



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici  
di Lavori, Servizi e Forniture

**Avcp**

## **INFRASTRUTTURE LOMBARDE**

### **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

(aggiornato al 10 febbraio 2011)

#### **Premessa**

Con il presente documento Infrastrutture Lombarde S.p.A., riscontrando la nota dell’Autorità di Vigilanza sui contratti Pubblici (di seguito per brevità Autorità) del 29 dicembre 2010, intende svolgere alcune considerazioni in ordine alle questioni interpretative sollevate in merito alla realizzazione delle infrastrutture strategiche mediante l’istituto della finanza di progetto e mediante contraente generale.

#### **Le problematiche sollevate**

In particolare, l’Autorità ha posto all’attenzione degli interpreti e degli operatori i seguenti quesiti:

- sussistenza dell’obbligo di selezionare il promotore di infrastrutture strategiche mediante procedure competitive analogamente a quanto stabilito dall’art. 153 del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm.ii. (d’ora innanzi Codice) per le infrastrutture ordinarie;
- applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura di gara unica prevista e disciplinata dall’art. 153, commi da 1 a 14 del Codice;
- applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura su iniziativa del privato in caso di inerzia della pubblica Amministrazione prevista dall’art. 153, co. 16, del Codice nonché della procedura relativa alle opere non inserite nel piano triennale disciplinata dal successivo co. 19;
- applicabilità alle infrastrutture strategiche del contratto di locazione finanziaria previsto dall’art. 160 bis del Codice;
- possibilità, per il contraente generale, di affidare la progettazione ad un soggetto diverso da quello costituitosi in associazione temporanea di imprese e risultato aggiudicatario.

#### **Osservazioni in merito alle problematiche sollevate**

##### **Quesito I**

Con il primo quesito ci si chiede se sussista o meno l'obbligo di selezionare il promotore di infrastrutture strategiche mediante procedure competitive analogamente a quanto stabilito dall'art. 153 del Codice per le infrastrutture ordinarie e le opere pubbliche. Prioritariamente, si rileva che la formulazione del primo comma dell'art. 175 del Codice, come modificato dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, non prevede più espressamente la pubblicazione di uno specifico avviso informativo volto a selezionare il promotore ad opera del soggetto aggiudicatore: si ripropone quindi il medesimo impianto normativo contenuto nella versione dell'art. 175, precedente all'entrata in vigore del D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e ciò appare coerente con la riscrittura del project financing di cui all'art. 153 del Codice ad opera del D.Lgs. 152/2008. L'art. 175, co. 1, del Codice prevede chiaramente l'applicabilità "delle procedure" di cui all'art. 153 del Codice alle infrastrutture strategiche, a meno, come si vedrà nel prosieguo, dell'esistenza di una disciplina derogatoria. In tale situazione, la pubblicazione della lista delle infrastrutture (inserite nel programma di cui al comma 1 dell'art. 162 del Codice) da realizzare in project financing costituisce parte integrante della procedura, ed in particolare rappresenta il momento iniziale del procedimento per l'affidamento del contratto, al quale faranno seguito le varie fasi della procedura prevista dal predetto art. 153. Non paiono rinvenirsi nella speciale disciplina relativa alle infrastrutture strategiche norme contrarie a tale conclusione, ossia norme che possano lasciare intendere che la sollecitazione delle proposte non debba avvenire mediante il bando previsto dall'art. 153 comma 1, ma mediante la pubblicazione di un avviso informativo così come previsto dall'art. 175 comma 1 nella formulazione anteriore al D. Lgs n. 152/2008. In particolare, non rileva il co. 2 dell'art. 165 del Codice, a mente del quale "ove il soggetto aggiudicatore intenda sollecitare, per la redazione del progetto preliminare, la proposta di un promotore, ne dà immediata comunicazione al Ministero, ai fini della pubblicazione dell'avviso di cui all'articolo 175, comma 1". Il permanere del riferimento alla "pubblicazione dell'avviso di cui all'articolo 175, comma 1", di cui al comma 2 dell'art. 165 del Codice (norma la cui formulazione è rimasta immutata dall'entrata in vigore del Codice ad oggi) deve infatti essere inteso quale risultato di un mancato raccordo normativo con le modifiche introdotte con il D. Lgs. 152/2008 nella generale disciplina in materia di "finanza di progetto". A tal proposito giova ricordare che, nella sua originaria formulazione l'art. 175, comma 1, per la selezione del promotore rinviava alla disciplina della sollecitazione delle proposte contenuta nell'art. 153 allora vigente, che, al terzo comma, stabiliva che la sollecitazione dovesse avvenire attraverso la pubblicazione, da parte dell'Amministrazione, di un avviso informativo. In tale quadro normativo doveva pertanto ritenersi che "l'avviso di cui all'art. 175 comma 1" richiamato dall'art. 165 co. 2 fosse in realtà l'avviso di cui all'art. 153 co. 3. Il rinvio appena esplicitato all'art. 153 co. 3 da parte dell'art. 165 co. 2 appariva frutto di un'interpretazione sistematica delle norme che esigeva un chiarimento normativo. Pertanto, con il D. Lgs. 113/2007 il legislatore ha introdotto l'obbligo di pubblicazione dell'avviso informativo all'art. 175 comma 1, chiarendo così che anche per le infrastrutture strategiche la sollecitazione dei privati dovesse avvenire mediante la pubblicazione di detto avviso. Com'è noto la Commissione Europea in sede di procedimento di infrazione ha contestato la legittimità della sollecitazione mediante avviso, in quanto quest'ultimo, essendo privo di rilevanza comunitaria, appariva in contrasto con i principi del Trattato. Pertanto, con il D. Lgs. 152/2008, il legislatore, nell'ambito della modifica della disciplina generale della finanza di progetto, ha previsto che la scelta del promotore non possa più essere promossa mediante un mero avviso informativo, bensì mediante la pubblicazione di un

vero e proprio bando. Ne è derivata la coerente eliminazione dell'avviso anche dalla disciplina generale della finanza di progetto per le infrastrutture strategiche. Ad oggi, dunque, l'avviso informativo volto a sollecitare le proposte dei promotori non è previsto né dalla disciplina generale della finanza di progetto né dalla speciale disciplina applicabile alle infrastrutture strategiche. In tale ricostruzione, il termine "avviso" cui fa riferimento l'art. 165 deve intendersi, dunque, implicitamente sostituito dal termine "lista" contenuto all'art. 175 comma 1 cui rinvia l'art. 165 comma 2. In ogni caso l'integrale applicazione delle regole in tema di finanza di progetto alle infrastrutture di cui all'art. 175 del Codice comporta che la relativa procedura si articoli nelle seguenti fasi:

a) individuazione, nel programma di cui all'art. 162, co. 1, del Codice, della lista delle infrastrutture per le quali il soggetto aggiudicatore intende avviare le procedure di gara di cui all'art. 153 del Codice medesimo; b) pubblicazione della lista; c) pubblicazione del bando di gara con riferimento alla specifica infrastruttura destinata ad essere realizzata in project financing.

Avuto riguardo in particolare al bando di gara, in conformità alla previsione di cui all'art. 153 del Codice, il soggetto aggiudicatore ha l'obbligo di definire già nel bando, tra gli altri elementi: i contenuti di cui all'articolo 144 del Codice, le condizioni e i termini per la presentazione delle proposte, nonché i criteri qualitativi e quantitativi, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte medesime. Ciò al fine di garantire i principi fondamentali di evidenza pubblica di cui all'art. 2 del Codice e, tra questi, in particolare, quello di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza.

## **Quesito II**

L'Autorità ritiene che l'art. 175 del Codice (a motivo del generico richiamo all'art. 153 ivi contenuto) non sia chiaro circa l'applicabilità, alle infrastrutture strategiche, di ciascuna delle tre ipotesi di gara previste dalla nuova disciplina in tema di finanza di progetto. In particolare, l'Autorità si interroga in merito all'applicabilità alle infrastrutture strategiche del procedimento di gara unica disciplinato dai commi da 1 a 14 dell'art. 153 del Codice.

In proposito, si ritiene in primo luogo condivisibile il rilievo circa il difetto di coordinamento tra

le norme evidenziato dall'Autorità. Infatti, benché l'art. 165 co. 2 preveda la possibilità per "il soggetto aggiudicatore..." di "sollecitare, per la redazione del progetto preliminare, la proposta di un promotore," ammettendo così l'esperibilità della gara unica, con a base uno studio di fattibilità, gli artt. 175 comma 5 e 177 comma 2 sembrerebbero escludere l'ammissibilità della gara unica. I condivisibili argomenti letterali (art. 175 co. 5 ed art. 177 co. 2) che l'Autorità ha individuato come potenziali ostacoli all'applicabilità della gara unica, non sono però – a nostro avviso – insuperabili. Occorre premettere in proposito che l'art. 153 del Codice è contenuto nella parte II, titolo III, capo III: tale norma, pertanto, ai sensi dell'art. 161 co. 6 si applica in tema di infrastrutture strategiche solo nella misura in cui non risulti derogata dalla disciplina specificamente dettata

in materia dalla parte II, titolo III, capo IV del Codice. Occorre quindi stabilire se l'art. 153 commi da 1 a 14 sia derogato dalle predette disposizioni di cui agli art. 175 co. 5 e

177 co. 2.

In particolare, l'art. 175, co. 5, prevede che la gara di cui all'art. 153 deve essere bandita entro un mese dell'approvazione del progetto preliminare da parte del CIPE. Si condivide al riguardo il rilievo dell'Autorità secondo cui l'attuale formulazione dell'art. 175, co. 5, deriva da un errore di coordinamento causato dalla mera sostituzione, al comma in esame, del rinvio all'art. 155 con il rinvio all'art. 153.

Infatti, il rinvio all'art. 155 consentiva di individuare chiaramente la procedura di gara da bandire entro un mese dalla delibera di approvazione del progetto preliminare: si trattava infatti della sola procedura di gara prevista ai fini dell'affidamento in project, ossia la gara da bandire dopo la sollecitazione mediante avviso.

Viceversa il generico rinvio all'art. 153, che prevede due distinte procedure ai fini dell'affidamento, sembrerebbe rinviare soltanto alla procedura c.d. bifasica, ossia alla procedura da bandire con a base il progetto preliminare. Ne deriverebbe l'inapplicabilità della procedura a gara unica.

A prescindere da questo rilevato ed evidente difetto di coordinamento, sembra comunque sostenibile la tesi per cui l'attuale art. 175 co. 5 non costituisca in realtà un ostacolo all'applicabilità alle infrastrutture strategiche del procedimento a gara unica ex art. 153 commi 1-14. Si può infatti sostenere che il termine di un mese di cui all'art. 175 co. 5, nell'attuale formulazione, trovi applicazione soltanto con riferimento alla procedura di gara

c.d. bifasica di cui all'art. 153 co. 15, ossia all'unica ipotesi di gara in finanza di progetto in cui, secondo le norme oggi vigenti, il bando viene pubblicato in seguito all'approvazione del progetto preliminare.

In particolare, l'art. 153 co. 15 lettera c), si limita a stabilire che successivamente all'approvazione del progetto preliminare (che costituisce in sostanza l'esito della prima fase di gara) deve essere bandita una nuova gara con a base il progetto approvato, senza indicare entro quale termine tale gara debba essere bandita.

In questo modo, l'art. 175 comma 5 si limita ad integrare, mediante l'apposizione di un preciso termine acceleratorio, la disciplina generale della finanza di progetto allo scopo di garantire la più celere realizzazione delle infrastrutture strategiche, senza però escludere, di

per sé, l'applicabilità della procedura di gara c.d. monofasica di cui agli artt. 153 commi 1-14,

da bandire dopo la pubblicazione della lista di cui all'art. 175 comma 1. Altrettanto superabile risulta il tenore letterale dell'art. 177 cui, sensi dell'art. 175 co. 5, occorre far riferimento ai fini della procedura di gara.

Rileva infatti che l'art. 177 co. 2, nel prevedere che il progetto preliminare dev'essere posto a base di gara, si riferisce alle concessioni; pertanto si tratta di capire se tale riferimento riguarda sia la finanza di progetto sia l'affidamento mediante concessione ad iniziativa pubblica.

Al riguardo sembra preferibile affermare che l'art. 177 comma 2 sia espressamente riferito alle sole ipotesi di concessione ad iniziativa pubblica e che, conseguentemente, i commi dell'art. 177 applicabili alla procedura di gara in finanza di progetto siano:

- l'art. 177 co. 1, ai sensi del quale l'aggiudicazione avviene mediante procedura ristretta;

- l'art. 177 co. 3, che attribuisce al soggetto aggiudicatore la facoltà di prevedere nel bando un numero minimo e/o massimo di partecipanti alla gara;

- l'art. 177 co. 4, che esplicita una serie di criteri che devono necessariamente essere tenuti in considerazione, anche se non in via esclusiva, per la selezione dell'aggiudicatario (prezzo, valore specificati, seppur in via non esclusiva, dall'art. 177 comma 4).

Peraltro, nonostante sia possibile, come appena visto, superare in senso positivo i dubbi interpretativi circa l'applicabilità alle infrastrutture strategiche della procedura di gara unica ex art. 153 commi 1-14, è comunque auspicabile una più chiara formulazione, da parte del legislatore, delle norme in commento, avendo in particolare riguardo alla formulazione dell'art. 175 co. 5 ed alla portata del rinvio, ivi contenuto, all'art. 177. Ciò appare necessario soprattutto in considerazione dei rilevanti interessi pubblici correlati alla realizzazione di tali infrastrutture e degli ingenti costi che gli operatori del settore si trovano spesso a dover affrontare a causa delle numerose incertezze interpretative.

Queste sono le valutazioni sotto il profilo giuridico – interpretativo. Quanto all'opportunità di affidare l'infrastruttura strategica selezionando il concessionario attraverso la gara unica disciplinata dall'art. 153, commi 1-14, si osserva che ponendo a base di gara il mero studio di fattibilità di un'infrastruttura strategica si corre il rischio di appesantire il procedimento di aggiudicazione, poiché quest'ultimo dovrebbe necessariamente essere completato con l'approvazione del progetto preliminare da parte del

CIPE (approvazione che, com'è noto, raramente viene rilasciata in tempi rapidi). Ne potrebbe così derivare un aggravamento della procedura in contrasto con la ratio di snellimento sottesa alla disciplina in materia di infrastrutture strategiche che già troppe volte, in passato, è stata disattesa.

Una gara fondata sullo studio di fattibilità, inoltre, rischierebbe di rendere difficilmente prevedibili i costi effettivi dell'operazione per i privati, con correlativo rischio, per la Pubblica Amministrazione, di dover affrontare in corso di esecuzione ingenti spese inizialmente non previste. Come rilevato in modo del tutto condivisibile anche dall'Autorità, inoltre, l'assenza dell'approvazione del progetto preliminare al momento del bando introdurrebbe indubbi elementi di aleatorietà nella procedura che potrebbero mal conciliarsi con il carattere strategico delle infrastrutture oggetto della gara e con i principi stessi delle procedure ad evidenza pubblica in termini di rispetto della par condicio, della trasparenza della procedura e dell'efficienza dell'attività amministrativa.

Pertanto, si ritiene che il ricorso alla procedura di gara (unica e bifasica) per la realizzazione di infrastrutture strategiche debba essere particolarmente ponderato e approfondito sotto il profilo operativo, al fine di individuare un percorso procedurale e un iter approvativo dei progetti, di aggiornamento dei quadri economici e di modalità di revisione dei piani economico-finanziari adeguato alle modalità di svolgimento di una gara con promotore.

### **Quesito III**

Con riferimento al terzo quesito inerente la possibilità, o meno, di ricorrere, per la realizzazione delle infrastrutture strategiche, ex articolo 161 e ss. del Codice, alle procedure ad iniziativa privata disciplinate dagli art. 153, commi 16 e 19, del Codice medesimo, si ritiene condivisibile la soluzione negativa cui perviene l'Autorità. Ed infatti, nonostante si possa concludere che in termini generali, nell'ambito del sistema delineato anche - e non solo - dal Legislatore del 2008, alcuna incompatibilità

possa rinvenirsi dall'applicabilità della procedura ad iniziativa privata alla realizzazione delle cd. infrastrutture strategiche, tuttavia appare dirimente la circostanza che, ai sensi del citato articolo 161, co. 6, la disciplina di cui all'art. 153 del Codice (quale norma contenuta nella parte II, titolo III, capo III del Decreto medesimo) trovi applicazione alle infrastrutture strategiche solo in quanto non derogata dalla normativa specificatamente ad esse dedicata.

Orbene, proprio l'art. 175, co. 2, del Codice disciplina specificatamente la fattispecie in esame, caratterizzando l'istituto di alcune peculiarità – tratteggiate dall'Autorità stessa - in deroga alla citata disciplina di cui all'art. 153, commi 16 e 19, del Codice medesimo. Tale dato normativo basta ad escludere, di per sé, l'applicabilità alle procedure di realizzazione delle infrastrutture strategiche dell'art. 153, commi 16 e 19, del Codice, senza che si rendano utili ulteriori valutazioni di merito.

In ogni caso, sotto il profilo operativo, apparirebbe opportuno introdurre una specifica previsione normativa diretta ad individuare le ipotesi in cui il Ministero è tenuto a valutare le proposte trasmesse dagli operatori: così, sarebbe infatti possibile coinvolgere in modo ancora più rilevante ed efficace le iniziative dei privati a concorrere con i loro capitali alla realizzazione di infrastrutture strategiche, in conformità alla ratio degli istituti di partenariato pubblico – privato, cui va ricondotto l'istituto della finanza di progetto.

#### **Quesito IV**

Il quarto quesito sottoposto dall'Autorità riguarda l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto della locazione finanziaria, appositamente disciplinata dall'art. 160-bis del Codice e nello specifico, la possibilità di applicare tale fattispecie alle infrastrutture strategiche di rilevanza nazionale di cui alla parte II, titolo III, capo IV del Codice.

Al riguardo, si ritiene di poter svolgere le seguenti considerazioni.

**1.** Come noto, la struttura dell'operazione di locazione finanziaria prevede che una parte – il soggetto utilizzatore – si obblighi (con un contratto di locazione finanziaria) a pagare ad un'altra parte – concedente il leasing – canoni periodici per avere la disponibilità di un bene di cui il concedente ha acquistato la proprietà o che ha fatto costruire (con un contratto di appalto) secondo le indicazioni e le richieste dell'utilizzatore stesso, che ha poi il diritto potestativo di riscattare la proprietà del bene. Vengono così coinvolti tre diversi soggetti, che con riguardo al contratto di locazione finanziaria per la costruzione (o leasing in costruendo) di opere pubbliche, sono così individuati:

- l'Amministrazione utilizzatrice della opera pubblica che inizia a versare i canoni da quando ottiene la disponibilità del bene e quindi, da quando ne è ultimata la realizzazione da parte dell'appaltatore-costruttore;

- l'appaltatore-costruttore che realizza l'opera secondo le richieste dell'Amministrazione utilizzatrice;

- la società di leasing che assume i rischi dell'investimento e la titolarità della proprietà del bene fino al riscatto da parte dell'Amministrazione. La proprietà del bene in capo al concedente è strumentale all'attuazione dello scopo sotteso all'operazione, ossia che l'Amministrazione utilizzatrice possa avere la disponibilità del bene senza dover

affrontare - subito ed in un'unica soluzione - l'investimento che viene anticipato dalla società di leasing.

L'Amministrazione ha però un vero e proprio obbligo di acquistare la proprietà del bene alla scadenza del contratto, con la conseguenza che la locazione finanziaria per le opere pubbliche va ricondotta a quella particolare figura che viene generalmente definita "leasing traslativo", perché avente come scopo il trasferimento della proprietà all'utilizzatore (cioè, all'Amministrazione).

La dottrina e la giurisprudenza – da ultimo il TAR Lombardia con una recentissima sentenza della primavera del 2010 – hanno infatti ritenuto che l'unica forma di leasing ammissibile per la costruzione di opere pubbliche sia quella del "leasing traslativo": in particolare, si è evidenziato che "appare vincolata la scelta finale dell'acquisto del bene [...] come soluzione ragionevole sin dalla conclusione del contratto", in quanto "sarebbe illogico ed antieconomico sottrarsi al riscatto finale, trattandosi di un prezzo generalmente irrisorio rispetto ai canoni già versati con periodicità"<sup>1</sup>. In tali termini, soltanto la locazione finanziaria "traslativa", "consolidando l'acquisto della proprietà del bene in capo all'Ente pubblico, realizza l'obiettivo di incrementare stabilmente il patrimonio indisponibile dell'Amministrazione, con conseguenti effetti positivi sulla sana e corretta gestione patrimoniale della 'res pubblica'<sup>2</sup>. Viceversa, si determinerebbe un'immotivata esposizione finanziaria dell'Ente, che potrebbe configurare un'ipotesi di responsabilità erariale e contabile.

Ne deriva che la funzione economico-sociale del contratto di locazione finanziaria per la realizzazione dei beni pubblici non si risolve nel puro e semplice finanziamento del bene, giacché l'Amministrazione non realizza soltanto il proprio interesse ad acquisire la disponibilità di un bene, ma dà anche attuazione - in via principale e prioritaria - all'interesse di far realizzare un'opera socialmente rilevante per destinarla stabilmente al servizio della

collettività, senza doverne pagare - in un'unica soluzione - il prezzo di acquisto. La locazione finanziaria non costituisce dunque una semplice modalità di finanziamento delle opere pubbliche ma rappresenta una vera e propria modalità di realizzazione delle stesse, come peraltro si evince anche dalla lettera dell'art. 160-bis, che descrivendo l'oggetto del contratto di locazione finanziaria, si riferisce proprio all'acquisizione, alla realizzazione ed al completamento delle opere pubbliche.

**2.** Ciò posto in merito alla natura ed alle finalità del contratto di locazione finanziaria per la costruzione di beni pubblici, occorre considerare che le infrastrutture strategiche, individuate ai sensi della L. n. 443/2001 (cd Legge Obiettivo), sono soggette ad una disciplina speciale che ne regola le modalità di realizzazione, le procedure di aggiudicazione e le obbligazioni a cui sono tenuti gli affidatari.

In particolare, le modalità di realizzazione delle infrastrutture strategiche sono tipiche e vengono specificamente individuate dall'art. 173 del Codice, in base al quale - "in deroga all'art. 53 del Codice" - la realizzazione delle infrastrutture è oggetto di:

- "concessione di costruzione e gestione";
- "affidamento a contraente generale".

La norma non prevede la possibilità di realizzare l'opera strategica mediante la locazione finanziaria di cui all'art. 160-bis del Codice. Tuttavia, l'art. 161, co. 6, del Codice stabilisce che, "in quanto non derogate" dalla disciplina speciale, possono essere applicate alle infrastrutture strategiche le disposizioni della parte II, titolo III, capo III del Codice "(promotore finanziario e società di progetto)", tra le quali è compreso

anche l'art. 160-bis. Sotto tale profilo, non appare poi rilevante che l'art. 161, co. 6 - pur richiamando per intero il predetto capo III, della parte II, titolo III - si riferisca ancora alla sua originaria rubrica, poi modificata in "promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori" dal D.Lgs. n. 113/2007. Ed, infatti, il mancato adeguamento della rubrica potrebbe essere un difetto di coordinamento del Codice alle modifiche del D.Lgs. n. 113/2007: infatti, la rubrica del capo III non è stata adeguata in nessuna delle norme del Codice che ad esso rinviano (v. art. 195 e 197, co. 3, del Codice).

Deve pertanto ritenersi che tutto il predetto capo III ed in particolare, l'art. 160-bis siano applicabili alle infrastrutture strategiche, salvo deroga da parte della normativa speciale. L'art. 173 del Codice si limita, però, a derogare espressamente solo alla regola generale di cui all'art. 53, sicché non sussiste una deroga espressa al disposto di cui all'art. 160-bis del Codice.

Né pare sussista una deroga implicita: ed invero, la finalità della deroga all'art. 53 da parte dell'art. 173 si ricollega alla complessità di realizzazione e gestione delle opere nonché all'entità degli impegni gestionali e finanziari a tal fine necessari, che hanno indotto il legislatore a coinvolgere accanto alle Amministrazioni aggiudicatrici soggetti terzi su cui far gravare interamente l'onere e il rischio di realizzazione dell'infrastruttura<sup>3</sup>.

Sotto questo profilo, però, la locazione finanziaria appare in linea con la ratio sottesa all'art. 173 del Codice di porre a carico dei privati tutti gli oneri di finanziamento e di realizzazione dell'opera strategica, giacché anche, nel caso della locazione finanziaria, gli operatori privati coinvolti, ossia il soggetto finanziatore ed il soggetto appaltatore/costruttore, assumono tutti gli oneri ed i rischi della realizzazione dell'infrastruttura.

**3.** Esiste poi un altro importante argomento di ordine letterale per poter sostenere che la locazione finanziaria possa essere applicata alle infrastrutture strategiche.

Tale argomento si ricava dalle norme di procedura previste dal Codice per l'aggiudicazione del contratto di locazione finanziaria, che viene svolta sulla base di un bando in cui vanno determinati "i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione [...]".

Infatti, l'art. 160-bis del Codice prevede che a detta procedura può "partecipare un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale".

In ogni caso, "il soggetto finanziatore, autorizzato ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. Nel caso in cui l'offerente sia un **contraente generale**, di cui all'articolo 162, comma 1, lettera 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".

Viene così disciplinata una procedura di gara volta a selezionare gli affidatari delle attività previste dal contratto di locazione finanziaria, ossia il soggetto finanziatore ed il soggetto costruttore, che sono chiamati a svolgere attività da tenere rigorosamente distinte. Infatti, il finanziatore deve essere soggetto appositamente autorizzato a norma



del testo unico bancario e non può svolgere l'attività di costruzione dell'opera, a motivo del divieto di esercizio di attività diverse da quelle finanziarie e creditizie<sup>4</sup>, mentre il soggetto costruttore non può eseguire le prestazioni del finanziatore, per non incorrere nel divieto di esercizio abusivo di attività bancaria.

Il soggetto finanziatore ed il costruttore possono partecipare alla gara in raggruppamento temporaneo tra loro, ovvero vi può partecipare il soggetto finanziatore come unico concorrente in avvalimento con il costruttore o ancora, il costruttore come unico concorrente in avvalimento con il finanziatore<sup>5</sup>.

E' poi espressamente ammesso a partecipare alla gara anche il contraente generale.

Il contraente generale non è però figura generale o ordinaria per il Codice, ma è applicabile esclusivamente alle infrastrutture strategiche.

Infatti, vista la complessità delle infrastrutture strategiche, il legislatore ha previsto la figura di un contraente unico o generale che assume nei confronti dell'Amministrazione un'obbligazione di risultato, finalizzata alla realizzazione dell'opera a costi contrattualmente predefiniti, che è tenuto ad eseguire svariate prestazioni strumentalmente collegate alla realizzazione dell'opera strategica: l'acquisizione delle aree, anche svolgendo le procedure espropriative su delega della stazione appaltante; la progettazione definitiva; la sottoposizione del progetto ad approvazione del CIPE; l'esecuzione dell'opera "con qualsiasi mezzo"; la direzione dei lavori e soprattutto, il prefinanziamento di una parte dell'opera.

Alla luce di queste considerazioni dunque, parrebbe ritenersi che l'art. 160-bis, del Codice abbia ammesso il contraente generale a partecipare alla gara per rendere la fattispecie della locazione finanziaria applicabile alla realizzazione delle infrastrutture strategiche.

D'altra parte, proprio a motivo del riferimento al contraente generale, la dottrina ha sollevato il dubbio se la figura del contraente generale operi soltanto per le infrastrutture strategiche o se invece sussista una legittimazione generale del contraente generale, per tutte le opere pubbliche. Gli autori hanno infatti ipotizzato che il generico riferimento al contraente generale comporta l'applicazione della locazione finanziaria alle infrastrutture strategiche ed inoltre, che il contraente generale può operare anche rispetto alle altre opere pubbliche, diverse dalle infrastrutture strategiche<sup>6</sup>.

Su suggerimento del Consiglio di Stato, il legislatore ha confermato l'opinione della dottrina e, con le modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 152/2008, ha espressamente previsto che il contraente generale può partecipare **anche** alle gare per l'aggiudicazione di contratti di locazione finanziaria aventi ad oggetto opere pubbliche diverse dalle infrastrutture strategiche di cui alla parte II, titolo III, capo IV<sup>7</sup>: in questo modo, si è chiarito che il contraente generale ha una legittimazione ordinaria ad eseguire il contratto di locazione finanziaria e si è, al contempo, confermata la concreta ed effettiva applicabilità della locazione finanziaria alle infrastrutture strategiche.

In particolare, nel caso di locazione finanziaria avente ad oggetto la realizzazione di infrastrutture strategiche, alla procedura di gara per l'aggiudicazione del contratto dovrà partecipare un soggetto costruttore che rivestirà la qualità di contraente generale.

Tale soggetto non potrà però concedere il finanziamento dell'opera, perché - come già evidenziato - deve sussistere un'alterità soggettiva tra il finanziatore ed il costruttore. Il soggetto costruttore dovrà quindi partecipare alla gara di aggiudicazione del contratto di locazione finanziaria in raggruppamento con un soggetto finanziatore o in alternativa, come concorrente unico in avvalimento con un soggetto finanziatore.

Alla luce di tutte le considerazioni sopra svolte, deve concludersi che il Codice non contiene un divieto normativo all'applicazione della locazione finanziaria alle opere

pubbliche che costituiscono infrastrutture strategiche di rilevanza nazionale. Ciò nondimeno, allo scopo di fugare ogni dubbio in merito alla portata applicativa dell'istituto appare auspicabile un'interpretazione autentica del legislatore o, in alternativa, una modifica diretta a risolvere il difetto di coordinamento tra l'art. 160-bis e l'art. 173 del Codice, prevedendo direttamente quale modalità di realizzazione delle infrastrutture strategiche la locazione finanziaria di cui all'art. 160-bis del Codice, in aggiunta all'affidamento al contraente generale ed alla concessione di costruzione e gestione.

Da ultimo, pare doveroso richiamare l'attenzione delle Amministrazioni su un ulteriore profilo che potrebbe portare ad escludere – in concreto – la possibilità di far ricorso all'istituto in commento.

La struttura dell'operazione di leasing prevede che l'opera pubblica sia di proprietà del soggetto concedente il leasing fino a quando non verrà riscattata dall'Amministrazione. Ne deriva che i beni pubblici a cui può essere applicata la locazione finanziaria sono esclusivamente i beni suscettibili di formare oggetto di proprietà privata in capo al soggetto concedente il leasing<sup>8</sup>, con esclusione di tutti i beni demaniali che - a norma dell'articolo 823

c.c. - "sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi". Sotto questo profilo, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore, per chiarire che in ogni caso, le opere pubbliche, ivi comprese le infrastrutture strategiche, possono essere oggetto di locazione finanziaria in deroga alla previsioni del codice civile. In mancanza di tale precisazione, sarebbe necessario verificare caso per caso, quale sia il regime giuridico

applicabile alle opere oggetto di locazione finanziaria allo scopo di stabilire se esse appartengano al demanio pubblico o possano essere oggetto di proprietà privata di terzi. In ogni caso, a prescindere dalle considerazioni sopra svolte con riguardo alla possibilità di

fare ricorso all'istituto della locazione finanziaria, per l'interpretazione dell'impianto sistematico del Codice, si evidenziano una serie di perplessità di carattere pratico: infatti, l'affidamento al contraente generale prevede la posticipazione del pagamento del corrispettivo dovuto al costruttore, che - mediante la società di progetto costituita con il concorso di istituzioni bancarie ed assicurative - potrà reperire le risorse finanziarie necessarie alla realizzazione dell'opera emettendo obbligazioni sul mercato del credito. Il contraente generale, insomma, già si occupa del finanziamento dell'opera strategica, con la conseguenza che la locazione finanziaria sotto il profilo operativo potrebbe risolversi in una duplicazione non necessaria dell'affidamento a contraente generale, con la previsione di pagamenti differiti nel tempo.

Al riguardo, occorrerà necessariamente valutare e motivare adeguatamente la scelta della modalità che si intende seguire per la realizzazione di un intervento – quale una infrastruttura strategica – attraverso l'utilizzo della locazione finanziaria, al fine di garantire un utilizzo efficiente delle risorse pubbliche, svolgendo analisi comparative con riguardo alla convenienza economica e finanziaria dello strumento

- sia rispetto ad altre forme di finanziamento quali, in particolare, l'accensione di un mutuo a valere sul bilancio dello Stato,

- sia rispetto ad altre modalità di esecuzione dei lavori pubblici, quali la concessione di lavori pubblici e il contraente generale. Infine, dovrà necessariamente essere verificata e garantita la copertura finanziaria - nel tempo - dei canoni di leasing che andranno a gravare sul bilancio delle Amministrazioni.

## Quesito V

Con riguardo al quinto quesito, occorre anzitutto distinguere a seconda che il contraente generale rivesta o meno la qualifica di soggetto aggiudicatore. A) Infatti, se il contraente generale selezionato dall'Amministrazione fosse un soggetto aggiudicatore ai sensi dell'art. 3, co. 26 del Codice non potrebbe esimersi dall'applicare le disposizioni di cui all'art. 164 del Codice medesimo.

Tale norma introduce una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quanto previsto in via ordinaria dal Codice stabilendo che l'affidamento delle attività di progettazione e degli altri servizi pertinenti le infrastrutture strategiche, di ammontare pari o superiore alla soglia comunitaria, è regolato dalle norme di cui alla parte II ("Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari" e alla parte III ("Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali")), mentre l'affidamento di quelli sottosoglia è affidato nel rispetto dei principi di "trasparenza, adeguata pubblicità e imparzialità imposti dall'osservanza dei Trattati".

Si tratta - come noto - di una bipartizione non coincidente alla tripartizione prevista per l'affidamento della progettazione delle opere ordinarie, che all'art. 91 individua anche una soglia intermedia di 100.000 euro (e quindi: al di sotto di 100.000 euro affidamento nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità; affidamento dei servizi tra

100.000 euro e la soglia comunitaria; affidamento di servizi al di sopra della soglia comunitaria). L'art. 164 coordina poi il rinvio alla parte II e III con le restanti norme del Capo IV della parte II, titolo III del Codice prevedendo direttamente l'inapplicabilità degli artt. 90 ("progettazione interna ed esterna alle Amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici"), 91 ("procedure di affidamento") e 92 ("corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti"). In questo modo, il legislatore ha inteso escludere le disposizioni incompatibili con la disciplina speciale dettata dal predetto art. 164, ossia: le previsioni dirette ad individuare le fattispecie in cui l'Amministrazione deve direttamente provvedere alla progettazione e quelle in cui la progettazione può essere esternalizzata, previo svolgimento di procedure ad evidenza pubblica; le norme in materia di procedure di affidamento; le disposizioni relative ai corrispettivi ed agli incentivi per la progettazione.

Tuttavia, l'art. 164 del Codice non dovrebbe condurre anche all'inapplicabilità delle previsioni di cui agli artt. 90, 91 e 92 che non sono in contrasto con la finalità di coordinamento sottesa all'individuazione delle norme non applicabili all'affidamento dei servizi di progettazione. In particolare, dovrebbe ritenersi che l'art. 164 del Codice non comporti l'inapplicabilità dell'art. 91, co. 3 del Codice, circa il divieto di esternalizzare e frazionare i servizi di progettazione (ad eccezione delle attività di carattere meramente accessorio e strumentali indicate all'art. 91, co. 3, del D.Lgs. n. 163/2006), attesa la natura dell'attività stessa riconducibile alla categoria delle c.d. opere dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo<sup>9</sup>.

Infatti, l'art. 91, co. 3 esprime un principio di ordine generale in materia di affidamento dei servizi di progettazione, posto a tutela delle Amministrazioni aggiudicatrici ed ispirato alla necessità di ricondurre la responsabilità della progettazione ad un unico centro decisionale e di garantire l'instaurazione di un rapporto diretto tra l'Amministrazione ed il professionista<sup>10</sup>, principio che appare del tutto compatibile con il disposto di cui all'art. 164 del Codice.

Pertanto, il contraente generale che riveste la qualifica di Amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 3 del Codice sarebbe tenuto a rispettare il divieto del

subappalto della progettazione, con la conseguenza che dovrebbe eseguire la progettazione direttamente o mediante i propri soci, purché qualificati, in forza del rinvio alla disciplina della finanza di progetto ad opera dell'art. 176, co. 10.

**B)** L'ipotesi prevista sub A appare però residuale sotto il profilo applicativo. In linea di principio, il contraente generale è infatti un operatore privato privo dei requisiti propri di organismo pubblico che quindi non rientra nel novero dei soggetti Aggiudicatori. In tal caso, il contraente non è tenuto all'applicazione dell'art. 164 del Codice, ma all'applicazione delle specifiche disposizioni di cui all'art. 167.

**B.1.** Così siccome l'art. 162, lett. g stabilisce che al contraente generale viene affidata "la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura", autorevole dottrina ha ritenuto che il contraente generale possa affidare a terzi i lavori oggetto di affidamento mediante contratti di natura fiduciaria soggetti all'applicazione del codice civile<sup>11</sup>, così come si verifica per l'affidamento dei lavori.

Tale conclusione, d'altra parte, appare in linea con la finalità del legislatore di attribuire al contraente generale una serie di obbligazioni – che vanno dalla progettazione, al prefinanziamento di una parte dell'opera ed all'assunzione dell'obbligo di risultato – garantendogli però "la libertà di forme nella realizzazione", ossia un'ampia autonomia organizzativa, diretta ad assicurare la semplificazione delle procedure e l'accelerazione dei tempi di esecuzione.

La tesi della dottrina, seppur autorevolmente sostenuta, non sfugge però ad una serie di considerazioni critiche, che evidenziano quanto meno un difetto di coordinamento del Codice e rendono auspicabile un ulteriore intervento chiarificatore da parte del legislatore.

**B.2.** Ed infatti, l'interpretazione sia letterale sia sistematica della normativa vigente in materia di affidamento della progettazione e dei servizi di ingegneria condurrebbero ad escludere la possibilità per il contraente generale di affidare a terzi i servizi di progettazione, per le ragioni di seguito esposte.

Avuto innanzitutto riguardo alla normativa specifica in tema (sub art. 176, co. 6, del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm.ii.), il contraente generale può provvedere all'esecuzione del contratto – e cioè, sia all'attività di progettazione, sia alle attività tecnico – amministrative inerenti l'acquisizione delle aree, sia all'attività di finanziamento e sia a quella di esecuzione - direttamente ovvero a mezzo della società di progetto, cui partecipano, oltre ai soggetti componenti il contraente generale, anche istituzioni finanziarie, assicurative e tecnico operative preventivamente indicate in sede di gara. Nell'ambito di tutte le suddette prestazioni contrattuali, il legislatore - in coerenza con la disciplina generale vigente in materia di affidamento di lavori e servizi, da una parte, e di servizi di architettura ed ingegneria, dall'altra, come si motiverà alla successiva lett. c)- ha ammesso la possibilità per il contraente generale di esternalizzare le prestazioni contrattuali ai soli "lavori", chiedendo, a tal fine, allo stesso di individuare e indicare in sede di offerta, le imprese esecutrici di una quota non inferiore al 30% degli eventuali lavori che prevede di eseguire mediante affidamento a terzi. Nulla il legislatore ha invece previsto in tema di attività di progettazione del contraente generale, che, pertanto, già alla luce della disciplina specifica in materia, devono essere eseguite solo dal contraente generale - ovvero dalla società di progetto mediante affidamento ai propri soci, purché qualificati, in forza del rinvio alla disciplina della finanza di progetto. Occorre inoltre considerare che, qualora il progetto definitivo non sia stato posto a base di gara, il contraente generale deve provvedere allo sviluppo del progetto definitivo e alle attività tecnico – amministrative occorrenti al soggetto aggiudicatore per pervenire

all'approvazione del progetto definitivo da parte del CIPE: si tratta, pertanto, di una attività di progettazione ma anche di una attività di supporto tecnico – amministrativo presso il CIPE, in funzione ausiliaria rispetto al soggetto aggiudicatore. Ciò vale ad escludere la possibilità di esternalizzare la prestazione a terzi. L'impostazione che esclude la possibilità di esternalizzare a terzi l'attività di progettazione appare infine coerente con il divieto generale di affidamento a terzi di servizi di architettura ed ingegneria.

Ed infatti, fuoriuscendo dalla disciplina specifica in tema di contraente generale, e avuto riguardo alla normativa generale in materia, il principio vigente è quello del divieto di esternalizzare e frazionare i servizi di progettazione (ad eccezione delle attività di carattere meramente accessorio e strumentali, indicate all'art. 91, co. 3, del Codice). Alla luce di tutti gli argomenti di carattere letterale e sistematico sopra richiamati, la tesi secondo cui il contraente generale potrebbe affidare liberamente a terzi i servizi di progettazione non appare del tutto convincente, mentre invece sembrerebbe preferibile la diversa soluzione secondo cui anche il contraente generale che non è soggetto aggiudicatore ai sensi dell'art. 3 del Codice è tenuto ad eseguire direttamente l'attività di progettazione o mediante i soci della società di progetto.

---

<sup>1</sup> In questo senso, TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 5.5.2010, n. 1675; v. anche Circolare ANCE in data 22 gennaio 2007, n. 6. \_

<sup>2</sup> V. Corte dei Conti, Sezione regionale di Controllo per la Lombardia, deliberazione 13 novembre 2008, n. 87. \_

<sup>3</sup> V. G. CORSO-F. SATTA, in "Trattato sui contratti pubblici", diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, GIUFFRÈ Editore, 2008, vol. IV, 2853. \_

<sup>4</sup> V. art. 106, D.Lgs. n. 385/1993 e TAR Umbria, sentenza n. 412 in data 3 luglio 2001. \_

<sup>5</sup> La procedura di gara e la natura delle reciproche obbligazioni in capo al soggetto costruttore ed al soggetto finanziatore sono state recentemente illustrate dalla sentenza del TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 5.5. 2010, n. 1675, che ha evidenziato come in ogni caso si tratta di ipotesi raggruppamento di imprese e di avvalimento atipici che rinviengono la propria ratio nell'eterogeneità dei soggetti coinvolti, appartenenti a settori (finanziario ed edilizio) assolutamente distanti tra loro: per questa ragione il legislatore avrebbe escluso la responsabilità solidale del costruttore e del finanziatore. \_

<sup>6</sup> Circolare ANCE in data 22 gennaio 2007, n. 6; Il Leasing Finanziario Immobiliare e PPP, studio dell'unità tecnica finanzia di progetto, istituita presso il CIPE, 2008. \_

<sup>7</sup> Parere del Consiglio di Stato n. 2357 del 14 luglio del 2008, al Terzo correttivo del Codice. \_

<sup>8</sup> In questo senso, v. Corte dei Conti, Sezione di Controllo per la Lombardia, sentenza n. 1139/2009. \_

<sup>9</sup> Cfr. Deliberazione dell'Autorità di Vigilanza in data 21 aprile 2004, n. 3. \_

<sup>10</sup> Determinazione dell'Autorità di Vigilanza data 13 dicembre 2006, n. 107; v. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2005, n. 1075. Cfr. Deliberazione dell'Autorità di Vigilanza in data 13 dicembre 2006, n. 107; v. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2005, n. 1075. \_

<sup>11</sup> R. DE NICTOLIS in Trattata sui Contratti pubblici, IV Le tipologie contrattuali, Milano 2008, 2682; v. anche T. PAPARO in Commentario al Codice dei Contratti pubblici, a cura di MARCELLO CLARICH, Torino, 2010, 850. \_