

ADUNANZA GENERALE DEL 17 FEBBRAIO 2000

Sez. I N. 38/99

Gab. n. 2/2000

MINISTERO DELL'INTERNO – Quesito in ordine alla possibilità di acquisto di fabbricato su progetto per la sede del comando prov.le dei VV.FF. di Latina – Parere facoltativo

IL CONSIGLIO

Vista la relazione in data 10.6.1999 con la quale il Ministero dell'Interno ha

chiesto parere facoltativo in ordine al quesito in oggetto;

PREMESSO

Il Ministero dell'Interno con la relazione in epigrafe ha chiesto il parere facoltativo del Consiglio di Stato in merito all'iter per acquisto di fabbricato su progetto, che l'amministrazione sarebbe dell'avviso di adottare per fornire una nuova, adeguata e meno onerosa sede al Comando provinciale dei vigili del fuoco di Latina.

A tal proposito, l'Amministrazione premette che:

1. La sede del Comando provinciale dei vigili del fuoco di Latina è attualmente dislocata in un immobile, situato in una zona centrale, condotto in locazione con un fitto annuo di circa 1.300 milioni;

2. Per contenere tale onere era stato programmato, nel quadro del potenziamento delle infrastrutture di cui al D.L. 23 settembre 1994, n. 547, l'acquisto dell'immobile;

3. Tale soluzione si è tuttavia rivelata impraticabile, in quanto il comune di Latina ha modificato il piano particolareggiato esecutivo della zona, prevedendo lo spostamento della caserma in un'area periferica;

4. L'ente proprietario dell'immobile – Pro Deo S.n.c. di Damiani Ermenegildo & C. – ha tuttavia offerto di costruire la caserma su proprio terreno in zona periferica, secondo un progetto esecutivo da elaborare in collaborazione con i tecnici dell'amministrazione.

L'Amministrazione referente, ritenendo che l'acquisto da parte di enti pubblici di fabbricati su progetto sia consentita da specifiche disposizioni di legge (art. 4 L. 855/1962 ed art. 4 . 80/1987) evidenzia come la soluzione consenta di “conseguire una utilità superiore in termini di efficienza, risparmio ed affidabilità”.

La Sezione prima di questo Consiglio, nell'Adunanza del 16 giugno 1999, ha proposto al presidente del Consiglio di Stato che la questione, per la delicatezza della questione di principio coinvolta dal quesito, andasse rimessa ad una Commissione Speciale.

La Commissione, a sua volta, nell'adunanza del 4 novembre 1999 ha ritenuto di rimettere l'espressione del parere all'Adunanza Generale, attesa la rilevanza dei principi di diritto coinvolti dal quesito proposto

CONSIDERATO

1. Il dubbio da cui prende le mosse la richiesta di parere facoltativo avanzata dall'amministrazione dell'Interno concerne la legittimità del procedimento di acquisto di fabbricati su progetto. Si tratta, cioè, di verificare la possibilità della legittimazione delle Amministrazioni dello Stato a stipulare contratti di compravendita di cose future, secondo la disciplina contenuta nell'art. 1472 cod. civ.

Ove tale verifica dia esito positivo, occorre ulteriormente accertare se la fattispecie concreta sia riconducibile alla figura, ai presupposti ed alle condizioni per la stipulazione, da parte della P.A., di un contratto di vendita di cosa futura.

2. Questo Consiglio in precedenti pareri aveva implicitamente dato al quesito di massima una risposta positiva (Sez. III n. 1368/93; n. 1046/96). Peraltro la stessa terza sezione ha recentemente avvertito l'esigenza di riesaminare funditus la questione onde accertare la permanente validità delle precedenti conclusioni, alla luce delle notevoli immutazioni che, soprattutto nel più recente periodo, sono state apportate alla materia dei contratti pubblici (Sez. III n. 596/99 dell'11.5.1999)

La terza Sezione, muovendo dalla premessa che nel nostro ordinamento tutte le persone giuridiche, pubbliche o private, hanno la medesima capacità giuridica, ha osservato come "la possibilità di realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse fuori del tipico procedimento dell'appalto si riscontra altresì sia nell'innovativa procedura dei cosiddetti financing projects... sia nella figura del promotore, recentemente disciplinata dall'art. 37 bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109". Ha osservato inoltre, avuto riguardo alla normativa comunitaria, che il contratto di compravendita di immobili non ancora esistenti, per un verso, è escluso dall'ambito della direttiva servizi (art. 5, comma 2 lettera a, del D.L.gs 17 marzo 1995, n. 157), e per altro verso non è riconducibile alla nozione di appalto, giacchè la volontà delle parti ha ad oggetto diretto solo il trasferimento della proprietà del bene e non già il lavoro occorrente per produrre il bene medesimo. Nel predetto parere n. 596/99 la Sezione, pur concludendo nel senso che "l'acquisto di un immobile (anche se ancora da realizzare) non rientri nella disciplina delle opere e lavori pubblici", ha avvertito l'esigenza di dettare una serie di prescrizioni atte a delimitare il rispettivo ambito di operatività dei due istituti. In particolare ha ritenuto che per poter far ricorso all'acquisto di cosa futura, occorre che:

- a) l'immobile da acquistare possieda caratteristiche che lo rendano infungibile, per effetto ad esempio della localizzazione in una specifica zona del territorio;
- b) l'immobile abbia la destinazione urbanistica prevista dal PRG;
- c) sia compiuta una valutazione costi-benefici;
- d) l'oggetto del contratto sia esaustivamente determinato sin dal momento della stipula.

3. Le suddette conclusioni hanno fatto tuttavia sorgere alcune perplessità, a seguito delle quali si è ritenuto sottoporre la questione dapprima alla Commissione speciale e poi a questa Adunanza..

