



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 1069 del 27 novembre 2019

Fascicolo: 2195/2019

Oggetto: Comune di Apiro - esposto relativo al contratto di partenariato pubblico-privato per la valorizzazione, sviluppo e gestione dell'Abbazia di Sant'Urbano ed alla successiva vendita di immobili, previa modifica del medesimo contratto.

Massima: *il ricorso da parte delle amministrazioni aggiudicatrici alla permuta di cosa futura, in assenza di particolari presupposti adeguatamente indicati negli atti mediante i quali si dispone di ricorrervi, può determinare l'elusione degli obblighi previsti dalla normativa sull'affidamento degli appalti.*

Come per l'acquisto di cosa futura, la permuta di cosa futura può ritenersi consentita solo a seguito della rigorosa verifica della non praticabilità delle ordinarie procedure di affidamento di un contratto pubblico, in relazione a particolari e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità.

Quando la realizzazione di lavori costituisce il corrispettivo per la cessione di un immobile di proprietà pubblica, l'individuazione dell'acquirente/ esecutore dei lavori deve avvenire mediante ricorso alla procedura di cui all'art. 191 del d.lgs. n. 50/2016, piuttosto che a seguito della pubblicazione di un avviso di asta pubblica, anche se si tratti di attività correlata alla valorizzazione del patrimonio immobiliare.

L'attività di valorizzazione del patrimonio immobiliare non può ritenersi sottratta all'obbligo di svolgere delle procedure di evidenza pubblica, se implica l'esecuzione di lavori commissionati da un'amministrazione aggiudicatrice.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

visto il decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e successive modificazioni;

visto il regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici adottato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, pubblicato in G.U.R.I. Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2018;

vista la relazione dell'Ufficio Vigilanza collaborativa e Vigilanze speciali;

Premessa

In data 2 gennaio 2019, è stato acquisito dal protocollo generale dell'Autorità al n. 86, un esposto avente ad oggetto il contratto di partenariato pubblico privato sottoscritto dal Comune di Apiro con la ditta AEA s.r.l. per la valorizzazione del complesso immobiliare sito in località Sant'Urbano e del successivo avviso di asta pubblica, finalizzato alla vendita di parte degli immobili interessati dal predetto contratto.

Dall'esame della documentazione concernente la vicenda segnalata è emerso che, a seguito della deliberazione del Consiglio Comunale n. 53 del 4 novembre 2016 e della deliberazione della Giunta Comunale n. 132 del 30 novembre 2016, con contratto Repertorio n. 1022 del 12 aprile 2017 è stato affidato alla società A.E.A. s.r.l., in regime di Partenariato Pubblico-Privato (PPP), il progetto di

valorizzazione, sviluppo e gestione dell'Abbazia di Sant'Urbano e del patrimonio comunale (costituito da una ex scuola e da due ex stalle), per la durata di dieci anni, prorogabile per ulteriori cinque anni.

Nel corso dell'esecuzione, in data 30 maggio 2018, la ditta A.E.A. s.r.l. ha formulato una "Proposta di potenziamento degli investimenti nell'ambito del Contratto di Partenariato Pubblico-Privato per la valorizzazione del complesso immobiliare Abbazia di Sant'Urbano". In particolare, il partner privato ha proposto di acquistare dal Comune di Apiro l'edificio ex scuola e alcuni terreni limitrofi, non inclusi nel contratto, al fine di potenziare le finalità del progetto in esecuzione.

Con deliberazione della Giunta Comunale n. 75 del 6 giugno 2018 avente ad oggetto "Contratto di Partenariato Pubblico-Privato per la valorizzazione del complesso immobiliare Abbazia di Sant'Urbano - Presa d'atto della richiesta di A.E.A. s.r.l. e atto di indirizzo per avvio procedura stima immobili e fattibilità vendita", il Comune ha accolto la predetta proposta di acquisto, ma al contempo ha rilevato l'opportunità di alienare anche gli immobili costituiti dalle due ex stalle.

Con successiva deliberazione del Consiglio Comunale n. 24 del 30 luglio 2018 è stata pertanto approvata la "Modifica al piano delle alienazioni e valorizzazioni immobiliari per l'anno 2018" e, al contempo, l'impresa AEA s.r.l., ha presentato al Comune una proposta molto puntuale di adeguamento del contratto di PPP in essere, indicando tutte le modifiche necessarie, incluse quelle richieste dal Comune.

Nella delibera del C.C. n. 35 del 28 settembre 2019 si dà, infatti, atto che con formale richiesta assunta, al prot. n. 7217 del 17.09.2018, AEA s.r.l. ha prospettato i seguenti interventi concernenti il contratto di partenariato:

