

ANAS

Osservazioni sul documento base: “Questioni interpretative concernenti la realizzazione di infrastrutture strategiche mediante l’istituto della finanza di progetto e mediante contraente generale”

Audizione presso l’Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture del 26 gennaio 2011

Premessa

Con il presente documento ANAS S.p.A., riscontrando la nota dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (di seguito “AVCP” o “Autorità”) prot. 97606 del 24 dicembre 2010, intende svolgere alcune considerazioni in ordine alle problematiche dalla stessa evidenziate in merito alla disciplina applicabile alla realizzazione di infrastrutture strategiche mediante gli istituti della finanza di progetto, del leasing in costruendo e del contraente generale, anche alla luce delle esperienze maturate dalla Società in questi anni.

Prima di entrare nelle merito dei profili specifici posti in evidenza dall’AVCP, appare opportuno premettere alcune considerazioni di carattere generale.

Come noto, nell’attuale quadro normativo, la disciplina relativa alle infrastrutture strategiche è contenuta nella Parte II – Titolo III – Capo IV: “Lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi”(Artt. 161-194) del Codice dei Contratti Pubblici (di seguito anche “Codice”).

In particolare le modalità di realizzazione di tali tipologie di interventi sono definite dall’art. 173 del Codice, il quale individua come tipologie contrattuali utilizzabili - in deroga all’art. 53 del Codice – quelle:

- a) della concessione di costruzione e gestione (art. 174 Codice) e
- b) dell’affidamento unitario a contraente generale (art. 176 Codice).

A sua volta la concessione di costruzione e gestione può essere affidata con due distinte modalità:

- i) con un procedimento ad iniziativa pubblica disciplinato dall’art. 177 del Codice, nel quale viene esperita una procedura ristretta;
- ii) con un procedimento ad iniziativa privata, attraverso il promotore di infrastrutture strategiche di cui all’art. 175 del Codice.

Ne consegue come, tanto nel settore delle opere ordinarie, quanto in quello delle infrastrutture strategiche, la procedura di affidamento tramite finanza di progetto non identifichi una categoria contrattuale a sé stante, essendo strumentale all’aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici.

Per quanto concerne la disciplina comune applicabile alle tipologie contrattuali sopra indicate, occorre fare riferimento all’art. 161, comma 6, del Codice, secondo il quale, ai contratti e alle opere relative alle infrastrutture strategiche, si applicano - se non derogate dalla disciplina del Capo IV del Titolo III della Parte II del Codice e salvo quanto previsto dalla L. n. 443/2001 – le seguenti disposizioni:

- parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice);
- parte II, titolo I (contratti di rilevanza comunitaria);
- parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori);
- parte II, titolo III, capo II (concessione di lavori pubblici);
- parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto);
- parte IV (contenzioso);
- parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).

Da quanto sopra sintetizzato emerge un importante dato di carattere metodologico, di cui occorre tener conto nell'affrontare i dubbi interpretativi sollevati dall'AVCP: la disciplina delle infrastrutture strategiche dettata dal Codice ha carattere speciale rispetto alle norme relative alle opere ordinarie, con la conseguenza che le seconde possono essere utilizzate solo laddove non si rinvengano previsioni o principi contrari nell'ambito della prima.

Altro profilo che deve orientare l'analisi delle specifiche problematiche applicative evidenziate dall'AVCP è quello inerente la ratio sottesa al sistema di regolamentazione dei lavori per la realizzazione delle grandi opere: il fine perseguito dal legislatore – che emerge chiaramente anche dai lavori preparatori – è stato quello di introdurre un regime acceleratorio, volto a semplificare le procedure approvative e realizzative di interventi particolarmente significativi per la modernizzazione del Paese, individuate con la procedura indicata all'art. 161 del Codice.

Tale disciplina speciale persegue anche l'obiettivo di favorire l'afflusso di capitali privati per la realizzazione delle opere, come dimostra la circostanza che, ai sensi dell'art. 161, comma 1 ter, del Codice, nell'ambito del programma delle infrastrutture strategiche devono essere considerati prioritari gli interventi per i quali sussista la possibilità di finanziamento con capitale privato nella misura massima possibile. Tale esigenza è tanto più sentita nell'attuale contesto economico di crisi internazionale nel quale le difficoltà di finanziamento degli investimenti con risorse del bilancio pubblico rendono ancora più forte la necessità di ricorrere a forme di finanziamento privato. In ogni caso, occorre tenere in considerazione come la predetta esigenza di celerità nella realizzazione delle grandi opere debba essere contemperata con il rispetto dei principi comunitari di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità che sono analiticamente indicati nell'art. 2, comma 1, del Codice, espressamente richiamato tra le norme applicabili anche a tale tipologia di opere.

Tanto premesso da un punto di vista metodologico, di seguito verranno esposte alcune considerazioni in ordine ai diversi aspetti problematici posti in evidenza nel Documento base dell'AVCP:

- a. sussistenza dell'obbligo di selezionare il promotore di infrastrutture strategiche mediante procedure competitive come stabilito, per le infrastrutture ordinarie, dall'art. 153 del Codice;

- b. applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura di “gara unica” prevista, per l’individuazione del promotore e l’aggiudicazione del contratto di concessione, dall’articolo 153, commi 1-14, del Codice per le opere ordinarie;
- c. applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura su iniziativa del privato in caso di inerzia della pubblica amministrazione prevista dall’articolo 153, comma 16, del Codice per le opere ordinarie;
- d. applicabilità alle infrastrutture strategiche del contratto di locazione finanziaria previsto dall’articolo 160-bis del Codice;
- e. possibilità, per il contraente generale, di affidare la progettazione ad un soggetto diverso da quello costituitosi in associazione temporanea di imprese (nel seguito anche ATI) e risultato aggiudicatario.

a) Sussistenza dell’obbligo di selezionare il promotore di infrastrutture strategiche mediante procedure competitive

In merito alle osservazioni formulate dall’AVCP con riguardo alla disciplina per il project financing nel settore delle infrastrutture strategiche occorre premettere che la norma di riferimento immediato è contenuta nell’art. 175 del Codice, fermo restando quanto disposto dall’art. 161 comma 6 sopra ricordato.

L’opportunità di una disciplina in parte speciale per la materia del project è determinata dalla complessità del momento decisionale che si rinviene in relazione alle infrastrutture strategiche – per la partecipazione di diversi livelli di governo titolari dei plurimi interessi che vengono in rilievo nella realizzazione di tale tipologia di infrastrutture – e dalla particolare rilevanza che assumono gli aspetti programmatici, in considerazione del fatto che l’attività di programmazione non appartiene alla singola amministrazione aggiudicatrice ma è svolta dal Governo mediante il programma delle infrastrutture strategiche (nonché nella apposita lista pubblicata dal Ministero delle Infrastrutture). Ne consegue che nell’esaminare i profili sollevati dall’AVCP occorre sempre tener conto delle peculiarità del quadro speciale di riferimento dettato per tale tipologia di interventi, che risulta peraltro in taluni casi privo, allo stato attuale, del necessario coordinamento con la disciplina generale dettata in tema di project financing per le opere ordinarie.