In particolare, ha osservato quella Sezione che se è vero che nell'ordinamento italiano la posizione di autonomia privata e la legittimazione negoziale delle amministrazioni pubbliche sono regolate dalle norme di diritto positivo relative alle persone giuridiche in genere, è altrettanto vero che, in conformità ai principi dell'evidenza pubblica, le persone giuridiche pubbliche non possono assumere impegni se non nei limiti e nei modi stabiliti dalle leggi e dai regolamenti che ne funzionalizzano l'attività al perseguimento di interessi pubblici.

Non basta dunque verificare la legittimazione negoziale del soggetto pubblico, sotto il profilo del diritto comune, ma occorre altresì appurare che non vi siano limiti derivanti dalla disciplina pubblicistica che ha procedimentalizzato l'azione dell'Amministrazione. Anzi quest'ultima verifica presenta carattere preliminare, in quanto delimita il campo dell'agire possibile; ossia consente di definire l'ambito tipologico nel quale effettuare la scelta del contratto da utilizzare.

Tale verifica va compiuta in relazione a due distinti ambiti ordinamentali: quello interno regolato dal diritto nazionale e l'altro comunitario governato dal diritto dell'Unione europea.

Quanto al primo ambito, la Sezione ha osservato che la materia rientri nella disciplina dei lavori pubblici, come definita dalla legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109, integrata con ulteriori disposizioni dalla legge 14 novembre 1998, n. 415.

La norma (art. 2, comma 1), infatti, qualifica come lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2, le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere o impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica". Per quel che concerne l'aspetto oggettivo della definizione, la norma fa perno sull'affidamento, da parte di soggetti pubblici o parapubblici, di una serie di attività materiali di tipo esecutivo nel settore dell'edilizia e del genio civile, senza che abbia rilevanza il tipo di contratto che disciplina l'affidamento o la titolarità del bene oggetto dell'intervento edilizio. Così, ad esempio, pacificamente rientra nella nozione di lavoro pubblico la costruzione di un'opera in regime di concessione, che è proprietà di un soggetto formalmente privato e che entrerà nel patrimonio pubblico solo al termine del rapporto concessorio.

Nel caso di specie si è evidenziato che il fine che l'amministrazione si propone di realizzare è quello di acquisire la proprietà di un immobile non ancora esistente ma da costruire con caratteristiche tali che lo rendano idoneo alla funzione di caserma, cui esso dovrebbe essere destinato. Non v'è dubbio quindi che la costruzione dell'immobile con le caratteristiche volute dall'amministrazione per soddisfare specifici interessi pubblici rappresenti un elemento essenziale del rapporto negoziale che essa intende costituire con il privato. Tanto si è ritenuto sufficiente per opinare che la fattispecie rientri nella generica nozione di affidamento contenuta nell'art. 2, comma 2, della legge n. 109/94.

Assodato che l'attività di costruzione rientra nella disciplina dei lavori pubblici, è stato rilevato, ancora, che l'art. 19, comma 1, della legge quadro restringe il campo dei tipi contrattuali a due sole ipotesi. Secondo la norma, infatti, "i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all'art. 24 comma 6".

In altri termini, la norma contiene un'elencazione tassativa dei tipi di contratto che sembra escludere, con riferimento alla realizzazione di un lavoro pubblico, l'utilizzazione del contratto di acquisto di cosa futura di cui all'art. 1472 cod. civ.

Né utili argomenti in senso contrario sembrerebbero potersi desumere dall'introduzione, da parte dell'art. 11 della legge n. 415/98, di nuovi sistemi di realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione. Si tratta, infatti, non già dell'allargamento delle previsioni contenute nell'art. 19 della legge n. 109, ma di un ulteriore perfezionamento procedimentale dell'istituto della concessione già considerato dalla legge quadro tra i tipi possibili.

Quanto all'ordinamento c.d. comunitario, la stessa Sezione ha ritenuto che la fattispecie rientri nella disciplina che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori. L'art. 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993 stabilisce che "ai fini della presente direttiva gli appalti pubblici di lavori sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e una amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice"

La seconda parte del periodo contiene, a detta della Sezione, una definizione che non poggia sulle caratteristiche proprie di un tipo contrattuale (in tal senso andrebbe intesa l'espressione, "con qualsiasi mezzo") ma si riferisce a qualsiasi tipo di negozio che contenga nel suo oggetto l'esecuzione di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice.

Da ciò consegue che l'acquisto di cosa futura, quando abbia ad oggetto la compravendita di un immobile da costruire secondo esigenze predefinite dall'amministrazione, dovrebbe rientrare nella disciplina comunitaria sui lavori.

Tale interpretazione, peraltro, sarebbe suffragata dalla disposizione contenuta nella direttiva 50/92/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (art. 1, lettera a) ed esclude, dal proprio ambito di applicazione, i contratti aventi ad oggetto l'acquisizione o la locazione di edifici esistenti, esclusione che secondo una lettura sistematica, si spiegherebbe con il fatto che l'acquisto di edifici non ancora esistenti, non è lasciata alla libera determinazione dei singoli Stati ma disciplinata dall'altra direttiva comunitaria sui lavori.

Ciò comporterebbe che, sotto il profilo civilistico, il contratto di acquisto di cosa futura di un immobile da realizzare secondo le esigenze predefinite dall'amministrazione aggiudicatrice non si trasformi in un contratto d'appalto ma che, al contempo, sotto il profilo pubblicistico, la scelta del contraente debba avvenire secondo le procedure dettate dalla direttiva 93/37/CEE.

Tuttavia, l'ulteriore analisi lungo tale strada, al momento, appare preclusa dalla normativa nazionale, la quale, dettando una disciplina di maggior rigore rispetto a quella comunitaria, restringe il campo dei tipi contrattuali utilizzabili all'appalto ed alla concessione.