- estrapolazione dallo stesso degli edifici ex scuola di San Urbano e dei magazzini ex stalle;
- dirottamento degli investimenti previsti nei suddetti immobili per € 115.400,00 su quelli dell'Abbazia di San Urbano, che rimarranno di proprietà del Comune;
- inserimento nello stesso P.P.P. della gestione del terreno agricolo posto tra S.P San Urbano e fiume Esinante sottostante e confinante con l'Abbazia medesima;
- acquisto dell'edificio ex scuola di San Urbano al prezzo di € 151.000,00;
- acquisto di un terreno agricolo adiacente ai magazzini ex stalle, suddiviso in 2 momenti, per una parte subito al prezzo di € 94.000,00 e per la seconda, dopo l'inizio dei lavori di ristrutturazione presso la ex scuola di San Urbano, al prezzo di € 94.000,00, con subentro al contratto di affitto in essere con la Società "Terre verdi" srl in scadenza al 10.11.2020;
- acquisto degli edifici uso magazzino (ex stalle) e relativa corte, previa stipula di un contratto, garantito da polizza fideiussoria, che preveda i seguenti interventi:
 - trasferimento dal Comune alla A.E.A. srl della proprietà dei magazzini ex stalle, fosse silos e corte al prezzo stimato di € 440.000,00;
 - trasferimento dal Comune di Apiro alla A.E.A. srl del diritto di superficie, per 5 anni, sul lotto di proprietà comunale in Contrada Piaggia, nel quale insiste un capannone concesso in locazione dal 2017;
 - cessione degli immobili con corrispettivo costituito dalla realizzazione di un nuovo capannone di circa mq. 906 (incluse pensiline) a carico della A.E.A. srl, da adibire a deposito comunale, del valore stimato di € 445.183,90 (di cui € 19.980,00 per il montaggio dell'impianto fotovoltaico sul tetto, trasferito dai magazzini di San Urbano).

Pertanto, con la già richiamata deliberazione n. 35 del 28 settembre 2019, il Consiglio comunale ha approvato la proposta progettuale e lo studio di fattibilità presentati dalla ditta AEA s.r.l., da porre a base della procedura ad evidenza pubblica per l'alienazione degli immobili di proprietà comunale.

Inoltre, ha concesso il nulla osta ed assenso al fine di modificare i termini e contenuti del contratto di PPP; infine, ha dato atto di aver già acquisito l'impegno delle imprese affittuarie dei terreni interessati di

accettare il subentro dell'operatore economico aggiudicatario della procedura di evidenza pubblica nei contratti di affitto per la porzione di terreni oggetto di vendita.

Con riferimento alla descritta operazione, il segnalante ha evidenziato numerose criticità che riguardano non solo la successiva procedura di vendita, ma anche l'originaria aggiudicazione del contratto di partenariato pubblico-privato.

In particolare, rispetto all'originario affidamento, è stato rilevato che l'avvio della procedura di aggiudicazione non è stata preceduta dall'inclusione del progetto presentato dal promotore AEA s.r.l. negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione, né dalla necessaria previa verifica della sussistenza di un pubblico interesse correlato alla iniziativa imprenditoriale.

Peraltro, pur essendo prevista l'esecuzione di interventi sulla Abbazia di Sant'Urbano, non vi sarebbe mai stato il necessario coinvolgimento della Soprintendenza per i beni culturali, né - ai fini della partecipazione alla gara per l'individuazione del promotore - sono stati richiesti requisiti adeguati per la realizzazione di detti interventi.

Per i lavori in questione, inoltre, l'amministrazione avrebbe omesso di predisporre e/o adottare un progetto preliminare da allegare ai documenti di gara, di talché non è stato definito l'importo delle opere da eseguire. Quanto alla gestione della struttura recettiva (ristorante e albergo), la *lex* di gara ha attribuito al promotore la facoltà di sostituire il soggetto economico preposto a tale attività.

Con riferimento alla successiva vendita di immobili, richiesta solo pochi mesi dopo la stipula del contratto, l'esponente ha evidenziato che la stessa non costituisce l'esito di una revisione del piano economico e finanziario, ma una illegittima modifica dell'affidamento ad esclusivo beneficio del promotore privato, che conferma il mancato accollo dei rischi in capo a quest'ultimo.

In seguito all'invio della predetta segnalazione, il medesimo esponente ha presentato un'integrazione del primo esposto, acquisita dal protocollo generale dell'Autorità al n. 18339 in data 6 marzo 2019.

Nella seconda segnalazione, si contestano le vicende intervenute successivamente, ossia l'espletamento della procedura di vendita alla quale ha partecipato solo l'operatore economico proponente e che, dunque, si è conclusa con l'aggiudicazione in favore dello stesso.

Nell'esposto si fa riferimento ad un parere giuridico (richiamato anche nel verbale di asta pubblica del 15 febbraio 2019), in forza del quale sono state superate le iniziali perplessità del comune - suscitate proprio dalla diffida del consigliere esponente - che avevano condotto alla sospensione dell'operazione. Inoltre, si ripropongono le questioni poste in ordine alla sussistenza di vincoli architettonici che avrebbero richiesto l'intervento dell'Autorità preposta alla tutela degli stessi. Si ribadisce, altresì, che all'esito della descritta operazione sarebbe venuto meno il presupposto legittimante il ricorso al partenariato pubblico-privato, ossia l'allocatione dei rischi in capo all'operatore economico; più in generale, non sarebbe possibile rinvenire alcuna corrispondenza tra il contratto di partenariato in esame e le indicazioni fornite dall'ANAC nelle linee guida n. 9 in tema di "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato".

Oltre alle criticità indicate dall'esponente, un'ulteriore problematica è stata rinvenuta anche nella circostanza che l'avviso d'asta per la vendita degli immobili ha previsto quale corrispettivo per quelli del lotto c) non solo il prezzo, ma anche "in contropartita/permuta" la realizzazione da parte dell'acquirente di un nuovo stabile ad uso autorimessa dotato di pensiline e impianto fotovoltaico sul tetto.

Stante questa previsione la stazione appaltante non avrebbe potuto qualificare l'operazione in discorso come una mera vendita di immobile, ma avrebbe dovuto considerare anche l'affidamento dei lavori quale appalto da aggiudicare in base alle disposizioni contenute nel codice dei contratti.

Tutte le questioni prospettate nella segnalazione hanno trovato una prima conferma nella documentazione reperita sul sito della stazione appaltante e inviata con la segnalazione.

Pertanto, con nota prot. n. 46452 del 10 giugno 2019, è stato comunicato l'avvio di un procedimento di vigilanza volto alla verifica delle procedure svolte per l'affidamento del contratto meglio specificato in oggetto e per la successiva correlata vendita di beni immobili di proprietà del comune, nonché di tutti gli atti presupposti e conseguenti, con particolare riferimento alle questioni prospettate negli esposti. Al riguardo, è stato chiesto di inviare una relazione corredata da idonea documentazione, nella quale si forniscono chiarimenti e controdeduzioni in merito alle criticità sopra evidenziate, con la richiesta di precisare:

- se la proposta originaria presentata dal promotore fosse corredata di un progetto preliminare in relazione alle opere che sarebbero state eseguite e di un piano economico e finanziario asseverato;
- se detta proposta sia stata inclusa negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione;
- se gli interventi sugli edifici oggetto di concessione fossero soggetti ad autorizzazione da parte della Soprintendenza per i Beni Culturali o, in ogni caso, se si tratti di immobili soggetti a particolari vincoli architettonici;
- se, ai fini dell'aggiudicazione, sia stata effettuata un'identificazione e accurata valutazione dei rischi connessi all'esecuzione del contratto di PPP con conseguente trasferimento degli stessi all'operatore economico, secondo le indicazioni contenute nelle Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato";
- se la successiva vendita di immobili e la conseguente modifica delle condizioni del contratto di partenariato pubblico-privato siano state approvate a fronte di una revisione del piano economico e finanziario, fermo restando l'accollo dei rischi in capo all'operatore economico;
- se fosse necessario l'intervento/autorizzazione della Sovrintendenza ai Beni Culturali anche per la procedura di vendita di immobili comunali, in ragione della eventuale sussistenza di vincoli architettonici;
- se fosse necessario considerare anche l'affidamento dei lavori quale appalto da aggiudicare, in ossequio alle disposizioni contenute nel codice dei contratti, tenuto conto che l'avviso d'asta per la vendita ha previsto quale corrispettivo per gli immobili del lotto c) non solo il prezzo, ma anche "in contropartita/permuta" la realizzazione da parte dell'acquirente di un nuovo stabile ad uso autorimessa dotato di pensiline e impianto fotovoltaico sul tetto;
- se il contratto in oggetto non vada più opportunamente ricondotto nell'ambito dello schema della concessione di servizi.

Con nota e documentazione acquisite dal protocollo generale dell'Autorità ai nn. 56019, 56037, 56038 e 66004 del 11 luglio 2019, il Comune di Apiro ha fornito le proprie controdeduzioni alle contestazioni formulate nella comunicazione delle risultanze istruttorie, rappresentando quanto segue. La gestione della struttura ricettiva sita in Sant'Urbano è stata affidata in concessione a privati dal 2007, ma l'analisi delle esperienze pregresse non aveva dato risultati soddisfacenti; peraltro, un'ultima gara pubblica avente ad oggetto la mera concessione in gestione degli immobili era stata bandita a dicembre 2016 ma è andata deserta, con conseguente proroga dell'affidamento allora in esecuzione fino al 31 gennaio 2017.

Riguardo al contratto di partenariato in esame, la stazione appaltante ha riferito che l'indizione della procedura pubblica di scelta del contraente è stata disposta a seguito del ricevimento della

manifestazione di interesse iniziale dell'operatore economico, risultato in seguito aggiudicatario della stessa.

La procedura selettiva era finalizzata a valutare e selezionare uno studio di fattibilità tecnico ed economica ed un progetto definitivo, sulla base di quello predisposto dal proponente, che in ogni caso non aveva ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche o interventi sul patrimonio immobiliare comunale, bensì un'attività di valorizzazione e promozione territoriale. Infatti, il progetto proposto riguarda lo sviluppo della vallata, mediante la valorizzazione della country-house, dell'Abazia di Sant'Urbano e del compendio dei beni immobiliari presenti nell'area, per promuovere e realizzare attività di ricerca e laboratori nel campo dell'agricoltura finalizzati al recupero della tradizione rurale locale.

L'esecuzione delle opere di miglioramento e di manutenzione, sia ordinaria che straordinaria del patrimonio concesso in uso al partner privato costituiscono, dunque, prestazioni accessorie dell'attività di valorizzazione della vallata e di promozione territoriale, come quelle relative all'installazione dei beni e dei dispositivi indicati nel progetto definitivo ed alla gestione della struttura ricettiva, costituita da country-house e ristorante.

Data la natura dell'affidamento, il Comune ha riferito di non averlo incluso negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione, non trattandosi di un'opera pubblica.

Inoltre, importanti lavori di ristrutturazione sulla Abazia erano già stati realizzati dal Comune di Apiro, in parte con un finanziamento pubblico, previa acquisizione delle necessarie autorizzazioni della Soprintendenza per i Beni Culturali.

Quanto all'analisi e valutazione dei rischi, relativi alla proposta e allo studio di fattibilità e al progetto definitivo di valorizzazione presentato dalla ditta AEA, l'amministrazione riferisce di averla svolta, verificando che il rischio operativo e quello di domanda fossero effettivamente trasferiti in capo all'operatore privato.

Infatti, il Comune di Apiro ha evidenziato di non aver previsto alcun contributo per il privato, avendo al contrario pattuito un canone annuale fisso, a carico del contraente pari ad € 15.000, indicizzando lo stesso in base al fatturato annuo conseguito ed oggetto di rendicontazione.

In merito alla successiva modifica del contratto di partenariato, il Comune ha riferito di aver ricevuto una proposta in tal senso dalla società AEA s.r.l., la quale ha manifestato la volontà di incrementare gli investimenti nel progetto con l'obiettivo di elevare l'occupazione e lo sviluppo nel territorio. L'operatore economico ha, dunque, proposto di acquistare alcuni immobili di proprietà del comune, ovvero l'edificio "ex-scuola" e alcuni terreni limitrofi dichiarando il proprio impegno ad investire la cifra complessiva già prevista nel contratto di PPP (€ 115.400) negli immobili che sarebbero rimasti nella proprietà dell'Ente.

Il Comune ha sottolineato di aver provveduto alla modificazione delle condizioni del contratto di PPP, previa acquisizione dell'assenso da parte dell'operatore privato, e solo dopo aver indetto una procedura di evidenza pubblica per l'alienazione del patrimonio, alla quale avrebbe potuto partecipare qualunque operatore economico interessato alla promozione e alla valorizzazione del territorio e dei beni immobili di proprietà del Comune di Apiro.

Nello specifico, il Comune ha riferito di aver assunto le seguenti determinazioni:

- esclusione dal contratto originario di PPP dell'edificio immobiliare "ex-scuola" e dei due edifici costituite dalle ex stalle-magazzini, al fine di avviare la procedura di alienazione degli stessi;
- concessione in godimento al partner privato e affidamento della gestione del corpo di terreno agricolo adiacente l'Abazia di complessivi 11.86.47 ettari, per promuovere progetti di agricoltura sperimentale);

- passaggio degli investimenti residui, rispetto alla quota originariamente prevista, pari ad € 43.610,19 sulla struttura ricettiva country-house, ristorante e immobili circostanti l'Abbazia San Urbano;
- integrazione del canone base della somma di € 5.400 annui, quale canone di affitto dei terreni agricoli.

Infine, il Comune ha sottolineato che per l'avvio della procedura di alienazione e di cessione degli immobili comunali non era necessaria l'autorizzazione da parte della Sovrintendenza ai Beni Culturali in quanto si trattava di beni per i quali non sussistono vincoli architettonici, come invece per l'Abbazia di Sant'Urbano e l'annessa country-house; infatti, la ex-scuola e le due ex-stalle non hanno valore storico e non sono beni culturali, in quanto realizzati da meno di settanta anni.

Tenuto conto di quanto rappresentato dal Comune interessato con nota prot. n. 73487 del 20 settembre 2019, sono state comunicate le risultanze emerse dall'istruttoria sia all'Ente che al partner privato AEA s.r.l..

Con riferimento alle conclusioni dell'Autorità contenute nella predetta comunicazione, le parti hanno prospettato le proprie controdeduzioni nel corso di un'audizione che si è svolta in data 14 ottobre, oltre che in memorie trasmesse successivamente.

Nei documenti prodotti dal Comune di Apiro, si evidenzia preliminarmente che il ricorso allo schema negoziale del contratto di PPP, in luogo della mera concessione dell'utilizzo di beni di proprietà è frutto di un'attenta valutazione effettuata dall'ente, anche sulla base delle esperienze pregresse. L'obiettivo che si è voluto perseguire è la realizzazione di un progetto di sviluppo sostenibile attraverso la valorizzazione del proprio territorio e del proprio patrimonio immobiliare. In vista di questa finalità, in primo luogo si è ritenuto opportuno fare ricorso al contratto di PPP e successivamente è stata assentita la proposta di variazione del contratto originario, con il contestuale avvio della procedura di vendita dei beni immobili. In ogni caso, le determinazioni assunte dal Comune di Apiro riguardo alla tipologia contrattuale prescelta non sarebbero sindacabili, in quanto attinenti al merito dell'azione amministrativa.

Per quanto riguarda il profilo procedimentale, il Comune ha sottolineato che la scelta del contraente è avvenuta in applicazione del d. lgs. n. 50/2016.

A sostegno della legittimità della modifica contrattuale del PPP originario, il Comune di Apiro ha evidenziato che la stessa è consistita da un lato nel sottrarre dal progetto di valorizzazione della Valle di San Clemente l'edificio delle ex scuola e la manutenzione delle due ex stalle, di cui una concessa in disponibilità dell'ente, dall'altro nella concessione in godimento di terreni agricoli, al fine di consentire la sperimentazione di colture innovative.

Tale modifica, rientrerebbe nei limiti previsti dall'art. 106, comma 2 del d. lgs. 50/2016, in quanto la stessa è consistita nella concessione in godimento dei terreni agricoli, il cui valore dovrebbe determinarsi in base al canone di affitto previsto che è pari ad € 64.800. Quanto all'importo complessivo del contratto di partenariato, il Comune ha chiarito che - diversamente da quanto indicato nel bando per l'affidamento - lo stesso può quantificarsi in € 2.400.000 includendo il fatturato stimato, oltre al valore degli investimenti previsti; conseguentemente, può ritenersi rispettato l'obbligo di contenere la modifica entro il limite del 10% del valore del contratto.

Inoltre, sarebbe da escludere qualsiasi alterazione degli equilibri economici-finanziari del contratto originario di PPP, in quanto gli investimenti originariamente previsti a favore del Comune di Apiro sono stati dirottati sul patrimonio immobiliare oggetto di valorizzazione, mentre il canone è rimasto immutato.

In merito alla cessione delle due ex stalle, beni ritenuti non più strategici, il Comune ha evidenziato che è stato considerato migliorativo sia sotto il profilo economico-finanziario che patrimoniale, richiedere quale contropartita, la realizzazione su un terreno di proprietà comunale previa costituzione di un diritto di superficie, di un immobile da destinare ad autorimessa e magazzino per beni e strumenti, che alla scadenza del diritto di superficie, sarà acquistato a titolo originario dal Comune.

Sul punto, è stato anche rilevato che la scelta effettuata dal Comune non è consistita nel realizzare un'opera mediante il ricorso all'appalto pubblico a fronte della cessione di un immobile, in ossequio a quanto previsto dall'art. 191 del d.lgs. n. 50/2016, ma quella di procedere attraverso una procedura di evidenza pubblica avente ad oggetto la valorizzazione e l'alienazione del proprio patrimonio immobiliare, prevedendo quale corrispettivo non un prezzo, ma la permuta di cosa futura.

In altri termini, non si è trattato di realizzare un'opera mediante appalto pubblico ma di effettuare un'operazione di valorizzazione del patrimonio; di talché si è ritenuto possibile non richiedere nel bando di asta pubblica requisiti di qualificazione. Infatti, l'intento della amministrazione era quello di ricercare un imprenditore capace di creare sviluppo sostenibile e non esclusivamente un'impresa di costruzione.

La previsione del possesso delle qualificazioni necessarie in capo all'esecutore o agli esecutori dell'opera e degli interventi, in ogni caso, potrà essere oggetto di espressa previsione negoziale, nel contratto di compravendita con permuta di cosa futura.

Tenuto conto che la vendita del patrimonio immobiliare comunale è stata effettuata dall'ente locale, nell'esercizio della propria piena capacità di diritto privato, anche la previsione del diritto di prelazione riconosciuta alla società proponente, troverebbe la propria legittimazione nella disciplina in tema di locazione di beni urbani a scopo non abitativo. L'aver previsto il diritto di prelazione in capo alla società proponente non ha rappresentato un *vulnus* alla concorrenza, ma una clausola di garanzia per la salvaguardia e la tutela del diritto di avviamento commerciale, in capo alla AEA, in analogia a quanto avviene per le locazioni commerciali e per la dismissione del patrimonio pubblico disponibile.

Infine, il Comune ha fatto presente che i beni oggetto della procedura di vendita sono fisicamente e funzionalmente separati da quelli che sono rimasti quale oggetto del contratto di PPP originario a seguito della modificazione. Pertanto, quest'ultima attività non ha favorito o consolidato la posizione della ditta AEA, ma è da considerarsi strumentale e funzionale alla valorizzazione del patrimonio immobiliare comunale.

Nel proprio documento difensivo, la società AEA s.r.l. ha, tra l'altro, evidenziato che oggetto della parziale novazione oggettiva del contratto di PPP devono considerarsi:

- a) l'esclusione dal contratto di PPP degli edifici ex scuola ed ex stalle;
 - b) l'inclusione nel contratto di PPP del diritto di godimento del terreno agricolo adiacente alla Abbazia.
- Detta modifica contrattuale avrebbe comportato quale unico effetto la loro "esclusione" dal contratto di PPP. L'acquisto in proprietà della ex scuola e delle ex stalle nonché di altro terreno agricolo, distinto e non adiacente né confinante con quello di cui sopra, (e mai in precedenza stato parte del contratto di PPP) non sarebbe da intendersi come correlato alla modifica contrattuale dell'originario contratto di PPP, trattandosi di autonoma attività negoziale.

Quest'ultima è consistita in nuovi e autonomi contratti, rispettivamente di compravendita per la ex scuola e terreno agricolo e di permuta con cosa futura per le due ex stalle, all'esito di altra autonoma e distinta asta pubblica.

Questi beni sono anche dotati di autonoma possibilità di utilizzazione economica, rispetto a quelli oggetto di PPP in quanto si trovano rispetto a questi ultimi su versante diverso e ne sono separati dalla strada provinciale che attraversa la Valle.

Considerazioni in fatto e in diritto

Alla luce dei chiarimenti e delle considerazioni formulate dal Comune possono ritenersi irrilevanti le criticità prospettate rispetto alla mancata adozione di un progetto dei lavori da eseguire sugli immobili oggetto di affidamento e l'omesso coinvolgimento della Sovrintendenza ai beni culturali. Infatti, un importante intervento di restauro dell'Abbazia era già stato effettuato dal Comune con risorse pubbliche, mentre il contratto in esame prevede solo che sia a carico dell'operatore economico la manutenzione e la realizzazione di migliorie funzionali alla gestione degli immobili.

La circostanza che il contratto di partenariato non avesse quale oggetto principale la realizzazione di un'opera pubblica, invece, non liberava il Comune dall'obbligo di dotarsi di strumenti di programmazione che, infatti, riguarda anche gli acquisiti di servizi per i quali all'art. 21 del d.lgs. n. 50/2016 è prevista la redazione di un programma biennale.

Restano confermate anche le criticità emerse ed evidenziate nella comunicazione delle risultanze istruttorie, con riferimento al calcolo dell'importo dell'affidamento indicato nell'avviso di gara in complessivi € 375.000 (di cui € 150.000 per il canone minimo dovuto dal soggetto interessato e € 100.000 per opere, forniture ed investimenti da eseguire per i primi dieci anni - a cui aggiungere, in caso di proroga, ulteriori € 75.000 per canoni e € 50.000 per opere e investimenti).

Il Comune, infatti, avrebbe dovuto considerare anche il fatturato derivante dalla gestione delle strutture recettive e da tutte le altre attività svolte dall'operatore nell'ambito delle aree interessate, che nelle proprie memorie della stazione appaltante è quantificato in € 2.400.000. L'errore nell'indicazione dell'importo contrattuale può avere concrete conseguenze negative, ove si consideri che l'esatta quantificazione è funzionale alla corretta informazione dei potenziali concorrenti riguardo alla reale appetibilità dell'affidamento sotto il profilo economico, oltre che ad un adeguato dimensionamento dei requisiti di partecipazione.

Per questo, l'art. 3 comma 1 lett. eeee) del d.lgs. n. 50/2016 definisce il contratto di partenariato pubblico privato come *“il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo”*; l'art. 180 comma 2 dispone, poi, che *“Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.”*

Nel caso di specie, invece, come già rilevato è stato computato solo il valore gli investimenti sul patrimonio di proprietà comunale a carico del *partner* privato, nonché il canone che, al contrario di quanto previsto dalle disposizioni richiamate, l'operatore economico è obbligato a garantire alla stazione appaltante.

Quest'ultima incongruenza, concernente la previsione di un canone a carico del *partner* privato, piuttosto che della stazione appaltante, deriva dalla circostanza per cui il ricorso al partenariato pubblico privato è avvenuto in assenza della componente tipica dell'operazione normalmente regolata nell'ambito dell'istituto in questione, che consiste nella complessità economico finanziaria della stessa e

nella rilevanza dell'investimento a carico dell'operatore economico. Nel caso di specie, l'investimento è limitato alla manutenzione degli immobili ed alla realizzazione/installazione delle migliorie necessarie a garantire una maggiore funzionalità dell'area per le finalità di gestione descritte nel progetto proposto. Pertanto, il Comune avrebbe potuto limitarsi a sottoscrivere un contratto finalizzato alla mera concessione dell'utilizzo di beni di sua proprietà, previo espletamento di una procedura di evidenza pubblica da aggiudicare, utilizzando criteri di valutazione dell'offerta da riferire al canone economico offerto ed alla qualità del progetto di gestione proposto, senza necessariamente ricorrere allo schema del contratto di partenariato.

Questa scelta avrebbe, peraltro, consentito di non attribuire un diritto di prelazione all'operatore economico proponente, ammettendo al confronto anche altri progetti di utilizzo dell'area; la comparazione tra proposte diverse avrebbe, poi, potuto svolgersi, applicando criteri chiari e predeterminati nel bando di aggiudicazione.

Quanto alla legittimità della successiva modifica contrattuale convenuta tra le parti, si osserva quanto segue.

L'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 comma 2 prescrive che *“I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:*

a) le soglie fissate all'articolo 35;

b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali”.

I provvedimenti con i quali è stata autorizzata la modifica e la relazione predisposta dal Comune non contenevano alcun riferimento alle richiamate disposizioni, essendo stato solo evidenziato che la modifica non avrebbe alterato l'importo degli investimenti promessi dal *partner* privato, né l'equilibrio economico dell'operazione, in termini di trasferimento del rischio in capo allo stesso.

