



**REPUBBLICA ITALIANA**

**LA CORTE DEI CONTI**

**SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER IL LAZIO**

*Nella Camera di Consiglio del 29 luglio 2010*

composta dai magistrati:

Vittorio ZAMBRANO	Presidente;
Rosario SCALIA	Consigliere relatore;
Francesco ALFONSO	Consigliere;
Maria Luisa ROMANO	Consigliere;

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e s.m.i.;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20 e s.m.i.;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14/2000 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali" e s.m.i.;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131 e s.m.i.;

Vista la nota n. 4175 del 21 luglio 2010 con la quale la Provincia di Roma ha richiesto un parere riguardante la materia dei contratti pubblici;

Vista l'ordinanza n. 13 del 22 luglio 2010 con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare, tra l'altro, sulla richiesta della Provincia di Roma;

Udito il relatore, dott. Rosario Scalia;

### **PREMESSO**

Il Presidente della Provincia di Roma ha inoltrato alla Sezione, con nota n. 4175 in data 21 luglio 2010, una richiesta di parere riguardo alla legittimità di assumere, a carico del bilancio dell'Ente per l'anno 2010, l'onere di corrispondere a una società di costruzioni a titolo di "caparra confirmatoria", una somma pari al 10% dell'importo complessivo concordato nell'ambito di un contratto di locazione di cosa futura con opzione di acquisto di un immobile da destinarsi a sede unificata della Provincia medesima.

L'Amministrazione ha fatto presente di avere avanzato, in data 15 luglio 2010, identica istanza di parere all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e di avere ricevuto risposta di diniego al rilascio del parere (con nota prot. n. 45278 del 9 luglio 2010) in quanto il quesito non era da ritenere rientrante nella sfera di competenza di tale organismo.

Ciò premesso, per una migliore comprensione della questione proposta dalla Provincia, appare necessario ricostruire la vicenda di cui trattasi nei termini in cui risultano essere stati ampiamente esposti dall'Amministrazione.

Il Presidente della Provincia ha evidenziato che l'Ente, nell'ambito di un procedimento di razionalizzazione del proprio patrimonio immobiliare, ha stipulato nel corso del 2008 un contratto di locazione di cosa futura, contenente specifica opzione di acquisto della stessa, avente ad oggetto un immobile da adibire a sede unica dell'Amministrazione.

Riferisce ancora il suddetto Presidente che, in considerazione del fatto che il contratto di locazione di cosa futura con opzione di acquisto rientra nella categoria dei contratti cosiddetti "*atipici*", la Provincia aveva già richiesto in data 24 ottobre 2006 un parere all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, istituita ai sensi dell'art. 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sulla ammissibilità per l'Amministrazione Provinciale di stipularlo.

La predetta Autorità, con nota prot. 53769/06/PGCS del 5 dicembre 2006, aveva espresso parere favorevole circa la possibilità di adottare lo strumento giuridico individuato per l'acquisizione dell'immobile in questione (contratto di locazione di cosa futura con diritto di opzione per l'acquisto di tutto o in parte dell'immobile con scomputo dei canoni di locazione corrisposti fino a quel momento e con facoltà di recesso totale o parziale prima della scadenza contrattuale), purché fossero rispettate una serie di condizioni, tra cui quella di escludere erogazioni di somme a carico del bilancio dell'Ente in tempi anteriori all'effettivo uso del bene da parte dell'Amministrazione.

A tal riguardo, sempre l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture aveva richiamato l'attenzione sul fatto che essa stessa aveva avuto modo di esprimersi su analoga fattispecie

nella deliberazione n. 105 del 2004, peraltro condivisa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. Sezione V, sentenza 10 gennaio 2005, n. 31) e nella deliberazione n. 29 del 2005, richiamando peraltro le riserve espresse dalla Corte dei conti in alcuni casi sottoposti a controllo preventivo di legittimità (cfr., in particolare, Sez. Contr. Stato 24 novembre 1995, n. 150).

L'Amministrazione provinciale, verificata la sussistenza di quelle condizioni, ha proceduto quindi, in data 16 gennaio 2008, previa deliberazione del Consiglio Provinciale n. 200 del 3 agosto 2007, alla stipula di un contratto di locazione di cosa futura della durata di 12 anni più 6 e, successivamente, in data 19 agosto 2009, ha esercitato, con nota prot. n. 116098 indirizzata alla società costruttrice dell'immobile, l'opzione di acquisto sempre di cosa futura, a seguito di ulteriore deliberazione autorizzativa del Consiglio Provinciale del 30 luglio 2009.