4. D'altro canto, i criteri suggeriti dalla terza Sezione, con il ricordato parere n. 596/99 per orientare la scelta dell'amministrazione sul tipo di contratto da utilizzare, non sempre consentono di distinguere con certezza l'ambito di operatività dell'acquisto di cosa futura da quello dell'appalto, e di individuare i presupposti sulla base dei quali quella scelta va operata.

Che l'immobile da acquistare posseda caratteristiche che lo rendano infungibile, in relazione alla sua localizzazione in una specifica zona del territorio, non può essere desunto dalla destinazione urbanistica prevista dal PRG, poiché la localizzazione di opere ed impianti pubblici attiene al contenuto necessario del piano regolatore generale (art. 7, n. 1, 3, 4, della legge 17 agosto 1942, n. 1150) e l'individuazione dell'area sulla quale realizzare l'opera non acquista un rilievo particolare che differenzi la fattispecie dalla generalità degli interventi pubblici nel settore. Per cui, in linea di principio, dalla localizzazione dell'opera nello strumento urbanistico non nasce una limitazione delle opportunità accordate all'amministrazione, nel senso che essa tragga una qualche utilità dall'affidare al proprietario dell'area anche la realizzazione dell'opera, L'Amministrazione può ben

provvedere all'acquisizione dell'area utilizzando gli strumenti di cui alla legge 25 giugno 1865, n. 2359, ed alle altre leggi che disciplinano l'espropriazione per pubblica utilità, per poi procedere alla realizzazione dell'opera secondo le regole di cui alla legge n. 109 del 1994. Anzi l'unico a trarre giovamento dalla scelta di procedere mediante l'acquisto di cosa futura è il proprietario dell'area, giacché in tal modo costui è posto in grado di trattare con l'amministrazione senza doversi sottoporre a procedimenti di scelta fra vari concorrenti.

In assenza di un criterio discriminatore di carattere oggettivo, la scelta del tipo contrattuale resterebbe affidata alla valutazione costi-benefici, il che, in altri termini, sta a significare al prudente apprezzamento dell'amministrazione, la quale in definitiva sarebbe arbitra nel decidere se applicare o meno la legislazione sui lavori pubblici e quindi arbitra di decidere – per le opere pubbliche di media rilevanza, qual è quella in esame – se sottostare o no alla concorrenza comunitaria.

Se così fosse, concludono le osservazioni della Sezione Prima, sfuggirebbe il senso dell'integrazione operata dall'art. 3, comma 3, della legge 18 novembre 1998, n. 415, che, proprio nel momento in cui vengono attenuate, in considerazione delle mutate condizioni economiche del paese, le rigidità della riforma contenuta nella legge n. 109/94, ha voluto premettere al comma 1 dell'art. 19 della legge quadro l'affermazione che “i lavori pubblici... possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici”.

La Commissione speciale, cui il quesito era stato deferito con decreto del Presidente del Consiglio di Stato del 27.9.1999 nell'adunanza del 4 novembre 1999 ha ritenuto che il quesito medesimo andava a sua volta sottoposto all'Adunanza Generale del Consiglio di Stato, trattandosi di questione di massima di particolare rilevanza, sulla quale, per di più, non si registra orientamento univoco della giurisprudenza.

5) Venendo all'analisi comparativa delle varie posizioni emesse in seno al Consiglio di Stato, meritano anzitutto attenta riflessione alcune affermazioni contenute nel citato parere n. 596/99, della Sezione Terza, le quali, partendo dal presupposto che le persone giuridiche pubbliche hanno la stessa capacità di quelle private e sulla base di dati normativi non recenti, ammettono il ricorso all'istituto della vendita di cosa futura, pur circondandolo di una serie di cautele tese a limitarne il pericolo di un uso distorto o simulato.

Sul punto della condizione di autonomia contrattuale del soggetto pubblico, in linea generale pare opportuno ricordare preliminarmente che la capacità giuridica degli enti pubblici si manifesta sempre attraverso norme primarie e secondarie che la finalizzano e la funzionalizzano secondo fasi procedurali tese ad assicurare il perseguimento degli interessi generali. Correlativamente, la capacità negoziale dell'amministrazione si

sviluppa nell'ambito di ciò che illustre dottrina denominò come struttura procedimentale qualificante il contratto come ad evidenza pubblica.

Segno tangibile di questo particolare modo di essere della capacità soggettiva pubblica sono, oltre che i tradizionali riferimenti normativi in tema di norme di contrattualistica pubblica (cfr. art. 3 R.D.n.2440/1293 e art.37 R.D. n.827/1924; art.1 L. n.14/1973; e le altre norme che fissano le modalità per l'esercizio del potere di contrattare), anche recenti interventi legislativi, che configurano la generale capacità, in astratto illimitata, come semplice presupposto per l'esercizio di un potere di agire conformato in modo speciale.

Basterà ricordare, per tutti, l'art. 12 della L. n. 498/1992, secondo cui le province e i comuni possono, per l'esercizio di servizi pubblici e per la realizzazione delle opere necessarie al corretto svolgimento del servizio nonché per la realizzazione di infrastrutture ed altre opere di interesse pubblico, che non rientrino, ai sensi della vigente legislazione statale e regionale, nelle competenze istituzionali di altri enti, costituire apposite società per azioni, anche mediante gli accordi di programma di cui al comma 9, senza il vincolo della proprietà maggioritaria di cui al comma 3, lettera e), dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, e anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 9, primo comma, lettera d), della legge 2 aprile 1968, n. 475. Nell'esercizio di tale facoltà, tuttavia, gli enti interessati provvedono alla scelta dei soci privati e all'eventuale collocazione dei titoli azionari sul mercato con procedure di evidenza pubblica.

In tale contesto di teoria generale vanno esaminate le normative speciali e le opinioni giurisprudenziali che trasfondono nell'ambito della contrattualistica pubblica l'istituto della vendita di cosa futura di cui all'art. 1472 cod. civ..

Quanto alle prime esse sono le seguenti.

L'art. 4 della L. 13.6.1962 n. 855, relativa all'acquisto di immobili a fini di investimento dei fondi patrimoniali degli istituti previdenziali amministrati dalla speciale Direzione Generale del Min. Tesoro, il quale prevede che l'acquisto di fabbricati su progetto è consentito solo nel caso di immobili, il cui prezzo, per area e costruzione, non sia inferiore, nel complesso, a lire 1.200.000.000, e sempre che la parte offerente sia già proprietaria dell'area e che l'acquisto sarà regolato dalle norme del Codice civile sulla compravendita di cose future.

L'art. 4 della L. 17.2.1987 n. 80 (norme di accelerazione per l'esecuzione di oo. pp.) il quale dispone, a sua volta, che gli enti pubblici individuati dalla legge 20 marzo 1975, n. 70, per

gli acquisti di immobili in corso di costruzione o su progetto, sono tenuti ad osservare le disposizioni di cui agli articoli 3 e 4 della citata legge n. 855/1962.

Si tratta, tuttavia, ad avviso dell'Adunanza Generale, di normative non idonee, di per sé, a legittimare la possibilità del ricorso potenzialmente illimitato ed indiscriminato al tipo contrattuale in esame, in quanto riferite a settori speciali ed a soggetti pubblici determinati.

La legge n. 855 riguarda non già l'esecuzione di opere pubbliche ma esclusivamente gli investimenti immobiliari, a fini lucrativi, degli Istituti di previdenza e limita il ricorso alla compravendita di cose future a particolari tipi di immobili, suscettibili, per le loro caratteristiche dimensionali, di essere proficuamente utilizzati sul mercato delle locazioni, al fine di produzione di reddito. La specialità della legge in questione è, poi, confermata dall'art. 5 della stessa, che in deroga ai principi in tema di contrattualistica pubblica, facoltizza i predetti Istituti di Previdenza al ricorso "in ogni caso" alla trattativa privata tenuto conto della particolare natura dei contratti stessi. E', dunque, la tipologia contrattuale a condizionare, eccezionalmente, il procedimento di scelta del contraente. La legge n. 80/1987, a sua volta, si riferisce ai soli enti pubblici diversi dalle altre amministrazioni ed il riferimento alla legge n. 855 ne evidenzia il contenuto procedimentale e non sostanziale.

Si tratta, in definitiva, di normativa speciale e settoriale insuscettibile, come tale, di assurgere a regola generale legittimante la possibilità di stipulazione del contratto a scelta discrezionale dell'amministrazione.

Quanto alle seconde, si è sviluppato recentemente, soprattutto in seno alla magistratura contabile, un atteggiamento di forte sfavore per l'uso di tale istituto privatistico da parte di pubbliche amministrazioni, atteggiamento in buona parte condiviso dall'Adunanza.

La Corte dei Conti infatti - in sede di controllo degli atti relativi all'acquisto di immobili da parte dell'amministrazione delle Finanze, comunemente noto come scandalo dei "palazzi d'oro", che, secondo l'accurata e minuziosa ricostruzione dello stesso giudice contabile, è costato alla collettività quasi ottocento miliardi per l'acquisto, da parte del Ministero delle Finanze, di numerosi complessi immobiliari ancora in costruzione o da ultimare per renderli agibili all'uso - andando parzialmente in contrario avviso a taluni suoi precedenti (Sez. Contr. Stato, 3.3.1992 n. 16), ha dichiarato che il contratto di vendita di cose (o case) future è nullo perché comporta una serie di procedure atipiche che inducono a ritenere che il sistema prescelto sia in realtà rivolto a dissimulare un contratto d'appalto, con finalità, o quantomeno risultati, elusive della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche [sez.. Stato, 24.11.1995 n. 150].

Il giusto presupposto e rilievo esiliato da cui muove il Giudice contabile, e cioè l'utilizzazione in concreto dell'istituto contrattuale come strumento per il raggiungimento di finalità illecite rilevate anche in sede penale, porta tuttavia, ad avviso dell'Adunanza, a conclusioni non condivisibili sul piano astratto dei principi, quale la declaratoria di nullità, sempre e comunque, della compravendita di cosa futura: conclusione, che, peraltro, oltre a non apparire coerente con la previsione degli artt.1414 e 1415 (inefficacia – inapplicabilità del contratto simulato e non nullità), neppure appare condivisa da quanti, animati dalle medesime preoccupazioni di uso distorto dell'Istituto, non ne propugnano l'abolizione, ma la sua riconduzione nell'ambito della disciplina sugli appalti pubblici.

D'altronde, rileva ancora l'adunanza, pur ad ammetterne in astratto l'ammissibilità, il ricorso alla vendita di cosa futura non può non ritenersi eccezionale in ogni caso, solo che si consideri che esso, per sua natura, presuppone, di norma, l'espletamento della procedura negoziata (si vedano al riguardo le osservazioni della relazione dell'amministrazione riferente a pag. 2). Tale considerazione trova ulteriore conforto anche nella più recente normativa in tema di trattativa privata.