La stazione appaltante ha sottolineato nelle proprie controdeduzioni che, pur in mancanza di un controllo preventivo, le modifiche apportate al contratto di partenariato rientrano nei parametri definiti dalle norme sopra riportate; ciò, in quanto si è trattato di escludere alcuni edifici (ex scuola ed ex stalle) non suscettibili di gestione economica e di includere un terreno agricolo adiacente all'Abbazia, il cui valore dovrebbe coincidere con l'importo del canone versato dall'operatore economico al Comune, per un ammontare complessivo € 64.800; quanto all'importo del contratto originario, il Comune condivide il rilievo formulato da questa Autorità in base al quale - tenuto conto del fatturato complessivo - va quantificato in € 2.400.000; conseguentemente, dovrebbe ritenersi che il limite del 10% pari a € 240.000 non sia stato superato.

Al riguardo, tuttavia, si deve osservare che dovendosi applicare anche con riferimento al nuovo assetto il medesimo criterio utilizzato nella quantificazione del valore dell'originario contratto di partenariato, sarebbe stato necessario considerare anche la sussistenza e la consistenza degli eventuali maggiori introiti derivanti dagli interventi concordati con il *partner* privato.

Pertanto, al fine di valutare la legittimità della modifica contrattuale in discorso, il Comune dovrebbe tener conto dei maggiori introiti correlati all'inclusione dei nuovi immobili nell'attività di gestione dell'area.

Da ultimo, occorre esaminare la questione dell'ulteriore operazione concernente la cessione delle due ex stalle a fronte della realizzazione su un terreno di proprietà comunale di un immobile da destinare a magazzino - che in base a quanto sostenuto nelle controdeduzioni del Comune - non sarebbe da considerare tra le modifiche al contratto di partenariato, trattandosi di vicenda del tutto autonoma.

Al riguardo, il Comune sostiene anche che, pur essendo prevista l'esecuzione di lavori, la stessa deve ritenersi sottratta all'applicazione del codice dei contratti, trattandosi di attività negoziale avvenuta mediante ricorso al contratto di permuta di cosa futura.

In effetti, la permuta immobiliare di cosa presente con cosa futura, ritenuta senz'altro ammissibile nei rapporti tra privati, è il modello contrattuale in uso per lo più nell'ipotesi in cui il proprietario di un terreno lo trasferisce al costruttore a fronte dell'attribuzione di una o più delle unità immobiliari che saranno realizzate sul medesimo.

Nel caso di specie, tuttavia, ci si trova in presenza di evidenti differenze che riguardano la circostanza per cui la titolarità del terreno resta in capo al medesimo soggetto (il Comune) che deve acquisire la proprietà dell'immobile da costruire, oltre a quella della natura pubblica di uno dei contraenti.

Quanto a quest'ultimo aspetto, si osserva che, pur non essendo in discussione la piena legittimazione degli enti pubblici ad agire *iure privatorum* nell'ambito della propria autonomia negoziale quando ne ricorrano i presupposti, resta fermo che ciò non può avere l'effetto di determinare un sostanziale aggiramento delle procedure di gara.

Il principio, appena, richiamato è già stato affermato da questa Autorità sebbene in merito al ricorso ad uno schema contrattuale parzialmente diverso da quello qui esame, ossia quello della compravendita di cosa futura. Il ricorso a quest'ultima tipologia di atto, che costituisce una alternativa all'appalto di lavori, non potendo determinare di fatto l'elusione dell'obbligo di procedura di evidenza pubblica, può avvenire solo in presenza di numerose condizioni enucleate dalla giurisprudenza e che l'ANAC ha riassunto nel parere AG 05/15/AP del 12 marzo 2015.

In quest'ultimo parere, si chiarisce, infatti, che: *“.....le condizioni che giustificano il ricorso al contratto di compravendita di cosa futura sono: “a) l'espletamento di una preventiva gara informale, qualora l'area non sia puntualmente localizzabile; b) l'immobile da acquistare possieda caratteristiche che lo rendono infungibile; c) l'immobile abbia la destinazione urbanistica prevista dal PRG; d) sia compiuta una valutazione costi-benefici; e) il titolo di proprietà dell'area sia stato acquisito dal venditore in epoca “non sospetta” rispetto alla determinazione dell'Amministrazione di munirsi del bene; f) l'oggetto del contratto sia esaustivamente determinato sin dal momento della stipula; g) si proceda alla verifica del possesso, da parte del venditore, di sufficienti requisiti di capacità economica che valgano ad assicurare in via preventiva l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, requisiti che devono preesistere alla stipulazione del contratto” (Avcp, Parere sulla normativa, 17 gennaio 2014, n. 3)”*.

In buona sostanza, occorre dimostrare che la particolare modalità di acquisizione del bene risulti più conveniente per la stazione appaltante sotto un profilo procedurale, essendo stato valutato che *“.....le procedure di esproprio che si renderebbero eventualmente necessarie, a causa degli iter complessi e costosi, potrebbero avere un impatto negativo sulla possibilità che l'operazione si sviluppi nell'ambito di un quadro amministrativo, economico e finanziario certo.”*

Se, dunque, il ricorso all'acquisto di cosa futura può ritenersi *“.....consentito solo a seguito della rigorosa verifica della non praticabilità delle ordinarie procedure di affidamento di un contratto pubblico, in relazione a particolari e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità”*, anche per la permuta di cosa futura - ove ritenuta ammissibile per le pubbliche amministrazioni, sebbene non risultino fin qui e per quanto consta a questa Autorità precedenti simili - dovranno quantomeno ricorrere particolari presupposti adeguatamente indicati negli atti mediante i quali si dispone di ricorrervi.