A distanza di circa un anno dalla data di esercizio dell'opzione di acquisto, l'Amministrazione si pone il problema della opportunità di essere adeguatamente garantita in ordine al puntuale adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto stipulato nei termini sopra riportati. E' appunto in tale ottica che l'Amministrazione Provinciale ha individuato, d'intesa con il contraente, lo strumento della caparra confirmatoria, ai sensi dell'art. 1385, cod. civ., nella misura di un importo non superiore al 10% del prezzo di acquisto, da prestarsi dalla Provincia verso una fideiussione bancaria di pari importo, da rilasciarsi da parte della società costruttrice; esso sarebbe stato scelto anche in relazione alla serietà commerciale ed alla accertata solidità patrimoniale del venditore.

Riferisce ancora l'Amministrazione richiedente che, così operando, si verrebbe a trovare nella condizione di esercitare una efficace pressione e persuasione nei confronti del contraente (società impegnata nella costruzione dell'immobile su suolo di proprietà) affinché adempia puntualmente alle proprie obbligazioni nel rispetto dei termini contrattuali, dando, nel contempo, all'Amministrazione tutte le tutele proprie di questo strumento giuridico.

Viene, inoltre, precisato dall'Amministrazione che la fideiussione bancaria da rilasciarsi a cura della società costruttrice sarebbe operante a prima richiesta e senza beneficio di preventiva escussione.

L'Ente ha precisato, infine, che non è stato versato né sarà versato, durante tutto il periodo della esecuzione della costruzione del complesso immobiliare, alcun acconto sul prezzo, il quale verrà corrisposto, invece, solo alla sottoscrizione dell'atto definitivo di acquisto, mentre la somma da corrispondere a titolo di caparra confirmatoria sarà acquisita al bilancio dell'Ente ricorrendo a specifico finanziamento della Cassa Depositi e Prestiti.

### **RITENUTO**

Secondo un ormai consolidato orientamento delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti in ordine ai pareri da rendersi ai sensi dell'art. 7, comma 8, della legge 5 giugno 2003, n. 131, all'esame del merito della richiesta va premessa una sommaria verifica della loro ammissibilità in termini sia soggettivi (legittimazione dell'organo richiedente) che oggettivi (attinenza del quesito alla materia della

contabilità pubblica) requisito, quest'ultimo, espressamente previsto dal richiamato art. 7, comma 8, della legge n.131/2003.

Nel caso in esame, la richiesta di parere è ammissibile sotto entrambi i profili:

a) quello soggettivo, in quanto proveniente dall'Organo di vertice e rappresentante legale dell'Ente ai sensi dell'art. 50 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e s. m. i..E' da evidenziare peraltro al riguardo che una iniziale richiesta inoltrata dalla Provincia a firma del direttore generale è stata poi sanata da altra sottoscritta, invece, ritualmente dal Presidente, acquisita in atti della Sezione con prot. 3997 del 15 luglio 2010 ;

b) quello oggettivo, in quanto la materia contrattuale è sicuramente riconducibile a quella più ampia della contabilità pubblica, di cui costituisce una delle branche più importanti, non solo in base alla normativa italiana di settore, ma altresì alla luce del sistema di regole poste dall'ordinamento comunitario a tutela del rispetto del principio di effettiva concorrenza tra imprese partecipanti a gare ad evidenza pubblica a quest'ultima assimilata.

Non va poi sottaciuto che sul rispetto della disciplina contenuta nel "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" (d. lgs 12 aprile 2006, n. 163, e s. m. i.) da parte degli enti locali sono tenute, in base alla vigente normativa sulla Corte dei conti, a vigilare le Sezioni regionali di controllo, sicché appare coerente con il sistema dei controlli sugli enti locali che la materia contrattuale venga attratta nell'ambito della contabilità pubblica ai fini dell'esercizio dell'attività consultiva ex art. 7, comma 8, legge n. 131/2003.

Ciò premesso in rito, si può passare all'esame del merito del quesito formulato dalla Provincia di Roma.

Afferma la Provincia di Roma che il contratto di locazione di cosa futura con opzione di acquisto, stipulato con la società costruttrice dell'immobile da adibire a sede unica dell'Ente, rientra nella categoria dei contratti atipici; il che consentirebbe, ad essa e al contraente, di adottare un profilo negoziale di diritto civile - quale appunto l'ipotizzato ricorso allo strumento della caparra confirmatoria ex art.1385 c.c. - rispetto al quale le parti si autodeterminano liberamente.

Si tratterebbe, in buona sostanza, di una forma di autonomia contrattuale (art.1322 c.c.) di cui l'Ente, d'intesa con il contraente, intende avvalersi per "...esercitare una efficace pressione e persuasione nei confronti del contraente affinché questi adempia puntualmente alle proprie obbligazioni nel rispetto dei termini contrattuali assunti...".

L'ipotesi avanzata dalla Provincia di Roma desta serie perplessità circa la sua praticabilità, per i seguenti motivi:

- a)** anzitutto, il fatto che si tratti di un contratto innominato, rientrante nella sfera negoziale privata delle parti, non toglie che è, sì, consentita alle parti la determinazione delle singole clausole contrattuali, ma la facoltà di derogare a norme di legge dispositive, sostituendovi un diverso regime volontario, non è, almeno per l'Ente pubblico - il cui processo volitivo è vincolato da precise norme di legge - senza limiti;
- b)** nel caso in esame, dal momento che, secondo quanto reso noto dall'Amministrazione richiedente, la determinazione di procedere alla stipula del contratto de quo è stata preceduta dall'esecuzione di un

procedimento ad evidenza pubblica finalizzato alla scelta del contraente (preventiva gara informale), appare non conforme alle prescrizioni espresse della competente Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che si decida di ricorrere all'integrazione del contratto con una clausola non secondaria quanto ad importanza ed onerosità, di cui, intervenendo la sua stipulazione a distanza di oltre dieci mesi dalla conclusione del contratto originario, non è stato certamente possibile rendere edotti gli altri concorrenti alla procedura di selezione;

**c)** appare per lo meno singolare che, mentre si afferma, nella richiesta di parere, che lo strumento della caparra confirmatoria "è stata scelta anche in relazione alla serietà commerciale ed accertata solidità patrimoniale del venditore", si sostiene, più avanti, che "in questo modo la Provincia di Roma si viene a trovare nella condizione di esercitare una efficace pressione e persuasione nei confronti del contraente, affinché questi adempia puntualmente alle proprie obbligazioni..." ecc.;

**d)** se proprio occorre garanzie accessorie, innanzi tutto, le stesse dovevano entrare a far parte dello schema contrattuale originario e comunque, trattandosi di caparra confirmatoria, la stessa, conformandosi allo schema civilistico (art.1385 cit.), sarebbe dovuta consistere in una dazione contemporanea alla nascita dell'obbligazione principale, sicché tale clausola avrebbe anche potuto influire sul prezzo offerto;

**e)** quanto poi all'entità della caparra, pari al 10% del prezzo convenuto, pur avendo, la stessa, natura e funzione di anticipato risarcimento del danno in caso di inadempimento della Provincia di Roma – peraltro non adeguatamente compensato, in via corrispettiva, dalla

fideiussione di pari importo rilasciata dalla controparte- appare evidente che, essendo l'Ente pubblico a volersi garantire dell'esatta esecuzione della prestazione concordata, la somma corrisposta a titolo di caparra confirmatoria verrebbe inevitabilmente ad assumere funzione di una vera e propria anticipazione, che notoriamente è vietata dal vigente Codice dei contratti pubblici (art. 133, c. 1 bis, del d.lgs. n.163/2006 e s.m.i.), a conferma di analogo divieto già da tempo vigente in materia di contratti pubblici (art. 5 del d.l. n. 79/1997).

In ogni caso, l'inserimento *ex post* della "caparra confirmatoria", tra le clausole contrattuali, non essendo la stessa partecipata ai soggetti interessati alla selezione di imprese, affidata dall'Ente Provincia alla società Risorse per Roma S.p.a. nel 2005, verrebbe ad eludere, anche il principio della "par condicio" e di "non discriminazione" tra i partecipanti alla selezione (art. 2 cod. dei contratti pubblici), che avrebbero potuto anche autodeterminarsi diversamente - ove ne avessero conosciuto l'esistenza - nelle modalità di formazione del prezzo.

Un'ultima considerazione ritiene, infine, il Collegio di dover formulare sulle preannunciate modalità di finanziamento attraverso il ricorso a un mutuo (o comunque un prestito) della Cassa DD. PP. comprensivo dell'importo relativo alla "caparra confirmatoria".

In considerazione della duplice funzione cui assolve la "caparra confirmatoria" (funzione di garanzia/funzione di anticipato risarcimento: art. 1385, 2° comma c. c.), la Sezione non può rilevare che, qualora dovesse prevalere - benché di difficile ipotizzabilità nel caso concreto - la funzione risarcitoria, il finanziamento della Cassa DD. PP. almeno per la

parte destinata a copertura della "caparra confirmatoria" (pari ad oltre 21 milioni di euro) verrebbe a ricadere nell'area del divieto previsto dall'art. 119, c. 6, Cost. a tenore del quale gli Enti Locali e le Regioni "possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento".

E tale non appare di certo la somma eventualmente destinata a fungere da copertura a un ipotetico risarcimento a carico della Provincia.

**P. Q. M.**

nelle suesposte considerazioni è il parere della Sezione Regionale di controllo per il Lazio.

**DISPONE**

che copia della presente deliberazione sia trasmessa, a cura del Dirigente del Servizio di supporto, alla Provincia di Roma.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 29 luglio 2010.

Il Magistrato Relatore

f.to (Rosario Scalia)

Il Presidente

f.to (Vittorio Zambrano)

Depositata in Segreteria il 30 luglio 2010

Il Dirigente della Segreteria

f.to (Massimo Biagi)