Basterà ricordare, al riguardo, l'art. 24 della L. n. 109/1994, disciplinante le ipotesi di affidamento dei lavori secondo procedure negoziate, il quale dispone che il ricorso ad esse è ammesso per i soli appalti di lavori pubblici esclusivamente nei seguenti casi:

a) lavori di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato e, in particolare, dell'articolo 41 del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, (il quale a sua volta fissa limiti e condizioni per procedersi alla trattativa privata); b) lavori di importo complessivo superiore a 300.000 ECU, nel caso di ripristino di opere già esistenti e funzionanti, danneggiate e rese inutilizzabili da eventi imprevedibili di natura calamitosa, qualora motivi di imperiosa urgenza attestati dal dirigente o dal funzionario responsabile del procedimento rendano incompatibili i termini imposti dalle altre procedure di affidamento degli appalti ; c) appalti di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU, per lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e superfici architettoniche decorate di cui alla legge 1° giugno 1939, n. 1089, e successive modificazioni.

Il comma 2 dispone, ancora, che gli affidamenti di appalti mediante trattativa privata sono motivati e sottoposti a particolare regime di pubblicità e controllo diffuso, tramite comunicazione all'Osservatorio dei LL.PP. dal responsabile del procedimento, con contestuale ostensione in libera visione di chiunque lo richieda .

Il disfavore per la trattativa privata (per cui v. anche art. 9 d. lgs. n. 406/1991, art. 7 d. lgs. n. 157/1995; art. 13 d. lgs. n. 158/1995; art. 9 d. lgs. n. 358/1992) trova, dunque, motivi recenti di conferma e di rafforzamento rispetto alla tradizione del nostro ordinamento: basti ricordare che l'art. 37 del R.D. n. 827/1924 impone che tutti i contratti dai quali derivi entrata o spesa dello Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti, eccetto i casi indicati da leggi speciali e quelli previsti nei successivi articoli.

Anche l'art. 3 comma 2 del R.D. n. 2440/1923 evidenzia un siffatto disfavore, disponendo che i contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata a giudizio discrezionale dell'amministrazione.

6) Per converso, neppure è agevole ipotizzare una riconduzione generalizzata dell'istituto della compravendita di cosa futura nell'ambito della legislazione sugli appalti di opere pubbliche, la quale, infatti, parla di "esecuzione" cui si "provvede mediante contratti" (art. 319, 321, L. 2248/1865325; art. 1 R.D. n. 422/1923). Di "esecuzione" parla anche l'art. 4 comma 1 del d. lgs. n. 406/1991, attuativo della direttiva CEE 89/440, nonché l'art. 3 comma 3 del d. lgs. n. 157/1995. Di "realizzazione di lavori" parla l'art. 7 del d. lgs. n. 158/1995. Anche la terminologia del legislatore tende, dunque, a sottolineare la differenza di struttura e funzione che corre tra il tipo appalto ed il tipo vendita, ripetutamente sottolineata da dottrina e giurisprudenza.

Il contratto d'appalto in genere, come disegnato dagli artt. 1655 e seg. cod. civ., si caratterizza, rispetto ad altri tipi contrattuali (come, ad es., la compravendita, il mandato, la somministrazione), per avere un oggetto complesso, costituito da un fare accompagnato da un risultato determinato. Questa osservazione deriva dalla definizione del citato art. 1655 C.C., che individua "la prestazione dedotta" (1349 C.C.) nella figura dell'appalto nel lavoro dell'appaltatore, considerato come mezzo per raggiungere una realizzazione finale in cui si risolve con soddisfazione il fine economico del creditore della prestazione. Con la conseguenza che l'opera di cui parla la norma non è soltanto il bene funzionalmente compiuto di cui all'art. 812, comma 1, cod. civ. o l'opera di cui agli artt. 934 e seg. stesso codice, ma tutto ciò che costituisce il risultato di un'attività di elaborazione e trasformazione della materia, scaturente nella creazione di un bene giuridico qualunque esso sia, a prescindere, cioè, dalla sua indivisibilità e complessità. In altri termini oggetto dell'appalto è il risultato dell'attività, che può essere anche una parte di un bene complesso, seppure a questo collegata da rapporti di pertinenza o accessorietà o, addirittura, un risultato di lavori che bene in senso giuridico propriamente non è, come la manutenzione [Cons. St., sez. V, 4.10.1994 n. 1101 e 1102, che sul punto ha annullato le sentenze nn. 229 e 550 del 1990 della sez. I del TAR Lazio; v. anche, per la manutenzione, la voce 501.5 dell'allegato XI alla direttiva 38 ed al d. l. vo 158].

La rilevanza – rispetto al "dare" della vendita ed all'irrilevanza sul piano sinallagmatico di rischi, iniziative, spese, attività del venditore (cfr. Cass., 26/4/1984 n. 2626) - dell'elemento

facere, che vale a connotare il complessivo elemento oggettivo del contratto d'appalto, si desume anche dalla legislazione speciale di diritto amministrativo, dove si usano, e non solo come sinonimi, entrambi i termini di "opera" e di "lavori". Basterà, al riguardo, ricordare:

- gli artt. 322,323, 325, 326, 327, 328 della legge n. 2248/1865 all. F;

- gli artt. 9, 13, 16, 44, 45, 66, 91 R. D. n. 350/1895;

- gli artt. 2, comma 4, 8, comma 2, 19,20, 23 R. D. n. 422/1923;

- gli artt. 4 e 11 R.D. n. 2440/1923;

- l'art. 36 R. D. n. 827/1924;

- gli artt. 12, 13, 14, 29, 38 DPR n. 1063/1962;

- l'art. 4 del d. lgs. n. 406/1991;

- l'art. 2 della L. n. 109/1994.

La rilevata tendenza della legislazione nazionale ad un uso apparentemente promiscuo (e tuttavia non sempre intercambiabile) dei due termini (v., ancora, art. 19, commi 1 e 2, legge 109/94) trova poi correlazione nella normativa comunitaria. L'art. 1, lettera a) della direttiva 93/37 nel qualificare l'oggetto dell'appalto pubblico di lavori lo individua, rispettivamente ed alternativamente, nella esecuzione o esecuzione e progettazione di "lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II oppure di un'opera di cui alla lettera c) dello stesso articolo ("risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica"). La direttiva lavori pubblici, quindi, non solo usa entrambi i termini di "lavori" ed "opere", ma li tiene distinti come possibili oggetti alternativi e separati di un'unica figura contrattuale di appalto. Se, poi, si va ad esaminare l'allegato II della stessa direttiva, cui rimanda il citato art. 1, si vede che nell'elencazione delle attività, inerenti al settore del Genio civile, in cui consistono i

"lavori", troviamo una serie di risultati del lavoro, che non hanno la consistenza di opera come sopra ricordata: sterro e miglioramento del terreno, opere d'arte in superficie e sottosuolo, come ponti, gallerie, pozzi etc., altre attività di genio civile.

Ciò sta a significare, ad avviso dell'Adunanza, che elemento caratteristico ed essenziale dell'appalto è l'elemento dinamico del lavoro, rispetto al quale l'elemento statico rileva solo come prodotto finale o risultato del primo, connesso all'interesse economico sostanziale di una delle due parti.

Nella vendita, al contrario, l'elemento essenziale e qualificante del negozio è il trasferimento di un diritto reale di una cosa e l'oggetto del contratto è un dare. Pertanto, nella vendita di cosa futura, che si differenzia dalla figura generale per gli effetti meramente obbligatori che esso produce, l'eventuale attività di produzione, esecuzione e realizzazione del bene immobile da parte del venditore appartiene, come già si è detto, alla sfera interna del venditore medesimo, sul quale grava la cura, il rischio, l'iniziativa e la spesa della costruzione, in ordine alla quale l'obbligazione di fare o non fare affatto, oppure si pone su un piano accessorio e strumentale rispetto all'obbligazione di dare sul quale l'acquirente non svolge di norma alcuna attività di controllo e verifica in corso d'opera [Cass., 9.2.1960 n. 180; 14.4.1961 n. 806; 11.6.1983 n. 4020; 24.1.1992 n. 811; 11.3.1993 n. 2952; 21.11.1997 n. 11643].

L'assenza di un qualsiasi tipo di ingerenza sul processo produttivo teso alla realizzazione del risultato finale è stata, d'altronde, evidenziata anche da questo Consiglio, con riferimento ad altri tipi contrattuali, quale il leasing finanziario per l'acquisizione di beni (nella specie elicotteri): Sez. III, par. 10/5/1994 n. 899.

Rispetto a tale consolidata distinzione tra i due tipi contrattuali non sembra che la normativa comunitaria ed interna di recepimento abbia apportato sostanziali modificazioni, nel senso di avere cancellato, per assorbimento nel tipo concessorio, la compravendita di cose future, poiché quando parla di "esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera" (art. 4 d. lgs. 406, art. 1 dir. CEE n.37/93) la norma sembra volersi riferire non a qualsiasi tipo contrattuale, ma solo a quelli in cui l'oggetto principale contrattuale rimanga pur sempre un "lavoro" (v. art. 3 comma 3 d. lgs. n. 157/1995 fare, secondo l'intento empirico perseguito dalle parti.

Il mantenimento dell'elemento dinamico del fare quale oggetto specifico dei tipi contrattuali rientranti nella disciplina sui lavori pubblici si ritrova, poi, anche nella legge n. 109, la quale individua il proprio ambito di applicazione nelle attività, tra le altre, di costruzione di opere ed impianti alle quali si provvede esclusivamente mediante contratti d'appalto o di concessione (art. 1, commi 1 e 5 bis e art. 19 comma 1).

Ritiene pertanto l'Adunanza, in punto di diritto, che l'istituto della compravendita di cosa futura non sia stato espunto dall'ordinamento con il sopravvenire della più recente legislazione sui lavori pubblici, salvo, poi, verificare se, in concreto, l'amministrazione abbia stipulato un contratto di vendita o di appalto: verifica che tuttavia va svolta sul piano del merito, secondo i criteri di rilevazione (intento delle parti, obbligazioni dedotte, etc.) elaborati dalla giurisprudenza, i quali non intaccano ma anzi presuppongono la distinzione giuridica fra tipi negoziali giuridicamente ammissibili (cfr. per tutte Cass., 17/6/1977 n. 2519).

7) Ciò non significa che non restano, tuttavia, valide e condivisibili le preoccupazioni in merito al possibile abuso del ricorso a tale forma di contrattazione per l'acquisizione di un'opera pubblica, di cui già si è detto a proposito delle osservazioni della Sezione prima di questo Consiglio di Stato e della Corte dei Conti; preoccupazioni che hanno precedenti puntuali nell'esperienza giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 4/11/1994 n. 1257) e che hanno trovato vasta eco anche nell'ampio e approfondito dibattito sorto in seno all'Adunanza.

Tali preoccupazioni, tuttavia, non possono risolversi ad avviso della stessa Adunanza nell'eliminazione di una forma giuridica (quella della compravendita di cosa futura), che mantiene intatte le sue caratteristiche nella sua perdurante vigenza giuridica, ma, più semplicemente, possono ricondursi alla necessità di apposizioni di rigorosi limiti esterni ed interni al potere di contrattare in quella stessa forma, in base ai principi generali già ricordati a proposito dell'autonomia negoziale dei soggetti pubblici. La discussione sviluppata in sede di Adunanza ha messo in evidenza proprio questo dato: l'abuso del diritto, come già rilevato dalla dottrina privatistica, è un problema di controlli e limiti sulla quantità e modalità di esercizio, di difformità tra i motivi dell'agire e le ragioni di tutela legislativa dell'azione; esso, pertanto, non può condurre al divieto del diritto medesimo, o, quel che è lo stesso, alla sua riconduzione a schemi legali, che ne renderebbero inapplicabili le caratteristiche strutturali e dinamiche e si risolverebbero nella sua soppressione di fatto.

In altri termini, sembra tuttora ammissibile il ricorso alla compravendita di cosa futura, ma solo nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da "realizzare" o, meglio, da acquisire, costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, (cfr. par. sez. III, n. 596/99) ovvero un "unicum" non acquisibile in altri modi [cfr. TAR Lazio, sez. II, 12.11.1993 n. 1390], ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell'interesse pubblico.

Discende, da tale impostazione, che tra le due ipotesi estreme di liberalizzazione del negozio di vendita e di sua riconduzione sic et simpliciter nell'ambito della disciplina degli appalti pubblici, possa ritenersi che l'esperibilità della vendita di cosa futura sia in

astratto ammissibile ma in concreto condizionata dalla ricorrenza di situazioni eccezionalissime e delle condizioni già in parte individuate dal citato parere n. 596/99, le quali possono anzitutto riassumersi nella necessità - dettata dalla finalità di evitare intenti elusivi del principio tendenziale e generale del procedimento d'appalto – che l'amministrazione valuti preventivamente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione delle opere pubbliche e, ove ne verifichi la non praticabilità in relazione a specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, scelga di acquisire l'immobile secondo il meccanismo della compravendita.

8) In altri termini, e per esplicitare ancora meglio i rigorosi e angusti limiti entro i quali va circoscritta la possibilità del ricorso all'istituto contrattuale in parola, l'amministrazione, sulla base di una puntuale, completa e trasparente attività istruttoria, dovrà dare conto di una serie complessa di accertamenti e valutazioni, il cui rispetto non può non incidere sulla legittimità della scelta discrezionale di addivenire alla formalizzazione del tipo contrattuale in parola.

Di tali attività istruttorie può fornirsi il seguente schema procedimentale paradigmatico, che può articolarsi su tre livelli:

A) istruttorio

A.1- Individuazione preliminare delle effettive esigenze funzionali, che debbono essere soddisfatte dal bene che si va ad acquistare. Tale processo ricognitivo dev'essere svolto con riferimento a tre concorrenti elementi: quantitativo, qualitativo e temporale.

I bisogni dell'amministrazione vanno rigorosamente e documentalmente enunciati, al di là di vuote formule stereotipate, attraverso l'indicazione dei tipi di attività da svolgere, della consistenza di tali attività, dei tempi entro i quali si devono raggiungere livelli ottimali di funzionalità sotto i rilevati profili.

Tale accertamento preventivo andrà svolto sulla base di un duplice criterio: diagnostico, con riferimento ai compiti già gravanti sulle amministrazioni e prognostico, con riferimento alle nuove o maggiori attribuzioni cui si prevede di dovere fare fronte, per sopravvenienze normative, sociali, demografiche, ambientali, etc..

A.2- Verifica che le predette esigenze possano essere adeguatamente soddisfatte unicamente da beni dotati di ben individuate caratteristiche strutturali e topografiche.

Così, ad esempio, se per l'attività di prevenzione e soccorso si prevede di dover usare mediamente un certo numero di automezzi, una certa quantità di personale, di dover intervenire più frequentemente in una certa parte del territorio, l'edificio da acquistare dovrà essere dotato di un numero adeguato di locali per il ricovero e l'alloggiamento di mezzi e uomini, localizzato in un'area dalla quale risulti il più agevole possibile raggiungere le zone di più frequente intervento, etc..

A.3- Accertamento negativo della mancanza di immobili di proprietà pubblica già esistenti nelle aree interessate, che possano essere proficuamente utilizzati, seppur con eventuali interventi di manutenzione e ristrutturazione di esecuzione non eccessivamente difficoltosa o dispendiosa.

A.4 All'esito delle predette ricognizioni si dovrà verificare ulteriormente l'esistenza di un'area o di aree inedificate private motivatamente ritenute idonee all'uso pubblico secondo la verifica sub A2, che le rendano "infungibili" rispetto ai bisogni dell'amministrazione. Infungibilità, che dev'essere intesa in senso assoluto (ad es.: unica area inedificata all'interno di un territorio già densamente edificato ad alta concentrazione criminale e sul quale vada operata un'azione capillare e continua di prevenzione e repressione).

Il concetto di infungibilità va correlato, tra l'altro, a quello di conformità della struttura da realizzare con le previsioni urbanistiche di zona, secondo un accertamento preventivo che non lasci spazio ad ipotesi alternative da determinare in sede di trattative, come quella del ricorso al procedimento derogatorio delle prescrizioni e vincoli urbanistici di cui all'art.81 del DPR n.616/1977, peraltro incompatibili, per presupposti e struttura, con la vendita di cosa futura (cfr. C.Conti, sez. contr. Stato, 19/9/1995 n.121).

A.5- Puntuale valutazione del rapporto costi benefici, mettendo a confronto le utilità complessivamente ricavabili dal ricorso alla compravendita, rispetto a quelle conseguibili ricorrendo agli ordinari e normali procedimenti di realizzazione dell'opera: acquisizione coattiva dell'area e affidamento mediante contratto d'appalto.

Tale comparazione è, naturalmente, ad oggetto plurimo, non risolvendosi esclusivamente in un mero apprezzamento economico ma coinvolgendo tutti gli aspetti dell'intervento (tempi, garanzie, affidamento, etc).

A.6- 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.

A.7 Titolo di proprietà dell'area acquisito dal venditore in epoca non sospetta rispetto alla determinazione dell'amministrazione di munirsi del bene. Ciò, evidentemente, al fine di evitare che l'acquisto del terreno sia finalizzato alla preconstituzione di una sorta di titolo di prelazione di fatto, rispetto ad altri potenziali offerenti o concorrenti.

B- Sul piano procedimentale è da osservare quanto segue:

B1- Nel caso di localizzazione del terreno (su cui realizzare l'edificio) non di natura puntuale ed esclusiva ma riferibile ad una zona, più o meno vasta con pluralità di proprietari dei vari lotti in ivi ricompresi, sussiste la necessità, in linea di massima, di garantire una preventiva gara informale, onde limitare il pericolo di favoritismi o collusioni tra privato e p.a.

B.2 Una volta che l'accurata istruttoria ricondotta secondo le indicazioni sub A faccia ritenere preferibile il ricorso alla vendita di cosa futura, dovrà rispettarsi lo schema normativo di tali tipo contrattuale anche al fine di non provocare confusioni, in sede interpretativa con altre figure negoziali.

In particolare l'amministrazione dovrà predisporre un progetto di contratto, che tenga luogo, quanto a finalità, di quello che nel contratto di appalto è il progetto del lavoro o dell'opera: puntuale indicazione di tutte le caratteristiche del bene futuro in relazione alle sue finalità, secondo uno schema che ricalchi, tendenzialmente, i contenuti descrittivi di un progetto definitivo, al fine di evitare aggiustamenti, variazioni e modifiche tra il momento della stipulazione e quello di trasferimento del bene, con conseguente esaustiva determinazione degli obblighi del venditore. Ciò al fine di delimitare preventivamente e con adeguata approssimazione l'ambito delle garanzie di cui agli artt.1490 e seg. c.c.

B.3- Sempre al fine di ricondurre lo schema contrattuale nel tipo legale, dovranno evitarsi clausole di comportamento che possano far confondere la figura dell'amministrazione acquirente con quella di un'amministrazione appaltante.

Pertanto, dovrà evitarsi il riferimento ad attività progettuali in senso proprio poste in essere, preventivamente, dall'amministrazione, le quali ove eventualmente effettuate rileveranno non come oggetto contrattuale ma solo come parametro interno all'amministrazione per determinare le caratteristiche oggettive richieste all'immobile futuro secondo quanto già rilevato sub.B2.

C- Sul piano negoziale infine, cioè nella fase di esecuzione del rapporto ormai instaurato, dovranno evitarsi comportamenti che generino confusione sul ruolo dell'amministrazione, come soggetto cioè che assuma i comportamenti di un reale acquirente e non di un dissimulato appaltante

L'amministrazione cioè dovrà astenersi da ogni ingerenza sul processo di produzione del bene, limitandosi soltanto a quelle attività eventuali di verifica collaborazione in corso d'opera, insite nelle clausole generali della buona fede, correttezza e diligenza, che tuttavia non trasmodino in forme di compartecipazione nelle cure, rischi, iniziative, e spese che restano tutte di competenza esclusiva del venditore.

Come è agevole capire, non si tratta di una serie di regole esaustive, ma di semplici criteri di orientamento per amministratori onesti e diligenti, il cui operato sia ispirato ai principi costituzionali del buon andamento, della trasparenza, dell'efficienza ed economicità, della responsabilità personale del pubblico funzionario.

Dai predetti criteri tendenziali emerge, all'evidenza, come il ricorso all'istituto, tipico e non confondibile, della vendita di cosa futura costituisce ipotesi specialissima e marginalissima, i cui presupposti e contenuti non si ravvisano nel caso concreto portato all'esame dell'Adunanza.

Pur nella scarsità documentale che caratterizza la relazione dell'amministrazione, non risulta che il progettato acquisto della nuova caserma dei VV.FF. di Latina risponda agli enunciati requisiti di ammissibilità.

In particolare , basti rilevare che:

a) manca la specifica indicazione delle ragioni per le quali l'area di proprietà del venditore è stata dichiarata "in posizione favorevole per l'esercizio del servizio di istituto", non apparendo certo sufficiente il riferimento generico alla ubicazione "periferica" dell'area, senza precise indicazioni, ad esempio, sullo stato della viabilità e delle linee di collegamento necessarie per i più rapidi spostamenti verso l'abitato e verso le zone di intervento esterne ad esso;

b) manca ogni documentata valutazione comparativa tra costi e benefici, con riferimento all'ipotesi alternativa del ricorso alla procedura espropriativa ed all'affidamento dei lavori mediante gara pubblica;

c) manca ogni riferimento all'assoluta infungibilità dell'area rispetto alle esigenze funzionali dell'amministrazione;

d) manca ogni riferimento all'esistenza o meno di altre aree con analoghe caratteristiche ubicazionali tenuto conto delle previsioni urbanistiche;

e) manca ogni riferimento alle "garanzie di affidabilità del contraente" soltanto genericamente richiamate nelle relazione ministeriale del 2/2/99;

f) si fa riferimento ad un "progetto esecutivo" elaborato congiuntamente tra venditore ed amministrazione (vedi lettera del venditore in data 15/12/97) con la conseguente assunzione da parte dell'amministrazione di oneri, attribuzioni e competenze tipiche di una stazione appaltante;

g) manca ogni indicazione e dimostrazione delle "caratteristiche di funzionalità" che deve possedere il futuro immobile soltanto genericamente richiamate nella nota ministeriale del 29/12/97.

Tanto basta per far ritenere impraticabile nella specie il ricorso all'istituto della vendita di cosa futura.

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni l'Adunanza Generale rende il richiesto parere:

Per estratto dal verbale

IL SEGRETARIO GENERALE

Visto

IL PRESIDENTE