



Oggetto

.....OMISSIS..... – Partenariato Pubblico Privato con cessione di immobile a titolo di corrispettivo per la realizzazione di un'opera pubblica - art. 202 d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-0208-2025

FUNZ CONS 57/2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 8 ottobre 2025 acquisita al prot. Aut. n. 130207, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 3 febbraio 2026, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione comunale comunica l'intenzione di avviare un Partenariato Pubblico Privato (PPP), da affidare con procedura aperta e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la realizzazione dell'opera denominata "Miglioramento del Lungomare". Si tratterebbe di un PPP ad iniziativa pubblica (basato su uno studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione) nell'ambito del quale sarebbe prevista, quale forma di remunerazione per il privato, il trasferimento in favore dello stesso della proprietà di un terreno incluso nel Piano delle Alienazioni 2025 (terreno con superficie di mq 19.1990 e con destinazione 70% turistica e 30% residenziale). Il privato si impegnerebbe, invece, a realizzare l'opera pubblica sopra indicata unitamente ad interventi aggiuntivi/migliorativi atti a coprire l'eccedenza di valore del terreno, conferendo, inoltre, all'Amministrazione comunale una percentuale dell'utile di vendita degli appartamenti/strutture residenziali che saranno realizzati sul terreno ceduto, secondo la quantificazione che risulterà dal PEF. L'opera pubblica realizzata dal privato, successivamente al collaudo, sarebbe gestita dal Comune.

A parere della richiedente, tutti i rischi dell'operazione descritta sarebbero posti a carico del privato aggiudicatario della gara (rischio tecnico, operativo, amministrativo e finanziario), rappresentando inoltre che il terreno pubblico sarebbe ceduto in proprietà allo stesso per lo sviluppo privato dell'area (costruzione di albergo e residenze), senza previsione della successiva gestione dell'opera pubblica da parte del privato, né della retrocessione degli immobili residenziali al Comune.

Per quanto sopra, l'Amministrazione comunale chiede all'Autorità di fornire indicazioni in relazione ai seguenti aspetti applicativi dell'art. 202 del d.lgs. 36/2023: (i) se un'operazione che rientra nello schema di cui all'art. 202 possa qualificarsi come Partenariato Pubblico Privato ai sensi del Codice, pur in assenza di un contratto di Concessione (ex artt. 182 e ss.) e, in particolare, senza la previsione di un termine di retrocessione degli immobili

(appartamenti/albergo) realizzati sul terreno ceduto, configurandosi questi come corrispettivo a fronte di opere pubbliche realizzate dal privato, che soddisfa la condizione di trasferimento del rischio operativo in capo allo stesso (inclusi rischio tecnico di realizzazione e rischio operativo di vendita); (ii) se sia ammissibile una remunerazione “mista” per la Pubblica Amministrazione (a fronte del suindicato trasferimento di proprietà dell’immobile pubblico) che includa, oltre alla realizzazione dell’opera del miglioramento del Lungomare e degli interventi aggiuntivi/migliorativi da parte del privato aggiudicatario della gara, anche (secondo quanto indicato in sede di OEPV e PEF) il riconoscimento in favore della stessa, di una quota dell’utile di vendita degli appartamenti residenziali realizzati sul terreno ceduto, ai fini delle realizzazione di opere aggiuntive sullo stesso sito (come indicate nel progetto da presentare in sede di offerta).

Preliminarmente sul quesito posto sembra utile richiamare l’avviso espresso dall’Autorità in tema di cessione di immobili pubblici in cambio di opere, nel parere di funzione consultiva n. 27/2024, nel quale è stato osservato (tra l’altro) che secondo le previsioni del previgente d.lgs. 50/2016, la possibilità di sostituire in tutto o in parte il corrispettivo dell’affidatario di un contratto pubblico, con beni immobili appartenenti all’amministrazione aggiudicatrice, è stata prevista esclusivamente nell’ambito della disciplina dedicata ai contratti di partenariato pubblico-privato e non più, in via generale, anche per il contratto d’appalto (come invece nel d.lgs. 163/2006). La relativa disciplina, contenuta nell’art. 191 (Cessione di immobili in cambio di opere) del predetto Codice, infatti, è stata collocata nella Parte IV (*Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento*), Titolo I del Codice, dedicata al partenariato pubblico privato (anche l’art. 165, riferito al contratto di concessione, ha previsto la possibilità, per l’amministrazione aggiudicatrice, di ricorrere alla cessione di immobili a titolo di prezzo, se funzionale al mantenimento dell’equilibrio economico-finanziario dell’operazione; disposizioni in tal senso sono dettate anche dall’art. 180, comma 6 del medesimo Codice).