Tanto premesso, con riguardo al primo profilo sollevato dall’AVCP, si segnala che la necessità di esperire una procedura competitiva per la selezione del promotore sembra potersi desumere, innanzitutto, dall’attuale formulazione dell’art. 175, comma 1, del Codice (successiva alle modifiche apportate dal 3° decreto correttivo), che rinvia alle “procedure di cui all’art. 153”. Tale norma, a seguito delle modifiche apportate dal 3° decreto correttivo, prevede espressamente la pubblicazione di un “bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l’utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti”.

Tale circostanza sembrerebbe consentire di superare i dubbi suscitati dalla formulazione originaria dell’art. 175 del Codice, prima delle modifiche apportate dal 2° decreto correttivo (e dell’analogo previsione contenuta nell’art. 8 del D.lgs. n. 190/02) che, al comma 1, non conteneva alcun riferimento alla pubblicazione neppure di un avviso indicativo¹ ma che al successivo comma 2 - nel far riferimento alla mancata

pubblicazione dell'avviso nei termini di cui all'art. 153², come circostanza legittimante l'iniziativa dei privati a presentare proposte - induceva a ritenere che tale pubblicazione fosse necessaria anche se, in sua assenza, i privati potevano procedere ugualmente a presentare proposte.

Peraltro, non appare significativa la circostanza che nella vigente versione della norma sono stati eliminati i riferimenti all'avviso indicativo inseriti dal 2° decreto correttivo³, in quanto le modifiche introdotte dal 3° decreto correttivo sono funzionali ad un coordinamento con l'attuale versione dell'art. 153 del Codice, che, come già ricordato, contiene ora il riferimento ad un vero e proprio bando di gara. Potrebbe, invece, supportare ulteriormente a livello testuale la ricostruzione effettuata la circostanza che - rispetto alla versione iniziale del primo comma dell'art. 175 del Codice, che si limitava ad affermare che la presentazione di proposte da parte di promotori avveniva "ai sensi dell'articolo 153" - la formulazione attuale della norma rinvia alle "procedure di cui all'art. 153", con ciò intendendo richiamare il concetto di procedure ad evidenza pubblica.

La ricostruzione della portata della norma attuale nel senso di richiedere l'espletamento di una procedura competitiva che si fondi su un bando di gara trova conferma, oltre che nel dato letterale dell'art. 175 del Codice, anche tenuto conto di quei principi comunitari in tema di libera concorrenza, trasparenza e pubblicità che sono espressamente applicabili, come si è già avuto modo di ricordare, anche alle infrastrutture strategiche. Al riguardo, preme ricordare come le censure mosse dall'Unione Europea alla previgente disciplina relativa alla finanza di progetto per le opere ordinarie - tanto nella formulazione originaria quanto in quella successiva alle modifiche introdotte dal 2° decreto correttivo - attenevano proprio alla mancata previsione di adeguate forme di pubblicità sovranazionale nonché alla sussistenza di una posizione di privilegio in capo al promotore in assenza di un confronto concorrenziale⁴.

b) applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura di "gara unica" prevista, per l'individuazione del promotore e l'aggiudicazione del contratto di concessione, dall'articolo 153, commi 1-14, del Codice per le opere ordinarie

Il dubbio interpretativo posto dall'AVCP deriva dalla circostanza che l'attuale formulazione dell'art. 175 rinvia genericamente all'art. 153 del Codice che, come noto, nella versione successiva alle modifiche introdotte dal 3° decreto correttivo, prevede due procedure alternative: a) la procedura a gara unica, disciplinata dai commi 1-14 dell'art. 153 del Codice e b) la procedura a doppia gara, disciplinata dal comma 15 dell'art. 153 del Codice.

Tale rinvio generico è contenuto sia nel comma 1 dell'art. 175 il quale, come già anticipato, rinvia alle "procedure di cui all'art. 153", che nel successivo comma 5, laddove si dispone che: "La gara di cui all'articolo 153 è bandita entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE ed è regolata dall'articolo 177".

Nessuna precisazione espressa è contenuta nell'art. 175 del Codice in ordine alla possibilità o meno per il soggetto aggiudicatore di avvalersi di entrambe le procedure indicate dall'art. 153 del Codice.

Né sul punto specifico giova il raffronto con la precedente formulazione dell'art. 175, comma 5, del Codice che, anteriormente alle modifiche apportate dal 3° decreto correttivo, rinviava all'art. 155 del Codice (ora abrogato dal 3° decreto correttivo), il

quale conteneva la disciplina della c.d. gara unica. Ciò in quanto nel precedente assetto normativo, la gara unica (con una successiva procedura negoziata tra i presentatori delle due migliori offerte in fase di gara ed il promotore) era l'unica ipotesi di procedura prevista.

A determinare i maggiori dubbi interpretativi in merito alla possibilità di esperire, oltre che la procedura c.d. bifasica, anche quella c.d. monofasica, è l'attuale formulazione del comma 4 dell'art. 175, il quale precisa che: " Il CIPE valuta la proposta del promotore, unitamente al progetto preliminare, nei tempi e modi di cui all'articolo 165. Ove ritenga di non approvare la proposta, la rimette al soggetto aggiudicatore ai fini dell'eventuale espletamento di una nuova istruttoria o per la realizzazione dell'opera con diversa procedura [...] nonché del successivo comma 5, in base al quale: "La gara di cui all'articolo 153 è bandita entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE ed è regolata dall'articolo 177".

Tali previsioni sembrerebbero voler intendere che l'avvenuta approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE si ponga come condizione prodromica all'esperimento della gara di cui all'art. 153 del Codice, la quale, in linea con quanto recita la stessa norma, sarà poi regolata dall'art. 177 del Codice; tale ultimo articolo, del resto, stabilisce, al comma 1, che per l'affidamento delle concessioni viene posto a base di gara il progetto preliminare⁵.

Come noto, invece, nel caso della procedura c.d. unica di cui all'art. 153, commi 1-14, del Codice, viene posto a base di gara uno studio di fattibilità e non un progetto preliminare. Ne consegue che, applicando il canone ermeneutico contenuto nell'art. 161, comma 6, più volte ricordato, la procedura monofasica sembrerebbe non essere applicabile nel caso delle infrastrutture strategiche⁶.

In realtà non è dato comprendere se la soluzione interpretativa sopra indicata sia frutto di una decisione consapevole del legislatore in materia di infrastrutture strategiche o piuttosto derivi da un difetto di coordinamento tra la disciplina di tale categoria di opere e quella delle opere ordinarie, che come noto, ha subito negli ultimi anni diversi interventi correttivi. Sul punto non è idonea a fornire indicazioni utili in merito alle reali intenzioni del legislatore neppure la relazione illustrativa al 3° decreto correttivo che, come ricordato anche dall'AVCP nell'ambito del documento base, si limita ad affermare sul punto che le modifiche introdotte nell'art. 175 del Codice sono conseguenti alle modifiche apportate alla materia della finanza di progetto delle opere ordinarie.

Tanto considerato in ordine alla formulazione letterale delle norme contenute nell'art. 175 del Codice, giova in ogni caso evidenziare come se, da un lato, la procedura a doppia gara appare più flessibile ed adatta a progetti di particolare complessità in quanto consente al soggetto aggiudicatore di far emergere istanze migliorative del progetto, soprattutto per quanto concerne gli elementi quantitativi (contributo pubblico, durata contratto, ecc.), dall'altro, presenta una maggiore articolazione e tempi più lunghi di svolgimento rispetto a quella a gara unica.

Ne consegue come sarebbe preferibile lasciare alla discrezionalità del soggetto aggiudicatore, in linea con quanto già avviene per le opere ordinarie, la scelta se utilizzare per la scelta del promotore per la realizzazione di infrastruttura strategica la procedura bifasica ovvero quella monobasica.

E' in ogni caso evidente che qualora si optasse per la procedura c.d. monobasica, l'approvazione da parte del CIPE del progetto preliminare interverrebbe in fase di gara, in analogia con quanto previsto per le opere ordinarie dall'art. 153, comma 10, lett c) del Codice (dove però l'approvazione del progetto avviene a cura della stazione

appaltante ai sensi dell'art. 97 del Codice e non del CIPE ai sensi dell'art. 165 del Codice).

Tuttavia, in considerazione dei notevoli dubbi interpretativi sollevati dall'attuale formulazione delle norme esaminate, si auspica una modifica legislativa volta a chiarire la sussistenza in capo al soggetto aggiudicatore della facoltà di scelta tra la procedura monobasica e quella bifasica. In particolare la modifica potrebbe essere del seguente tenore:

Nell'art. 175, comma 5, dopo le parole " ed è regolata dall'articolo 177" sono aggiunte le parole "qualora il soggetto aggiudicatore intenda avvalersi della procedura bifasica di cui all'art. 153, comma 15 del Codice; qualora, invece, il soggetto aggiudicatore intenda avvalersi della procedura monofasica di cui all'art. 153, commi 1-14 del Codice, si applica l'art. 153, comma 11 del Codice".

c) applicabilità alle infrastrutture strategiche delle procedure su iniziativa del privato previste dall'articolo 153, comma 16 e comma 19 del Codice per le opere ordinarie

Come noto, l'art. 153, commi 16-18 del Codice, prevede per le opere ordinarie una procedura ad hoc in caso di inerzia della pubblica amministrazione, qualora quest'ultima non provveda alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale delle opere pubbliche, nel quale siano inseriti gli interventi finanziabili in tutto o in parte con capitali privati.

Tale procedura consente quindi ai privati di dare impulso all'avvio del procedimento a fronte dell'inerzia dell'amministrazione competente alla pubblicazione del bando di gara per l'affidamento di interventi inseriti negli strumenti di programmazione. Al contempo, la norma salvaguarda il controllo del procedimento da parte dell'amministrazione stessa, alla quale è demandata comunque la fissazione degli elementi e delle condizioni di realizzazione degli interventi tramite la specificazione dei criteri di valutazione delle proposte nell'avviso indicativo e tramite le determinazioni inerenti la successiva fase di gara.

In merito all'applicabilità di tale procedura alle infrastrutture strategiche giova evidenziare come il meccanismo previsto dall'art. 153, comma, 16 venga attivato dal privato con riferimento alle opere inserite nell'elenco annuale di cui all'art. 128 che, come già evidenziato, non è equiparabile al programma delle infrastrutture strategiche. Anche volendo ipotizzare una maggiore vicinanza tra l'elenco annuale dell'art. 128 e la lista ministeriale di cui all'art. 165, non si può non considerare che, mentre l'art. 152, comma 16 non lascia spazio alla discrezionalità dell'amministrazione se procedere o meno alla gara, una volta individuata la proposta di pubblico interesse, nel caso delle infrastrutture strategiche, invece, il CIPE può decidere di non procedere all'approvazione del progetto preliminare, sulla base di una scelta discrezionale attinente alla maggiore convenienza di realizzare l'opera con una procedura diversa⁷. Infine, si evidenzia che anche a voler ritenere applicabile tale procedura, non sarebbe, in ogni caso, utilizzabile l'ipotesi contemplata dall'art. 153, comma 16 che prevede il ricorso al dialogo competitivo, in ragione del fatto che l'art. 58, comma 1, del Codice esclude il ricorso a tale procedura nell'ambito delle infrastrutture strategiche.

Per quanto riguarda i successivi commi 19-20 dell'art. 153 del Codice, essi disciplinano - sempre in relazione alle opere ordinarie - una procedura che regola l'intervento dei

privati per opere non inserite negli strumenti di programmazione, già prevista nell'abrogato art. 153 del Codice, ma modificata dal terzo decreto correttivo. In particolare, la norma prevede la possibilità per soggetti privati che abbiano i requisiti del concessionario (secondo quanto precisa il comma 19), ovvero per soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati nel regolamento di attuazione del Codice, nonché per quelli indicati dall'art. 34 del Codice, per le società di ingegneria (eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori o gestori di servizi) nonché per le Camere di Commercio (secondo quanto precisa il comma 20) di presentare proposte di realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale delle opere pubbliche ovvero negli altri strumenti di programmazione approvati dalla amministrazione aggiudicatrice, a mezzo di studi di fattibilità. La norma prevede altresì che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a valutare le proposte entro sei mesi successivi dal ricevimento delle stesse e che possa adottare gli studi di fattibilità, nell'ambito dei propri programmi, ove ritenuti di pubblico interesse, senza che ciò comporti per il privato proponente alcun diritto a compenso, né alla realizzazione dei lavori oggetto di proposta, né alla gestione dei relativi servizi.

Dalla lettura della norma emerge come, rispetto alla formulazione contenuta nella previgente versione dell'art. 153 del Codice, al comma 1, la stessa preveda innovativamente, da un lato, che il soggetto privato sia comunque in possesso dei requisiti, e dall'altro, che la stazione appaltante ha l'obbligo di valutare le proposte ricevute (ferma restando l'assenza di qualsiasi vincolo in ordine all'adozione nell'ambito dei propri strumenti di programmazione degli studi di fattibilità ricevuti). In ogni caso l'attuale formulazione dell'art. 153, comma 19 del Codice è limitata alla presentazione di studi di fattibilità e non fa sorgere in capo al potenziale promotore un qualsiasi diritto al compenso o a prelazione, in quanto lo studio di fattibilità realizzato dal privato viene trattato alla stregua di quelli elaborati all'interno dell'Amministrazione.

Per quanto riguarda le infrastrutture strategiche, occorre, invece, tenere presente la norma speciale contenuta nell'art. 175, comma 2, in base alla quale: "È facoltà dei soggetti di cui all'articolo 153, comma 20, presentare al Ministero delle infrastrutture proposte di intervento e studi di fattibilità relativi alla realizzazione di infrastrutture, inserite nel programma di cui al comma 1 dell'articolo 164, non presenti nella lista di cui al comma 1. Tale presentazione non determina, in capo al Ministero, alcun obbligo di esame e valutazione. Il Ministero può inserire, nell'ambito di una successiva lista di cui al comma 1, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'inserimento non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti".

Pertanto, per l'ipotesi di interventi inseriti nel programma delle infrastrutture strategiche non presenti nella lista di cui al comma 1 dell'art. 175, deve ritenersi applicabile, in quanto speciale, in linea con le considerazioni formulate in premessa, la disciplina contenuta nel comma 2 dell'art. 175, con la conseguenza che i soggetti aventi i requisiti indicati nell'art. 153, comma 20 (e non anche quelli aventi i requisiti dei concessionari di cui al comma 19) potranno presentare al Ministero competente proposte di intervento e studi di fattibilità.

In tal caso, tuttavia, a differenza di quanto previsto per le opere ordinarie dal citato comma 19 dell'art. 153 del Codice, il Ministero non sarà in alcun modo tenuto alla valutazione di tali elaborati. Tale soluzione, peraltro sembra essere più coerente con la disciplina speciale delle infrastrutture strategiche, in considerazione della maggiore

complessità di tale tipologia di interventi e della maggiore discrezionalità che il relativo procedimento di approvazione richiede, anche per il coinvolgimento di numerosi soggetti istituzionali.

Inoltre, nel caso in cui il Ministero decida di inserire in una successiva lista la proposta del promotore, tale circostanza non comporta il sorgere in capo a tale soggetto di un diritto al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti; ciò peraltro, in linea con quanto previsto per le opere ordinarie dall'art. 153, comma 19 del Codice.

Con l'occasione si ravvisa l'opportunità di evidenziare un ulteriore profilo problematico relativo alla frequente mancata pubblicazione da parte del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti della lista che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 165, comma 2, e dell'art. 175, comma 1 del Codice, dovrebbe contenere l'indicazione delle infrastrutture inserite nel programma delle infrastrutture strategiche per le quali i soggetti aggiudicatori intendono avviare le procedure di project finance.

Al fine di superare l'ampasse operativo nel quale viene trovarsi in tale evenienza il soggetto aggiudicatore, si auspica una modifica normativa volta a chiarire che l'avvio delle procedure di project finance per le infrastrutture strategiche possa avvenire, in assenza della predetta lista del Ministero, sulla base della programmazione della singola stazione appaltante ai sensi dell'art. 153, comma 1 del Codice.

d) applicabilità alle infrastrutture strategiche del contratto di locazione finanziaria previsto dall'articolo 160-bis del Codice

Inquadramento dell'istituto da un punto di vista tipologico e finanziario

Come noto, l'istituto del leasing in costruendo costituisce un'alternativa rispetto al tradizionale appalto d'opera, rappresentando una formula di finanziamento che si basa sulla concessione in godimento da parte di un soggetto abilitato ad un utilizzatore di un bene immobile ancora da costruire, definito e scelto da quest'ultimo in via preliminare, dietro il pagamento di un canone periodico per un determinato numero di anni e con il riconoscimento del diritto di acquisirne la proprietà, alla scadenza del periodo contrattuale pagando un riscatto di importo predeterminato⁸. Con tale strumento negoziale, quindi, la pubblica amministrazione riesce ad ottenere un'opera finita, dotato di tutte le infrastrutture ed i servizi necessari, chiavi in mano, comprensiva di tutti gli impianti, inclusi permessi ed autorizzazioni nonché della manutenzione, se richiesta nei documenti di gara, per tutta la durata del contratto di leasing. Ciò senza che l'amministrazione debba sostenere l'esborso iniziale della somma necessaria per la realizzazione dell'opera o accollarsi i rischi economici connessi a successive perizie di variante, revisione prezzi o caratteristiche tecniche del bene, essendo tenuta solo al pagamento di una rata periodica e predeterminata per tutta la durata del contratto, a partire dal collaudo del bene⁹.

Da questo sinteticamente esposto emerge come l'utilizzo dello strumento del leasing immobiliare in costruendo consente all'amministrazione di conseguire diversi vantaggi connessi alla corretta allocazione di parte dei rischi dell'operazione economica in capo ai soggetti privati coinvolti:

- la possibilità di utilizzazione di un bene rispondente alle proprie esigenze senza anticipare la somma necessaria per l'acquisto che dovrà essere erogata solo una volta avvenuto il collaudo (e che quindi graverà in maniera meno incisiva sul bilancio del soggetto pubblico);
- la realizzazione “chiavi in mano” dell'opera e la possibilità di trasferire in capo all'aggiudicatario i rischi di costruzione legati a perizie di variante, revisione prezzi o caratteristiche tecniche del bene (ed ai relativi eventuali contenziosi), potendosi prevedere che il costo a carico dell'amministrazione (corresponsione del canone) sia certo e definito già al momento della sottoscrizione del contratto¹⁰;
- un più agevole reperimento delle risorse finanziarie, grazie alla collaborazione tra società di leasing e soggetto costruttore che consente di erogare il capitale necessario all'investimento in conformità all'avanzamento del progetto.

L'operazione di leasing si caratterizza per il coinvolgimento di tre soggetti (utilizzatore, società di leasing e costruttore) in forza del collegamento negoziale tra il contratto di leasing (tra società di leasing e utilizzatore) ed il contratto di acquisto/appalto (tra società di leasing e costruttore). Il costruttore deve essere necessariamente un soggetto qualificato ai sensi dell'art. 40 del Codice dei Contratti mentre il finanziatore deve essere un soggetto autorizzato ai sensi del D.lgs. n. 385/93 e non può essere un costruttore non possedendo i requisiti richiesti (e non potendo acquisirli stante il divieto di esercizio di attività diverse da quelle creditizie e finanziarie). Nonostante tale struttura trilaterale, il contratto di leasing, pur avendo per oggetto prestazioni diverse (servizi finanziari/lavori/forniture), costituisce un contratto unico ed inscindibile. Il leasing immobiliare rientra, in particolare, nella gamma di operazioni di finanza strutturata, quali il project financing, caratterizzate da un rapporto diretto tra finanziamento e realizzazione dell'opera, a differenza delle operazioni tradizionali per la realizzazione di opere pubbliche (quali il mutuo) nelle quali il finanziamento risulta separato, strutturalmente e proceduralmente, dalla realizzazione dell'opera (appalto lavori), non fornendo il finanziatore e alcuna garanzia in ordine al processo di costruzione del bene ed essendo la durata del relativo contratto svincolata dall'obsolescenza tecnica dello stesso. Tuttavia, a differenza delle operazioni in project finance, nelle quali il privato effettua anche la gestione del bene (che costituisce la remunerazione per la realizzazione dell'opera) in questo caso l'opera, una volta realizzata, viene gestita dalla pubblica amministrazione ed il privato è remunerato attraverso la corresponsione di un canone fisso.

Ne consegue come lo strumento del leasing non sia soggetto a valutazioni di sostenibilità economica e finanziaria in quanto gli eventuali ricavi derivanti dalla gestione dell'opera in leasing non devono ripagare i costi sostenuti per la sua realizzazione¹¹. In effetti, l'applicazione dello strumento del leasing risulta particolarmente efficace per la realizzazione di opere finalizzate ad erogare servizi di pubblica utilità senza tariffazione sull'utenza (investimenti non remunerativi), ovvero con un livello di tariffazione minimo (investimenti parzialmente remunerativi) che non permette l'integrale recupero del capitale impiegato (cosiddette “opere fredde” come ad esempio ospedali, scuole, strade non a pedaggio, carceri, caserme, uffici pubblici, etc.)¹². Con riferimento a tale tipologia di opere, definite dall'art. 143, comma 9 del Codice, come quelle “destinate all'utilizzazione diretta della pubblica amministrazione in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici” (per le quali la remunerazione del

privato non può essere costituita dallo sfruttamento economico dell'opera con la conseguenza che la relativa gestione deve rimanere in capo alla pubblica amministrazione) il leasing può rappresentare una valida alternativa alla concessione di costruzione e gestione.

Da quanto sopra emerge come l'istituto del leasing immobiliare in costruendo può rappresentare uno strumento di realizzazione di opere pubbliche particolarmente utile nell'attuale fase di scarsità di risorse pubbliche e di esigenza di velocizzare l'attuazione degli investimenti.

La disciplina normativa di riferimento

Passando all'esame della disciplina normativa di tale istituto, si ricorda come lo strumento in questione sia stato dotato di un'autonoma disciplina normativa nell'ambito del Codice (art. 160 bis) ad opera del secondo decreto correttivo. Il terzo correttivo è intervenuto nuovamente sulla disciplina del leasing in costruendo, apportando specifiche modifiche ed integrazioni al testo dell'art. 160 bis del Codice, oltre che all'art. 3 (definizioni) del Codice e con ciò chiarendo alcuni dei problemi applicativi derivanti dalla norma.

In primo luogo, la locazione finanziaria, come il project financing, viene inserita nell'ambito dei contratti di c.d. "Partenariato pubblico privato", come risulta dalla definizione di PPP contenuta nel nuovo comma 15-ter dell'art. 3 del Codice¹³. Inoltre, è stato aggiunto all'art. 3, il comma 15 bis, nel quale si precisa che: "La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori".

Il successivo art. 160 bis (locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità), da un lato, definisce il contratto di locazione finanziaria quale "appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo" da utilizzare "per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche e di pubblica utilità" e, dall'altro, individua i principi generali cui le pubbliche amministrazioni devono attenersi nel porre in essere operazioni di leasing immobiliare e, in particolare, richiama al rispetto del Codice dei Contratti Pubblici nella selezione dei contraenti (per requisiti soggettivi, economici e tecnici) e nella valutazione tecnica ed economica dell'offerta. Spetta poi alle singole amministrazioni, in ossequio ai principi generali e nel rispetto delle esigenze particolari, costruire le singole operazioni di leasing immobiliare mediante la *lex specialis* di gara.

Applicabilità dell'istituto alle infrastrutture strategiche

Tra i profili che l'attuale formulazione della norma non chiarisce del tutto vi è quello che concerne l'applicabilità dell'istituto al settore delle infrastrutture strategiche. Al riguardo si ritiene che a favore della soluzione dell'utilizzabilità del leasing in costruendo anche per la realizzazione di infrastrutture strategiche depongano alcuni dati di ordine testuale:

- in primo luogo, il già ricordato art. 161, comma 6, del Codice, dispone che ai contratti e alle opere relative alle infrastrutture strategiche, si applicano - se non derogate dalla disciplina del Capo IV del Titolo III della Parte II del Codice e salvo quanto previsto dalla L. n. 443/2001 - anche le disposizioni contenute nella parte II, titolo III, capo III (promotore finanziario e società di progetto) del Codice, tra le quali è ricompreso anche l'art. 160 bis del Codice in tema di leasing in costruendo. Al riguardo non sembra potersi ricavare una norma

derogatrice dalla previsione contenuta nel sopra ricordato art. 173 del Codice il quale, come già ricordato, individua, in deroga all'art. 53 del Codice, come modalità di realizzazione di tale tipologia di infrastrutture solo la concessione di costruzione e gestione e l'affidamento a contraente generale. Ciò in considerazione del fatto che la previsione di cui all'art. 173 del Codice è anteriore all'inserimento della disciplina del leasing in costruendo e potrebbe quindi soffrire di un difetto di coordinamento, peraltro, come visto, non infrequente con le norme che successivamente sono state introdotte nel Codice¹⁴. Inoltre, occorre tener conto che la deroga all'art. 53 contenuta nell'art. 173 del Codice è volta ad escludere l'utilizzabilità del contratto di appalto nonché di contratti aventi valenza economica minore e di privilegiare forme di affidamento che comportino un minore impegno finanziario per i soggetti pubblici.

- Inoltre l'art. 160 bis individua tra i soggetti che possono partecipare alle gare per la realizzazione di opere in regime ordinario anche i contraenti generali. In particolare, al comma 3 si precisa che: “L'offerente di cui al comma 2 può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore responsabili ciascuno in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale” mentre al comma 4 bis si prevede che: “Nel caso in cui l'offerente sia un contraente generale, di cui all'art. 162, comma 1, lett. g) esso può partecipare anche ad affidamenti relativi alla realizzazione, all'acquisizione ed al completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità non disciplinati dalla Parte II, Titolo III, Capo IV, se in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti”.¹⁵ In altri termini, le predette previsioni consentono al contraente generale, qualificatosi per le infrastrutture strategiche, di partecipare anche a procedure per l'affidamento di contratti di leasing immobiliare in costruendo relativi ad opere che rientrino tra gli interventi ordinari. Ora se il contraente generale può partecipare a gare relative al leasing in costruendo, finalizzate alla realizzazione di opere ordinarie e quindi al di fuori del proprio ambito di operatività usuale non si comprende perché dovrebbe essere precluso l'utilizzo di tale strumento nel caso di opere strategiche.

Oltre agli argomenti di carattere testuale sopra sintetizzati, appare opportuno rilevare, in linea, peraltro, con quanto evidenziato anche nel documento base dell'AVCP, che l'istituto del leasing in costruendo presenta degli evidenti profili di “contiguità” con l'istituto del contraente generale.

Ciò in quanto, come si è detto, l'aggiudicatario del contratto di leasing è tenuto a sviluppare il progetto a base di gara nonché a realizzare l'opera assumendo il rischio di costruzione della stessa ed anticipando i fondi necessari per la sua esecuzione - rientrando di tali costi solo al termine della fase realizzativa mediante la corresponsione da parte del soggetto utilizzatore di un canone periodico mentre la gestione del bene spetta all'amministrazione.

Al riguardo, giova ricordare che ai sensi dell'art. 162, comma 1, lett. g) del Codice, “il contraente generale si differenzia dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita” ed è qualificato tra l'altro, “per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati” e “per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio”.

In ogni caso, si renderebbe opportuna una norma che chiarisse espressamente l'applicabilità dell'istituto anche alle infrastrutture strategiche. Ciò considerato anche la particolare utilità che tale strumento di realizzazione di opere pubbliche potrebbe avere nell'attuale contesto di scarsità di risorse pubbliche e di esigenza di velocizzare l'attuazione degli investimenti ed il favor che l'art. 161, comma 1 ter, del Codice, riserva nell'ambito del programma delle infrastrutture strategiche devono agli interventi per i quali sussista la possibilità di finanziamento con capitale privato nella misura massima possibile.

In tale quadro si evidenziano alcuni profili che la norma auspicata dovrebbe chiarire con specifico riguardo alle infrastrutture strategiche.

In primo luogo merita una specifica riflessione il profilo attinente alla progettazione. Ciò in quanto mentre l'art. 160 bis prevede, al comma 4 ter, (aggiunto dal terzo correttivo) che: "La stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera" - con ciò lasciando intendere che l'amministrazione potrebbe porre a base di gara anche un progetto definitivo od esecutivo - nel caso delle infrastrutture strategiche, invece, l'art. 177 (procedure di aggiudicazione) precisa, come noto, che il soggetto aggiudicatario pone a base di gara, nel caso di affidamento in concessione, il progetto preliminare, mentre nel caso di affidamento a contraente generale il progetto preliminare ovvero quello definitivo. Sarebbe quindi opportuno chiarire con riferimento alle infrastrutture strategiche se sia o meno possibile porre a base di gara un progetto esecutivo.

Altro profilo di cui occorre verificare la compatibilità con la disciplina delle infrastrutture strategiche ed in particolare dell'affidamento a contraente generale, attiene al controllo dell'amministrazione sulla realizzazione e sulla gestione dell'opera. Ciò in quanto l'art. 160 bis del Codice, prevede, al comma 4, che: "L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione e dell'eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste". L'espressione usata dal legislatore risulta piuttosto generica e non chiarisce se in tale attività di controllo debbano ritenersi ricompresi attività di controllo tipiche della realizzazione dei lavori pubblici, quali ad esempio, la direzione lavori ed il collaudo. Sul punto è intervenuta anche l'Unità Tecnica di Finanza di Progetto la quale ha affermato che la dizione della norma fa propendere per l'esclusione di poteri diretti del committente in tale fase, ferma restando la possibilità di introdurre maggiori forme di controllo in via convenzionale¹⁶. Ciò posto, per quanto di specifico interesse, tale previsione non sembrerebbe quindi incompatibile con le funzioni di direzione lavori che l'art. 176, comma 2, lett. d) attribuisce al contraente generale, restando in ogni caso in capo al soggetto aggiudicatario, ai sensi dell'art. 176, comma 3 lett. c) del Codice, l'espletamento delle funzioni di alta sorveglianza sulla realizzazione delle opere. Infine, si rende opportuna una riflessione con riguardo al regime dell'opera ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi. A tale riguardo, infatti, l'art. 160 bis del Codice prevede, al comma 4-quater (introdotto dal 3° decreto correttivo) che: "L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario". La previsione estende all'opera realizzata in leasing - e quindi formalmente privata - finché l'amministrazione non eserciti l'opzione per il riscatto - il regime delle opere pubbliche anche nelle fasi prodromiche della localizzazione negli strumenti urbanistici, ai fini edilizi e per le finalità espropriative. La scelta suindicata si giustifica in quanto l'opera è, fin dall'inizio, destinata a soddisfare

un interesse pubblico e comunque a divenire pubblica, almeno nella maggioranza dei casi, alla scadenza della locazione.

In tale contesto appare opportuno chiarire che nel caso in cui si tratti di un'infrastruttura strategica la disciplina dei profili urbanistici, edilizi ed espropriativi sarà quella specifica disciplinata nella Parte II, Titolo III, Capo IV per tale tipologia di interventi.

Si coglie l'occasione per evidenziare alcuni ulteriori profili problematici che ANAS ha riscontrato nell'applicazione dell'istituto del leasing in costruendo seppur con riferimento ad opere ordinarie. Tali profili possono così sintetizzarsi:

- a. la realizzazione di un'infrastruttura con il leasing finanziario comporta un maggior onere finanziario rispetto al finanziamento con ricorso ad un mutuo a carico dello Stato;
- b. difficilmente le amministrazioni aggiudicatrici hanno, a monte della gara, la disponibilità e la certezza delle risorse finanziarie necessaria al pagamento dei canoni di leasing che possono prevedere durate anche fino a 20 anni;
- c. nel caso di mancato pagamento dei canoni di leasing ovvero nel caso di mancato riscatto alla scadenza del contratto di leasing, in conseguenza della mancanza di risorse finanziarie, la società di leasing potrebbe diventare proprietaria di beni demaniali;
- d. l'onere dell'IVA che il soggetto richiedente il leasing è tenuto a pagare sui canoni di leasing rappresenta un onere non recuperabile se non nel caso in cui, molto raramente come nel caso di ANAS, si tratta di un soggetto passivo ai fini IVA.

Infine, si segnala la necessità di prevedere espressamente nell'ambito della convenzione, che costituisce parte integrante del bando di gara, l'attribuzione alla società di leasing (tramite concessione amministrativa) del diritto di superficie sulle aree demaniali sulle quali dovranno essere realizzate le opere.

Tale strumento giuridico è, infatti, necessario per poter scindere la proprietà del suolo - che deve rimanere in capo alla pubblica amministrazione, ove l'opera sia da realizzare su suolo appartenente alla stessa - dalla proprietà dell'opera, che dovrà rimanere alla società di leasing (costituendo tale profilo un elemento essenziale del contratto di leasing). Ciò in quanto con la concessione di superficie, il privato acquista il diritto di realizzare - o completare - opere aventi carattere di stabilità su beni pubblici demaniali o patrimoniali indisponibili e, al contempo, acquista la proprietà superficiaria su tali opere. La natura demaniale o patrimoniale indisponibile del bene non impedisce infatti la costituzione sullo stesso, mediante gli opportuni strumenti amministrativi, di diritti reali a favore di privati.

In ogni caso, nell'ipotesi di leasing immobiliare su aree pubbliche, il diritto di superficie deve essere costituito a tempo determinato:

- sia in ragione della inalienabilità tipica dei beni demaniali;
- sia in ragione dell'impossibilità di sottrarre i beni patrimoniali indisponibili alla destinazione pubblica.

Si preserva, in tal modo, il principio di indisponibilità di tali beni, fermo restando che la costituzione di una proprietà piena, benché temporanea, sulla costruzione consente a tale proprietà di assolvere alla finalità di garanzia che le è tipica nel contratto di leasing, potendo la società di leasing disporre della costruzione edificata sul suolo pubblico ovvero nel sottosuolo. In ogni caso, per poter assolvere tale funzione di garanzia, il diritto di superficie concesso alla società di leasing dovrà avere una durata superiore alla durata del contratto di leasing.

Peraltro, secondo quanto previsto dalle norme del codice civile, l'eventuale trasferimento a terzi della proprietà superficiaria non impedisce l'estinzione del diritto di superficie alla scadenza del termine previsto nella concessione amministrativa.

e) Possibilità, per il contraente generale, di affidare la progettazione ad un soggetto diverso da quello costituitosi in associazione temporanea di imprese (nel seguito anche ATI) e risultato aggiudicatario

Mediante l'affidamento a contraente generale, l'amministrazione aggiudicatrice affida la progettazione e la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'infrastruttura strategica ad un unico soggetto che, secondo quanto precisato dal combinato disposto degli art. 162, comma 1, lett g) e dell'art. 176, comma 1 e comma 4, del Codice, deve essere dotato non solo di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere, ma anche di un'adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria e che si caratterizza per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera, per l'assunzione dell'onere relativo al prefinanziamento, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatario e per l'assunzione del relativo rischio.

Con riguardo a tale istituto, l'AVCP ha evidenziato due profili dubbi:

- i) se il contraente generale sia libero di individuare il soggetto a cui affidare la progettazione delle opere da realizzare o se debba eseguire direttamente la progettazione;
- ii) se per esecuzione in proprio possa intendersi anche la progettazione eseguita da alcuni dei soci della società di progetto (anche se diversi da quelli che avevano apportato i requisiti speciali in sede di gara).

Per quanto concerne il punto i) si ricorda che ai sensi dell'art. 162 comma 1, lett. g) del Codice (Definizioni rilevanti per le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi), per affidamento a contraente generale deve intendersi "il contratto di cui all'art. 3, comma 7, con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatario".

Analogamente l'art. 176 del Codice (Affidamento a contraente generale) dispone, al comma 2, che il contraente generale provvede, tra l'altro:

"a) allo sviluppo del progetto definitivo e alle attività tecnico amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatario per pervenire all'approvazione dello stesso da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara; [...] c) alla progettazione esecutiva; [...]".

Da tali norme e da quelle sopra ricordate che definiscono i contenuti dell'obbligazione che il contraente generale assume nei confronti del soggetto aggiudicatario, emerge chiaramente come tale soggetto venga a configurarsi quale un "dominus" dell'intera

opera - e, quindi, delle singole fasi del suo concreto venire in essere, a partire dalla progettazione definitiva - tenuto in quanto tale a garantire al soggetto aggiudicatore l'obbligazione di risultato assunta a seguito dell'aggiudicazione della gara con ciò facendosi carico del rischio economico di un'opera rispondente alle esigenze specificate dallo stesso ed impegnandosi a fornire con qualsiasi mezzo un "pacchetto finito", a prezzi, termini di consegna e qualità predeterminati. Ciò in linea con quanto prescrive il comma 4 dell'art. 176 a norma del quale: " Il contraente generale risponde nei confronti del soggetto aggiudicatore della corretta e tempestiva esecuzione dell'opera, secondo le successive previsioni del presente Capo".

In altri termini il contraente generale è responsabile non solo della mera realizzazione del lavoro ma dell'integrale adempimento delle prestazioni contrattuali, compresa la sua parziale progettazione¹⁷, entro il termine prefissato ed in conformità agli standards qualitativi richiesti.

Ciò posto, per quanto concerne nello specifico la disciplina delle modalità di esecuzione dei lavori affidati al contraente generale, l'art. 176, comma 7, prevede che: "Il contraente generale può eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta a norma del regolamento, ovvero mediante affidamento a soggetti terzi. I terzi affidatari di lavori del contraente generale devono a loro volta possedere i requisiti di qualificazione prescritti dal regolamento, e possono subaffidare i lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici; l'articolo 118 si applica ai predetti subaffidamenti. Il soggetto aggiudicatore richiede al contraente generale di individuare e indicare, in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota non inferiore al trenta per cento degli eventuali lavori che il contraente generale prevede di eseguire mediante affidamento a terzi".

Tale previsione si correla con quella contenuta nell'art. 176, comma 2, lett. g) del Codice, laddove si enumera tra gli obblighi del Contraente generale quello di procedere "all'indicazione, al soggetto aggiudicatore, del piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità, secondo le forme stabilite tra quest'ultimo e gli organi competenti in materia".

Le previsioni sopra riportate riguardano tuttavia espressamente solo l'esecuzione dei lavori; non si rinviene invece nel Codice una disciplina specifica per quanto riguarda l'attività di progettazione.

Per risolvere la lacuna si potrebbe fare riferimento al principio generale espresso dall'art. 162, comma 1, lett. g), del Codice laddove si evidenzia che il contraente generale si caratterizza, tra l'altro, "per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera", e quindi non solo con riguardo alla fase strettamente esecutiva ma anche in quella di progettazione.

In base a tale ricostruzione, quindi, il contraente generale sarebbe libero di affidare all'esterno l'esecuzione delle attività di progettazione, ferma restando ovviamente, anche ai sensi dell'art. 176, comma 7 del Codice, la necessità che tali soggetti siano in possesso dei requisiti indicati dalla legge. Tale interpretazione, de resto, trova conferme anche in dottrina¹⁸.

Per quanto riguarda il punto ii) occorre tenere presente che la disciplina sul contraente generale si limita prevedere, all'art. 176, comma 6, del Codice, che: "Il contraente generale provvede alla esecuzione unitaria delle attività di cui al comma 2 direttamente ovvero, se costituito da più soggetti, a mezzo della società di progetto di cui al comma 10; i rapporti del contraente generale con i terzi sono rapporti di diritto privato, a cui non si applica il presente codice, salvo quanto previsto nel presente capo.[...]"

La norma quindi chiarisce che per esecuzione in proprio si possa intendere anche quella eseguita a mezzo della società di progetto ma non precisa se ciò sia vero anche nel caso in cui l'attività sia espletata attraverso soci diversi da quelli che avevano apportato i requisiti speciali in sede di gara.

Al riguardo occorre segnalare che l'art. 156 comma 2, del Codice - in relazione alle opere ordinarie - prevede che: "I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari". A sua volta, il comma 10 dell'art. 176 del Codice, che disciplina la costituzione della società di progetto nel caso in cui il contraente generale sia composto da più soggetti, prevede espressamente che: "La società è regolata dall'art. 156 e dalle successive disposizioni del presente articolo".

In virtù del rinvio contenuto nell'art. 176 del Codice all'art. 156 sembra potersi ritenere che l'unico limite esistente per l'affidamento delle attività ai soci della società di progetto sia quello del possesso in capo a questi ultimi dei requisiti stabiliti dalla normativa. Tale soluzione trova conferma anche in dottrina¹⁹.

Tale circostanza sembra trovare conferma anche nelle disposizioni contenute nell'art. 176 comma 10 secondo cui "salvo diversa previsione del contratto, i soggetti componenti il contraente generale restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti del soggetto aggiudicatore per la buona esecuzione del contratto" e comma 11 (del tutto analoga a quella presente nell'art. 156 comma 3 del Codice) laddove si afferma che "[...] i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti del contratto, il buon adempimento degli obblighi del contraente generale, sino a che l'opera sia realizzata e collaudata".

¹ Peraltro in linea con l'originaria formulazione dell'art. 153 del Codice, che, come noto, non prevedeva la pubblicazione di un bando o di un avviso indicativo, limitandosi a stabilire che le proposte dei promotori fossero presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non fossero state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre.

² In particolare il secondo periodo del comma 2 dell'art. 175 prevedeva nell'originaria formulazione che: "E' comunque facoltà del promotore presentare proposta per opere per le quali non sia stato pubblicato l'avviso nei termini di cui all'articolo 153".

³ In particolare si ricorda che il secondo decreto correttivo aveva modificato il comma 1 dell'art. 175 prevedendo, da un lato, che "Nella lista è precisato, per ciascuna infrastruttura, il termine entro cui i soggetti aggiudicatori provvedono alla pubblicazione di un avviso indicativo, nonché l'ufficio del soggetto aggiudicatore, competente a ricevere le proposte, presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni ritenute utili" e, dall'altro, che "L'avviso indicativo deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. Nell'avviso indicativo, pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66, il soggetto aggiudicatore individua il termine ultimo, comunque non inferiore a quattro mesi, entro il quale i promotori possono presentare le proposte".

⁴ Al riguardo si ricorda che il 2° decreto correttivo, se da un lato, aveva eliminato il diritto di prelazione in capo al promotore, dall'altro, conservava una posizione di vantaggio per il promotore stesso, dal momento che tale soggetto veniva direttamente ammesso ad una procedura negoziata con i primi due classificati della gara pubblica svolta sulla base della sua proposta, senza aver superato un confronto concorrenziale. _

⁵ Se si aderisse a tale ricostruzione, ne deriverebbe che per procedere all'individuazione del promotore nelle infrastrutture strategiche la procedura utilizzabile sarebbe quella bifasica, nella quale lo svolgimento la prima fase è volto all'acquisizione, sulla base dello studio di fattibilità dell'amministrazione, di un progetto preliminare e del promotore mentre nella seconda fase, che coincide con quella prevista dall'art. 175, comma 5 e 177, comma 2, del Codice, il progetto preliminare approvato è posto a base della procedura per l'individuazione del soggetto aggiudicatario. La peculiarità della disciplina delle infrastrutture strategiche rispetto a quelle ordinarie consiste in ogni caso nel fatto che, in virtù del disposto dell'art. 175, comma 4, del Codice, la procedura potrebbe interrompersi dopo l'individuazione del progetto preliminare, qualora il CIPE decidesse che la realizzazione dell'intervento debba avvenire con una diversa procedura. La ratio di un'ipotetica scelta del legislatore a favore solo della procedura bifasica risiederebbe nell'opportunità di evitare di esperire una procedura a fronte di una proposta che il CIPE potrebbe valutare non meritevole di approvazione. _

⁶ Nello stesso senso anche D. Del Gaizo, *La finanza di progetto nelle infrastrutture strategiche*, in *Finanza di progetto - Temi e prospettive* A cura di Cartei – Ricchi Editoriale scientifica, pag. 339. _

⁷ Cfr. D. Del Gaizo, *La finanza di progetto nelle infrastrutture strategiche*, in *Finanza di progetto - Temi e prospettive* A cura di Cartei – Ricchi Editoriale scientifica, pag. 339. _

⁸ Al riguardo si segnala come la Corte dei Conti (cfr. Deliberazione 13 novembre 2008, n. 87) abbia precisato che nel caso dei soggetti pubblici l'esercizio del riscatto è un obbligo in quanto in assenza di un'acquisizione finale del bene tale modalità potrebbe sbilanciare gli oneri finanziari con pregiudizio di una sana e corretta gestione contabile. _

⁹ Va ricordato, tuttavia, accanto ai potenziali vantaggi del leasing finanziario, che il ricorso a tale strumento comporta il pagamento di un tasso associato al canone di leasing più elevato del tasso passivo che l'amministrazione, in alternativa, pagherebbe per un eventuale indebitamento. _

¹⁰ L'Allegato II del Manuale SEC 95 (Sistema Europeo dei Conti Economici) prevede un diverso trattamento nei conti nazionali delle operazioni di leasing in funzione dei rischi/vantaggi sostenuti/conseguiti da ciascuna delle due parti (pubblica amministrazione e società di leasing). In tal senso anche la Corte dei Conti (Sez. Controllo Lombardia, Parere 87 del 13 novembre 2008) ha precisato la necessità di determinare con esattezza gli importi da corrispondere in sede di esecuzione del contratto, la frequenza e la periodicità dei canoni, la durata del contratto, il canone per il riscatto del bene, le modalità di corresponsione dei canoni periodici e l'eventuale introduzione di clausole di indicizzazione degli stessi, le modalità di esercizio del diritto di riscatto e le procedure di acquisto del bene, nonché le eventuali condizioni per il recesso unilaterale dal contratto in favore della pubblica amministrazione, nonché di

procedere ad un'attenta valutazione di ogni clausola che comporti un onere finanziario per l'ente. _

¹¹ gli studi di fattibilità dovrebbero invece prevedere, come auspicato anche dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto, l'accertamento del cd. "Value for Money", ossia del beneficio, in termini finanziari, derivante del ricorso a tali tipi di operazioni. _

¹² Cfr. Unità Tecnica Finanza di Progetto presso il CIPE, La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità ed il Partenariato pubblico privato, maggio 2008. _

¹³ Art. 3, comma 15-ter. "Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste [...]". _

¹⁴ In questa sede vale la pena evidenziare che, nonostante il leasing in costruendo sia ora espressamente previsto per la realizzazione delle opere pubbliche ordinarie, il dettato dell'art. 53 del d.lgs. n. 163/2006, in cui i sistemi di realizzazione delle opere pubbliche vengono individuati nella concessione e nell'appalto, non è stato modificato. _

¹⁵ Tale ultima previsione è stata introdotta per accogliere l'osservazione del Consiglio di Stato, sez. cons. per gli atti normativi, adunanza del 14.7.2008 secondo il quale era necessario chiarire che al contraente generale che partecipa alle gare per l'esecuzione di opere diverse dalle infrastrutture strategiche si applica comunque la procedura di affidamento di cui agli artt. 176 e 177 del Codice. Peraltro a tale riguardo nell'ambito della Commissione "Proposte di correttivi nell'ambito della legislazione vigente sui lavori pubblici" costituita nel marzo 2010 dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e composta dalle principali stazioni appaltanti e dalle più significative associazioni del settore è stato proposto di chiarire attraverso una modifica normativa, la possibilità per il contraente generale - date le caratteristiche proprie di tale soggetto (che deve essere dotato non solo di adeguata esperienza e qualificazione nelle costruzioni di opere, ma anche di un'adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria) - di concorrere alle gare singolarmente, fermo restando che la propria offerta, così come il contratto che ne deriverà a valle rimane un leasing non già un affidamento a contraente generale. _

¹⁶ In Leasing finanziario immobiliare e PPP, 2008, pag. 12. _

¹⁷ In questo senso De Nictolis, La progettazione e l'espropriazione del general contractor, in Consiglio Stato, 2004, II, 1259 e ss. _

¹⁸ G. Morbidelli, A. Biagini, Le infrastrutture strategiche in Trattato sui contratti pubblici, volume IV - Le tipologie contrattuali, a cura di M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, Giuffrè, pag. 2808 secondo i quali "All'esecuzione del contratto, e cioè sia all'attività di progettazione, di finanziamento e di esecuzione, il contraente generale può provvedere direttamente ovvero a mezzo di società di progetto". _

¹⁹G. Morbidelli, A. Biagini, Le infrastrutture strategiche in Trattato sui contratti pubblici, volume IV - Le tipologie contrattuali, it, pag. 2810.