Nel caso di specie, emerge che l'intento della stazione appaltante è quello di dismettere un immobile ritenuto non più di utilità e di realizzare un edificio con le medesime potenzialità di utilizzo (deposito) in un'area sempre di proprietà comunale, ma collocata in luogo più funzionale a detta finalità.

Tenuto conto che la realizzazione di detti lavori sulla base di un progetto preliminare già predisposto dal proponente costituisce, dunque, il corrispettivo per la cessione dell'immobile, l'individuazione dell'acquirente/esecutore dei lavori doveva, pertanto, avvenire mediante ricorso alla procedura di cui all'art. 191 del d.lgs. n. 50/2016, piuttosto che a seguito della pubblicazione di un avviso di asta pubblica; né è possibile sostenere - come si fa nelle controdeduzioni del Comune - che l'attività di valorizzazione del patrimonio immobiliare sia sottratta all'obbligo di svolgere delle procedure di evidenza pubblica, ove si tratti di eseguire dei lavori.

Il ricorso all'asta pubblica di vendita, infatti, espone la stazione appaltante al rischio derivante dall'immediato trasferimento di un immobile esistente a fronte di un corrispettivo costituito dalla mera assunzione dell'obbligo di realizzare dei lavori. Mediante la procedura di cui all'art. 191 del d.lgs. n. 50/2016, invece, è possibile non solo ottenere un ribasso sul prezzo per i lavori ed un rialzo sul valore dell'immobile da cedere, ma anche una garanzia fideiussoria in ragione dell'immissione in possesso in un momento anteriore dell'ultimazione dei lavori. Queste valutazioni non sono state svolte dal Comune precedente, poiché la scelta sull'*iter* procedurale da seguire è stata effettuata nel contesto delle modifiche al contratto di partenariato all'esito della trattativa che ha portato ad un accordo con il *partner* privato; quest'ultimo, dopo aver proposto le modifiche sugli assetti proprietari degli immobili interessati dal contratto ha, a propria volta, accolto le richieste del Comune, in ogni caso proponendo le già descritte modalità di corresponsione del corrispettivo dovuto.

Alla luce delle suesposte considerazioni, ove pure volesse condividersi quanto chiarito dal comune in merito alla volontà - comunque non esplicitata né motivata negli atti degli organi comunali - di procedere ad una permuta di immobile esistente con immobile da realizzarsi, deve ritenersi che non sussistono, nel caso esaminato, i necessari presupposti di non praticabilità delle ordinarie procedure di affidamento di un contratto pubblico o di maggiore convenienza del ricorso a questo particolare schema negoziale.

Si osserva, infine, che in forza delle recenti modifiche apportate dal decreto legge sblocca-cantiere all'art. 54 comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, in caso di ricorso alla procedura prevista dall'art. 191 del d.lgs. n. 50/2016, potrebbe disporre l'affidamento congiunto dei lavori e della progettazione esecutiva, previa approvazione del progetto da parte dell'organo competente.

Sulla base di quanto sopra rappresentato,

delibera

di ritenere che:

- sebbene non avente ad oggetto la realizzazione di un'opera pubblica, il contratto di partenariato per la valorizzazione del complesso immobiliare sito in località Sant'Urbano avrebbe dovuto essere preceduto da un'attività di programmazione ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 50/2016;
- il bando concernente l'affidamento del contratto di partenariato pubblico-privato in questione avrebbe dovuto correttamente indicarne l'importo, includendo nel computo anche il fatturato derivante dalla gestione delle strutture recettive e da tutte le altre attività svolte dall'operatore nell'ambito delle aree interessate, quantificato dalla stazione appaltante in € 2.400.000;
- il Comune di Apiro ha approvato la modifica contrattuale in corso di esecuzione che recepisce la proposta dell'operatore economico, senza la necessaria previa verifica del rispetto delle disposizioni contenute nell'art. 106 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016; al fine di accertare se la modifica contrattuale

rientri nei limiti indicati nella predetta disposizione occorre applicare il medesimo criterio valevole quantificazione del valore dell'originario contratto di partenariato, che impone di considerare anche la sussistenza e la consistenza degli eventuali maggiori introiti derivanti dagli interventi concordati con il *partner* privato;

- l'affidamento di lavori del valore di circa € 450.000 per la realizzazione di un edificio insistente su un'area di proprietà del comune può avvenire solo previo esperimento di una procedura di evidenza pubblica, eventualmente conforme alle disposizioni di cui all'art. 191 del d.lgs. n. 50/2016, ove si intenda disporre la cessione di un immobile in cambio delle opere;

- dà mandato all'Ufficio istruttore di inviare la presente delibera al Comune di Apiro ed all'operatore economico interessato.

Approvata dal Consiglio nell'adunanza del 27 novembre 2019

Il Presidente f.f.
Francesco Merloni

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 5 dicembre 2019

Il Segretario
Maria Esposito