specifica distinzione della tipologia di contratti, induce a ritenerla certamente applicabile anche ai contratti attivi.

Infine, desta perplessità il riferimento alla previsione della possibilità di ricorrere all'avvalimento al fine del possesso del requisito di capacità economico-finanziaria (art. 2, comma 2). L'avvalimento è istituto di derivazione giurisprudenziale (sentenza della Corte di Giustizia, 2 dicembre 1999 - causa C-176/98) tipico degli appalti pubblici e, consentendo al concorrente la possibilità di avvalersi di risorse e mezzi di un'impresa terza, costituisce una rilevante eccezione al principio generale che impone che i concorrenti ad una gara pubblica possiedano in proprio i requisiti speciali di partecipazione. Data la peculiarità dell'istituto e la natura derogatoria dello stesso rispetto alla disciplina generale, si ritiene che difficilmente esso possa trovare applicazione al di fuori dei casi espressamente previsti dalla vigente normativa (art. 49 Codice dei contratti).

Raffaele Cantone

² «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti»