

## **Parere n. 46 del 25/02/2010**

**Protocollo** PREC 187/09/F

**Oggetto:** Istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentate dalla società Edilnova soc. coop. a r.l. e dall'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Pordenone - Acquisizione di immobili da destinare alla locazione in regime di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata nell'ambito del territorio dei Comuni di Cordenons, fiume Veneto e Zoppola - S.A.: Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Pordenone

### **Il Consiglio**

Vista la relazione dell'Ufficio del Precontenzioso

### **Considerato in fatto**

In data 28 ottobre 2009 e 4 novembre 2009 sono pervenute le istanze di parere in epigrafe, con le quali la società Edilnova soc. coop. a r.l. e l'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale della Provincia di Pordenone, (di seguito ATER di Pordenone), hanno congiuntamente rappresentato che il predetto ATER ha bandito una procedura esplorativa per manifestazione di interesse volta all'acquisto di immobili da destinare alla locazione in regime di edilizia residenziale pubblica, prevedendo la possibilità di presentare proposte di vendita relative a "1. stabili interi, o gruppi di alloggi situati nello stesso stabile di nuova costruzione o ristrutturazione e che costituiscano più della metà del valore millesimale complessivo in condizioni di pronta locabilità e liberi da persone e/o cose, iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli, obblighi, oneri reali, convenzioni vincolanti con privati, terzi e/o enti pubblici e oneri gestionali eccedenti la normale amministrazione condominiale", nonché "2. stabili interi da edificare o edificati ma per i quali è previsto idoneo intervento di recupero da parte del proprietario venditore, suscettibili di rapido accantieramento, da acquisire, ultimati ed abitabili, entro e non oltre il 13.12.2010".

La società Edilnova ha contestato la scelta dell'Amministrazione di consentire la possibilità di presentare proposte anche relative ad edifici non esistenti, dal momento che, in tal modo, l'Azienda integrerebbe la stipula di compravendita di cosa futura, in violazione della normativa in materia di contratti pubblici e delle statuizioni giurisprudenziali di cui al parere del Consiglio di Stato, Adunanza Generale n. 2 del 17 febbraio 2000 della deliberazione n. 105 del 9 giugno 2004.

Dal suo canto, invece, l'ATER di Pordenone conferma la legittimità del proprio operato, sostenendo che, con legge regionale n. 12/2009 gli enti locali e gli organismi di diritto pubblico sono autorizzati, fino al 31.12.2010, ad acquistare direttamente sul mercato immobili per lo svolgimento di funzioni amministrative in alternativa alla procedura ordinaria di progettazione e costruzione di opere pubbliche, anche attraverso una compravendita di cosa futura, purchè tale acquisto sia preceduto da una preventiva analisi comparativa di costi, tempi, qualità e funzionalità degli immobili da acquistare, qualora esista una pluralità di scelte sul territorio. In ragione di tale autorizzazione, l'ATER, in qualità di organismo di diritto pubblico, avrebbe pertanto proceduto ad analizzare il fabbisogno abitativo di edilizia popolare sul proprio territorio, individuando i territori dei Comuni di Cordeons, Fiume Veneto e Zoppola, a pubblicare un bando contenente regole chiare ed uniformi per tutti i partecipanti ed a valutare tutte le istanze, individuando quelle rispondenti al proprio interesse, al fine di addivenire ad ulteriori trattative, senza tuttavia alcun vincolo per l'Azienda alla stipula del contratto.

Stante la diversità delle reciproche posizioni, le parti hanno congiuntamente richiesto un parere all'Autorità al fine di conoscere il suo orientamento in ordine alla legittimità dell'operato dell'ATER di Pordenone.

Conseguentemente, si è avviata l'istruttoria procedimentale, a riscontro della quale ciascuna delle parti ha, di fatto, confermato la posizione dichiarata in sede di istanza.

### **Ritenuto in diritto**

La questione controversa sottoposta all'attenzione dell'Autorità con la prospettazione dei fatti rappresentati attiene alla legittimità dell'indizione di una procedura di gara esplorativa per l'acquisto di un bene immobile che ammetta anche offerte relative ad immobili non ancora esistenti, entro i limiti consentiti per l'acquisto di cosa futura da parte delle Pubbliche Amministrazioni.

Al riguardo occorre premettere che l'unanime orientamento della prassi dell'Autorità nonché della giurisprudenza dei Giudici Amministrativi riconosce che l'istituto della vendita di cosa futura, disciplinato dall'articolo 1472 cod. civ., costituisce una fattispecie del tutto eccezionale e marginale

per l'acquisizione di immobili da parte di Pubbliche Amministrazioni, dovendo le stesse verificare preliminarmente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione di opere pubbliche previste dal Codice dei contratti pubblici e, solo qualora sia accertata la non praticabilità di tali procedure in ragione di specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, è possibile acquisire l'immobile secondo la procedura della compravendita di cosa futura (cfr. AVCP, deliberazione n. 105 del 9 giugno 2004; Consiglio di Stato, Adunanza Generale, n. 2 del 17 febbraio 2000).

In particolare, sono stati fissati rigorosi limiti interni ed esterni al potere dell'Amministrazione di contrattare, stipulando un acquisto di cosa futura, volti ad evitare che il ricorso a tale strumento possa, di fatto, concretizzarsi in una elusione della normativa interna e comunitaria in materia di contratti pubblici.

Il ricorso all'acquisto di cosa futura è, pertanto, consentito solo ove si verifichi la non praticabilità delle ordinarie procedure di affidamento di un contratto pubblico in relazione a specialissime e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità.

Più precisamente è stato chiarito che il ricorso all'acquisto di cosa futura possa avvenire a tali condizioni: 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.

Inoltre, il legittimo ricorso all'istituto presuppone che l'Amministrazione, sulla base di una puntuale, completa e trasparente attività istruttoria, dia conto di una serie complessa di accertamenti e valutazioni, che giustificano la scelta discrezionale di addivenire alla formalizzazione della tipologia contrattuale *de qua*.

Tanto premesso, al fine di valutare la legittimità dell'operato dell'ATER di Pordenone nella fattispecie controversa oggetto di tale procedimento, occorre verificare quale sia la natura del contratto che la Stazione Appaltante intende concludere, nella parte in cui pone quale oggetto della controprestazione in capo al privato la cessione di edifici da costruire; occorre, in sostanza, verificare se il contratto che l'ATER intende stipulare sia una compravendita di cosa futura ovvero un contratto di appalto.

Al riguardo ai fini della distinzione occorre avvalersi del criterio ermeneutico individuato dalla giurisprudenza che dà rilievo alla volontà delle parti, ovvero "all'intento empirico tipico in cui si inquadra la volontà che muove le parti" (cfr. Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza n. 11656 del 12 maggio 2008).

In tale ottica, occorre accertare il rilievo che l'Amministrazione ha inteso dare al conseguimento della proprietà dell'immobile completato ovvero all'attività realizzatrice dell'opera da parte del cedente. Pertanto, si avrà vendita di cosa futura quando l'intento delle parti abbia ad oggetto il trasferimento della cosa futura e consideri l'attività costruttiva una mera funzione strumentale, mentre si avrà un appalto qualora assuma rilievo l'attività costruttiva che il cedente assume a proprio rischio con la propria organizzazione (cfr. Corte di Cassazione, SSUU, sentenza n. 11656/2008, citata).

Dall'applicazione di tale criterio ermeneutico al caso di specie, sembra possibile ritenere che la volontà dell'ATER sia quella di acquisire il bene immobile, dal momento che viene dato rilievo all'acquisto della proprietà del bene finito e non all'attività costruttiva, non essendo rinvenibile alcun aspetto inerente tale attività nel bando che indice la procedura esplorativa in questione.

Così inquadrata la volontà contrattuale dell'ATER, occorre, conseguentemente, valutare la sussistenza, nel caso di specie, delle già enunciate condizioni legittimanti il ricorso alla compravendita di cosa futura.

Al riguardo, fermo restando che dalla documentazione in atti non è possibile procedere alla verifica in concreto di tutte le condizioni annoverate dalla menzionata giurisprudenza, può tuttavia riscontrarsi che nella procedura esplorativa indetta dall'ATER di Pordenone il fatto che la clausola che consente la presentazione di proposte anche inerenti edifici non ancora esistenti non sia accompagnata da alcuna identificazione degli stessi, delle caratteristiche che rendano in qualche modo infungibile quei beni, dei requisiti specifici che il venditore deve avere per addivenire alla stipula del contratto comporta che la clausola stessa determini di fatto una forma di acquisto di cosa futura non legittimata dall'ordinamento giuridico.

In tal senso, appaiono, pertanto, fondate le censure mosse dalla società co-istante dal momento che

non risulta in qualche modo giustificato l'operato dell'ATER, *in parte qua*, ovvero per i profili che, di fatto, integrano una compravendita di cosa futura non giustificata dalle specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, nonché dal rispetto dei rigorosi limiti interni ed esterni che l'ordinamento impone ai fini del legittimo ricorso a tale forma contrattuale, onde scongiurare il rischio di elusioni della normativa in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che la previsione da parte dell'ATER di Pordenone di ammettere anche offerte relative ad edifici non ancora esistenti non è conforme ai principi in materia di contratti pubblici.

Firmato:

I Consiglieri Relatori: Giuseppe Borgia, Andrea Camanzi

Il Presidente f.f.: Giuseppe Brienza

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 1 Marzo 2010