Con previsione analoga a quella contenuta nell’art. 191 del d.lgs. 50/2016, pur con alcune novità, il d.lgs. 36/2023 disciplina lo schema negoziale in esame all’art. 202 (*Cessione di immobili in cambio di opere*), collocandolo (come il previgente Codice) nell’ambito della disciplina dettata per il Partenariato pubblico-privato, nel Libro IV, Parte V.

La nuova disposizione dell’art. 202 citato, nella versione modificata dal d.lgs. 209/2024, stabilisce quindi che «1. Il bando di gara, redatto anche tenendo conto dei bandi-tipo predisposti dall’ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l’Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, può prevedere: a) a titolo di corrispettivo, totale o parziale e sulla base del loro valore di mercato, il trasferimento all’operatore economico o, quando questi vi abbia interesse, a terzi da lui indicati, in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, della proprietà di beni immobili dell’ente concedente, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell’avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale; b) il trasferimento della proprietà in un momento anteriore a quello della fine dei lavori, previa garanzia fideiussoria pari al valore dell’immobile, da prestarsi nei modi previsti dal codice per la partecipazione alle procedure di affidamento; la fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva».

Come evidenziato nella Relazione Illustrativa del d.lgs. 36/2023, «La norma snellisce le previsioni dell’attuale art. 191, che appaiono sovrabbondanti segnatamente per quanto attiene ai commi 2, 2-bis e 3, potendo ridursi la disciplina primaria alla individuazione dei tratti fondamentali di tale schema negoziale, demandando alla autonomia della Amministrazione (bando) e delle parti (contratto), nel solco dei contratti-tipo e dei bandi-tipo ... aspetti di dettaglio, quali ad esempio: le concrete modalità di individuazione degli immobili da cedere, gli uffici competenti a determinarne il valore, le garanzie richieste in caso di traslazione del diritto dominicale in un momento antecedente a quello di ultimazione dei lavori. Il comma 1, lett. a) specifica che – in

caso di cessione dell'immobile ad un soggetto terzo rispetto alla "controparte privata" - vi è necessità che sussista all'uopo l'interesse di essa controparte, configurando il trasferimento ad un terzo un "contratto a favore del terzo", la cui validità presuppone giustappunto l'interesse dello stipulante ai sensi dell'art. 1411, comma 1, c.c. Il comma 1, lett. b) riconosce la particolare rilevanza che assumono le garanzie nella figura negoziale in esame, ove la traslazione del diritto dominicale integra giustappunto il corrispettivo da versare all'operatore; talché, la sua anticipata corresponsione implica ex se la prestazione di idonea garanzia da parte del privato che fruisce di tale *beneficium*».

La versione semplificata della norma, nei termini indicati nel predetto documento, prevede quindi che la disciplina di dettaglio della singola operazione è rimessa all'autonomia dell'ente concedente, da esercitarsi anche sulla base delle previsioni dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione di settore e con il MEF ed entro i limiti previsti dalla norma.

La maggiore autonomia riservata all'Amministrazione, tuttavia, deve essere esercitata entro i confini imposti dalla norma, la quale specifica che (i) gli immobili oggetto di cessione ai privati devono essere di proprietà pubblica ma non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale (ii) ed essere indicati negli atti pianificatori dell'ente, ossia nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di pre-informazione per i servizi e le forniture.

La norma stabilisce, inoltre, in continuità con il previgente assetto normativo di settore, che la cessione dell'immobile possa avvenire in un momento antecedente all'ultimazione dei lavori, previa presentazione di garanzia fideiussoria, anche a favore di terzi indicati dall'affidatario (anche l'art. 177, comma 6, riferito specificamente al contratto di concessione, prevede la possibilità, per garantire l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, di prevedere un intervento pubblico di sostegno, consistente anche nella cessione in proprietà di beni immobili).

Dunque, nel d.lgs. 36/2023 (a differenza del d.lgs. 163/2006, che prevedeva il ricorso all'istituto in esame per gli appalti e per le concessioni), in continuità con l'impostazione del d.lgs. 50/2016, la possibilità per l'ente concedente di trasferire la proprietà di beni immobili per il pagamento totale o parziale dell'affidatario è contemplata nell'art. 202 solo nell'ambito del partenariato pubblico-privato, come si evince dalla collocazione della norma citata nel Libro IV (*"Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni"*), Parte V, dedicata alle *"altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato"*). Pertanto, come osservato nel citato parere Anac n. 27/2024, il legislatore, con la previsione dell'art. 202 del d.lgs. 36/2023, ha escluso il ricorso a tale istituto nell'ambito dei contratti d'appalto.

Ciò che occorre sottolineare ai fini del parere richiesto, è che la norma in esame – secondo il dato testuale della stessa - dispone che il bando di gara può prevedere il trasferimento, all'operatore economico che si impegna ad eseguire opere pubbliche, della proprietà di beni immobili dell'ente concedente (alle condizioni ivi fissate), a titolo di corrispettivo totale o parziale delle predette opere.

Dunque, tali immobili pubblici, valutati in base al loro valore di mercato (come indicato nella norma) devono coprire in via totale o parziale i costi sostenuti dall'operatore economico per la realizzazione di opere pubbliche e non eccedere, in valore, tali costi.

Si ritiene, quindi, che l'interpretazione letterale della norma conduca ad escludere la possibilità, per l'ente concedente, di cedere la proprietà di immobili pubblici, ancorché non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale, che superino in valore i costi necessari per la realizzazione di lavori pubblici a cura dell'operatore economico aggiudicatario della gara.

Così intesa la norma, la fattispecie sottoposta all'attenzione dell'Autorità nella richiesta di parere in esame, sembra presentare profili di non conformità alle disposizioni dell'art. 202 del Codice.

Si osserva, infatti, che secondo quanto rappresentato nell'istanza medesima, nella caso di specie, a fronte della cessione di un immobile ex art. 202 citato, il privato si impegnerebbe a realizzare opere pubbliche (il miglioramento del Lungomare) e interventi aggiuntivi/migliorativi atti a coprire l'eccedenza di valore del terreno, conferendo, inoltre, all'Amministrazione comunale una percentuale dell'utile di vendita degli appartamenti/strutture residenziali che saranno realizzate sul terreno ceduto, secondo la quantificazione che risulterà dal PEF.

Una simile operazione non appare coerente con le previsioni dell'art. 202 del Codice, sotto il duplice profilo (i) del valore dell'immobile ceduto, che risulta eccedente rispetto all'opera pubblica che il privato si impegna a realizzare e (ii) del rischio dell'operazione medesima che, invero, ricadrebbe sulla parte pubblica che, di fatto, non avrebbe certezze in ordine al recupero – mediante l'eventuale vendita dei beni residenziali realizzati dal privato – dell'eccedenza di valore dell'immobile pubblico sopra indicata.

Si ritiene, in sostanza, che dalla controprestazione prevista in favore dell'Amministrazione (esecuzione di opere pubbliche e riconoscimento di una quota di utili derivanti dalla vendita di immobili residenziali realizzati dal privato) a fronte della cessione della proprietà di un immobile pubblico, sembra emergere una copertura dei fabbisogni necessari per la realizzazione dell'intera operazione, per lo più a carico della parte pubblica, in ragione del valore delle aree da cedere che (da quanto indicato nell'istanza di parere) è eccedente, anche in misura rilevante, rispetto a quello delle opere pubbliche che il privato si impegna a realizzare.

Elementi, quelli sopra indicati, che inducono a ritenere non sussistenti, nell'operazione economica che l'Amministrazione richiedente intende porre in essere (come descritta nell'istanza di parere), tutti gli elementi richiesti dall'art. 202 del Codice per il corretto ricorso all'istituto della "cessione di immobili in cambio di opere".

Per quanto sopra, quindi, l'Amministrazione stessa è tenuta ad effettuare un'attenta analisi delle caratteristiche dell'operazione descritta nell'istanza di parere, che non sembrano pienamente coerenti con le disposizioni del citato art. 202 nei termini descritti e a svolgere le opportune valutazioni in ordine ai profili di criticità in precedenza evidenziati.

Sulla base delle considerazioni che precedono, assorbiti gli ulteriori quesiti posti, si rimette all'Amministrazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente