

REGIONE EMILIA-ROMAGNA

**KIT
SUL
LEASING IN COSTRUENDO**

NUOVAQUASCO

Dicembre 2011 Regione Emilia-Romagna – Italia
Responsabile del Progetto: LEONARDO DRAGHETTI, responsabile del Servizio Opere e lavori pubblici. Legalità e sicurezza. Edilizia pubblica e privata della Regione Emilia-Romagna
Progettazione e coordinamento: MAURIZIO BALDISSERRI, Servizio Opere e lavori pubblici. Legalità e sicurezza. Edilizia pubblica e privata della Regione Emilia-Romagna
Progetto realizzato da: NUOVAQUASCO SCRL
Responsabile Area appalti pubblici: MASSIMO CATALDI
Ricerca e redazione dei testi: FEDERICO VENTURA
Supporto attività: STEFANIA CAPELLI

INDICE

1. Premessa

2. LE FASI PER COMPIERE UNA OPERAZIONE DI LEASING IN COSTRUENDO

3. LA STRUTTURA DEL KIT

.1.

PREMESSA

Questo breve scritto è un documento di accompagnamento al KIT SUL LEASING IN COSTRUENDO ed è rivolto principalmente alle Amministrazioni Locali del territorio emiliano-romagnolo.

Il KIT SUL LEASING IN COSTRUENDO nasce dal concreto bisogno manifestato dalle diverse Amministrazioni di conoscere uno strumento di realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità per mezzo di modalità differenti e diverse rispetto al classico schema giuridico dell'appalto.

Infatti, il costante diminuire delle risorse economiche a disposizione delle diverse amministrazioni, dovute sia al decrescere costante di risorse pubbliche sia ai forti limiti del c.d. "patti di stabilità", impongono agli operatori di utilizzare forme giuridiche maggiormente complesse ed

articolate rispetto al contratto di appalto, rientranti in senso più generale nello schema del partenariato pubblico-privato, il c.d. PPP.

Il contratto di leasing o locazione finanziaria rientra a pieno titolo tra le forme di PPP, andandosi, ad affiancare, tra gli altri istituti, alle diverse forme di concessione e di project financing, oggetto del KIT SULLA FINANZA DI PROGETTO redatto nel 2010.

IL KIT SUL LEASING IN COSTRUIENDO si pone quindi come un secondo momento di approfondimento, successivo a quello già svolto nello scorso anno in tema di finanza di progetto.

Il leasing in costruendo ha ricevuto nel nostro ordinamento un riconoscimento esplicito, essendo in pratica passato da contratto atipico e non regolamentato se non nella prassi commerciale a contratto tipico, quantomeno nell'ambito pubblicistico.

L'art. 3, c. 15 *ter* del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, per come introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152 del 2008) definisce normativamente il concetto di PPP, recitando: *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. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo*

per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.

Fra i contratti di PPP, il Codice dei contratti pubblici va a definire, all'art. 3, c. 15 bis, come introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152/08 il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, come *"il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori"*.

L'art. 160 bis del d.lgs. n. 163/06, per come introdotto ad opera dell'art. 2, c. 1 lett. pp) del d.lgs. 113/07 e successivamente modificato per opera dell'art. 2, c. 1, lett. nn) del d.lgs. 152/08 è esplicitamente dedicato al c.d. leasing in costruendo

essendo rubricato *"Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità"* recitando:

1. Per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria, che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo.

2. Nei casi di cui al comma 1, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, determina 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, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3. 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. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche.

4. L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste.

4-bis. 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.

4-ter. 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.

4-quater. 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.

Inoltre, le recenti novità normative apportate ad opera del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, hanno ulteriormente

specificato ed affinato la normativa in materia, in particolare per quanto attiene ad uno strumento operativo fondamentale in materia come lo studio di fattibilità.

Da ultimo la l. 12 luglio 2011, n. 106, in conversione con modificazioni del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. decreto sviluppo) ha ancora innovato in materia ed apportato ulteriori novità di certo rilievo.

La concreta applicazione della sopra riportata normativa non è però immediata e richiede alcune capacità e conoscenze che esulano dallo stretto dettato normativo.

Il KIT SUL LEASING IN COSTRUIENDO e il presente breve scritto di accompagnamento intendono fornire alcuni elementi utili per la concreta applicazione dell'istituto normativamente previsto, mediante un primo approfondimento basato sui dubbi e sulle criticità più diffuse tra gli

operatori pubblici relative alla concreta applicazione dell'istituto, su come è necessario operare in sede di gara e su come è opportuno agire in sede di esecuzione.

.2.

LE FASI PER COMPIERE UNA OPERAZIONE DI LEASING IN COSTUENDO

LA PRIMA FASE AD INIZIATIVA PRIVATA: L'INIZIATIVA DELL'OPERAZIONE

L'art. 153, 19 *bis* del Codice dei contratti pubblici, come introdotto dall'art. 4, comma 2, lettera q), l. n. 106/11, prevede che *“La proposta di cui al comma 19, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 160-bis.”*

Sul punto, le novità dell'estate del 2011, hanno una portata notevolmente innovativa, creando infatti, per la prima volta nel nostro ordinamento, il leasing in costruendo *“ad iniziativa privata”*.

Fino a quel momento l'iter di affidamento del contratto di leasing in costruendo pubblico poteva

essere *“azionato”* solo dalla Pubblica amministrazione, mentre la vigente normativa prevede che gli operatori economici possano presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in leasing di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

In tal caso la proposta deve contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile.

La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti specifici, dalla cauzione provvisoria e dall'impegno a prestare una cauzione nel caso di indizione di gara.

In caso di ricevimento di dette proposte l'amministrazione aggiudicatrice ha il compito di valutare, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta, potendo invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione.

Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse.

Il progetto preliminare, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di

programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

Il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato.

Il progetto preliminare approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore del leasing.

Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto.

Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

I concorrenti, compreso il promotore, devono presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario

asseverato nonché le eventuali varianti al progetto preliminare.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta.

Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta.

Pertanto ad oggi il nostro ordinamento conosce due forme di leasing, ad iniziativa pubblica ed a iniziativa privata, con diversi iter di aggiudicazione.

LA PRIMA FASE AD INIZIATIVA PUBBLICA: LO STUDIO DI FATTIBILITA'

L'art. 14 del dPR 207/10 indica i contenuti dello studio di fattibilità andando per la prima volta a disciplinarne i contenuti minimi.

Lo studio di fattibilità si compone di una relazione illustrativa contenente:

- a) le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, economico-finanziarie dei lavori da realizzare;
- b) l'analisi delle possibili alternative rispetto alla soluzione realizzativa individuata;
- c) la verifica della possibilità di realizzazione mediante i contratti di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, c. 15 *ter*, del Codice;
- d) l'analisi dello stato di fatto, nelle sue eventuali componenti architettoniche,

geologiche, socio-economiche, amministrative;

- e) la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce.

Inoltre lo studio di fattibilità deve contenere l'analisi della fattibilità finanziaria (costi e ricavi) con riferimento alla fase di costruzione, l'analisi della fattibilità economica e sociale (analisi costi-benefici).

Nella redazione dello studio di fattibilità, soprattutto nelle ipotesi di PPP e, fra queste, nel caso di leasing in costruendo, è opportuno che vi sia un approccio basato sul metodo del c.d. *Public sector*

comparator finalizzato ad individuare i principali costi e ricavi del progetto ed i rischi dell'intervento.

In alternativa si potrà seguire un metodo più semplice basato su una valutazione di convenienza economico e finanziaria dell'operazione, basato su una analisi della onerosità del canone specifico da pagare.

In buona sostanza è bene sottolineare come il leasing sia una operazione con risvolti al contempo:

- a) tecnico-progettuali;
- b) economico-finanziari;
- c) giuridici.

Serviranno pertanto diverse competenze per redigere lo studio di fattibilità in grado di dialogare tra loro al fine dei creare una analisi completa dell'intervento.

Dal punto di vista giuridico, lo studio di fattibilità dovrà dimostrare come il metodo del

leasing sia stato confrontato con i diversi metodi di realizzazione di opere pubbliche come tipicamente l'appalto o la concessione di lavori pubblici o il project financing.

In questo contesto sarà necessario collegare l'analisi giuridica con quella tecnica e con quella economica.

Se l'opera è qualificabile come "calda", ossia generante flussi di cassa monetari in entrata, il leasing potrà essere alternativo ad una concessione di lavori pubblici o ad una operazione di project financing, che potrebbero risultare maggiormente convenienti.

Se l'opera è qualificabile come "fredda", allora il leasing dovrà essere confrontato con quella particolare forma di concessione c.d. "ad utilizzazione diretta della P.A." disciplinata dall'art. 143, c. 9 del Codice dei contratti pubblici, norma che recita: *"le amministrazioni aggiudicatrici possono*

affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera".

La differenza, dal punto di vista giuridico tra leasing e concessione con utilizzazione diretta sta nella allocazione sul privato del rischio ed alea economico finanziaria: tale rischio è trasferito sul privato nelle ipotesi di concessione, mentre resta sulla pubblica amministrazione nei casi di leasing.

LA SECONDA FASE: LA PROGRAMMAZIONE

L'art. 128 del Codice dei contratti pubblici prevede che l'inclusione di un intervento negli strumenti di programmazione e, segnatamente, nell'elenco annuale sia subordinata, per i lavori di importo inferiore a euro 1.000.000 alla previa approvazione dello studio di fattibilità e, per i lavori di importo superiore o uguale a euro 1.000.000, alla previa approvazione del progetto preliminare, redatta ai sensi dell'art. 93 del Codice dei contratti pubblici.

Il progetto preliminare o lo studio di fattibilità e il piano annuale dei lavori, che forma parte integrante del bilancio dell'ente, sono atti fondamentali che, negli enti locali, sono approvati dal Consiglio Comunale a norma dell'art. 42 del d.lgs. 267/00 e ss.mm.ii., il c.d. T.U.E.L.

La programmazione degli interventi è legata e connessa alle logiche e scelte finanziarie dell'ente,

soprattutto per quanto riguarda le fonti di finanziamento e la loro gestione nel tempo: gli investimenti programmati devono essere previsti nel bilancio pluriennale e in particolare trovare spiegazione nella relazione revisionale e programmatica.

Nel caso di leasing in costruendo il legame tra piano annuale e individuazione delle fonti di finanziamento trova riscontro normativo nell'art. 199, c. 1, lett. g) del TUEL in base al quale, per l'attivazione di ogni investimento, l'ente può utilizzare "*altre forme di ricorso al mercato finanziario consentite dalla legge*".

Il leasing, infatti, a differenza di altre forme di PPP, come a titolo esemplificativo le concessioni, è contemporaneamente una operazione di partenariato ed una operazione di finanziamento.

Per questo secondo aspetto, l'amministrazione deve adeguarsi al principio

fondante dell'art. 119 della Costituzione, nonché agli artt. 202, 203 e 204 del TUEL in base ai quali gli enti locali possono ricorrere all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento ed il ricorso all'indebitamento è ammesso solo nelle forme e nei modi previsti dalla vigente normativa.

In questo contesto lo studio di fattibilità previamente realizzato rispetto all'inserimento dell'opera nel piano annuale o eventualmente prima del progetto preliminare dovrà contenere una analisi sulle possibili fonti di finanziamento, distinguendo le possibili fonti proprie da quelle di indebitamento.

Tra le diverse forme di indebitamento, sarà necessario esaminare l'efficacia e possibilità di ricorrere a contratti di mutuo (anche per mezzo della Cassa Depositi e Prestiti o di altri enti finanziatori di enti pubblici, come a titolo esemplificativo l'Istituto per il credito sportivo)

nelle forme del tasso fisso o del tasso variabile, o il ricorso al leasing.

Queste logiche e queste strategie pubbliche sono quelle che devono porsi alla base all'ordine di priorità che è necessario dare ai lavori inseriti nella programmazione.

LA TERZA FASE: IL CONTRATTO DI LEASING IN COSTRUIENDO E LA PROGETTAZIONE (ALMENO DI LIVELLO PRELIMINARE)

Seppur il contratto di leasing sia stipulabile solo dopo esperimento di procedura ad evidenza pubblica, lo stesso va pensato e costruito prima della gara, per basare su di esso la gara stessa.

Con esso va realizzato anche il progetto dell'opera, che deve essere almeno di livello preliminare.

Se l'intervento è di importo superiore a euro 1.000.000 il progetto preliminare dovrà essere realizzato per inserire l'intervento nel piano annuale.

E' nella discrezionalità della stazione appaltante decidere di redigere anche i successivi livelli progettuali: se si può ritenere nella maggior parte dei casi non efficace realizzare il terzo

passaggio progettuale, ossia il progetto esecutivo, la redazione del secondo passaggio, ossia il progetto definitivo, appare in molti casi opportuna per avere una definizione dell'opera maggiormente confacente agli interessi pubblici.

Il contratto di leasing, nasce come contratto totalmente atipico, disciplinato solo dall'art. 1322 del codice civile che prevede come "*le parti possono determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*", con la sola eccezione del c.d. leasing "internazionale" disciplinato dalla Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988, ratificata in Italia per opera della l. n. 259/93.

Con gli interventi normativi del Codice dei contratti pubblici, in ambito pubblicistico di lavori, il leasing finanziario in costruendo (o contratto di locazione finanziaria per opera da realizzare) è divenuto, invece, un contratto tipico, ossia previsto normativamente, non perdendo però ampi margini

di autonomia privata nella definizione del suo contenuto.

Altre forme di leasing restano incluse ancora nell'alveo della atipicità e totale autonomia delle parti, in alcuni casi con dubbia applicabilità nell'ambito pubblicistico per distonia con l'art. 97 della Costituzione ed il principio di buon andamento della pubblica amministrazione (a titolo esemplificativo il c.d. *sale and lease back* (c.d. locazione di ritorno); di converso il leasing operativo su beni mobili, seppur ancora uno strumento atipico, è utilizzabile nell'ambito pubblico.

Il leasing finanziario, a differenza di altre forme di leasing, comporta un rapporto contrattuale trilaterale, composta dal:

- a) concedente finanziatore (intermediario finanziario);
- b) conduttore (la pubblica amministrazione);

c) fornitore del bene (il costruttore).

Il concedente finanziatore acquista il bene oggetto di contratto dal fornitore e lo cede in utilizzo al conduttore che si impegna a pagare un canone di utilizzo periodico concordato.

Il conduttore utilizza un bene di proprietà del concedente finanziatore per un periodo di tempo concordato al termine del quale ha una opzione di scelta:

- a) restituire il bene utilizzato al concedente finanziatore;
- b) acquistare il bene dietro corresponsione di un prezzo finale, mediante il diritto potestativo attribuito dal contratto del riscatto del bene.

Nella prassi privata vi è, in genere, anche una terza scelta opzionale corrispondente alla proroga della locazione con rideterminazione del canone; in

ambito pubblicistico tale scelta è difficilmente applicabile in quanto il canone di proroga dovrebbe essere già determinato fin dall'inizio, essendo difficilmente applicabile una negoziazione post termine del primo contratto di leasing, non trovando copertura nell'art. 57 del Codice dei contratti pubblici, norma che prevede le procedure negoziate legittime nel nostro ordinamento.

La peculiarità del leasing immobiliare in costruendo sta nel fatto che il bene oggetto di contratto è un immobile e che lo stesso non è già esistente al momento della stipulazione dell'accordo di leasing, ma verrà ad esistenza in costanza di adempimento contrattuale.

Il fatto che nel leasing in costruendo vi sia la realizzazione di lavori pubblici abbinato al fatto che l'art. 160 *bis*, c. 1 del Codice dei contratti pubblici recita che il "(...) *contratto di locazione finanziaria (...)* costituisce *appalto pubblico di lavori (...)*" ha portato alcuni a ritenere che il contratto di leasing non solo è

un contratto trilaterale (concedente, conduttore e costruttore) ma è addirittura un accordo che si forma per mezzo di due distinti contratti e non di un solo contratto.

I sostenitori di questa tesi prevedono un primo contratto, di leasing, tra l'Amministrazione e il soggetto finanziatore e, un secondo accordo, un appalto, tra l'Amministrazione e il soggetto costruttore.

Il descritto approccio è possibile anche se con determinate cautele che oltre si diranno, ma di certo non si può sostenere che sia l'unico applicabile escludendo l'ipotesi di un solo contratto.

In questo caso il contratto è unico e prevede come parti sia l'Amministrazione sia i due privati, finanziatore e costruttore, avendo per oggetto sia il finanziamento sia la realizzazione dell'opera.

Orbene, l'art. 160 *bis*, c. 1 del Codice dei contratti pubblici definisce il leasing come un appalto, utilizzando l'accezione di appalto pubblicistica, come si può capire da una lettura sistematica della norma che è inserita nel Codice dei contratti pubblici e non in una fonte privatistica.

La norma in commento specifica infatti che il leasing è da considerarsi un appalto, e tra gli appalti deve essere un appalto di lavori, a meno che i lavori siano solo accessori e complementari al finanziamento.

Con questo la norma vuole escludere, in primo luogo, che il leasing sia annoverabile tra le concessioni, strumenti contrattuali che richiedono il trasferimento di rischi ed alee economico-finanziarie in capo al privato, cosa da escludere nel contratto di leasing in quanto il privato non assume rischi di mercato. Pertanto si può affermare che concessione di lavori pubblici e leasing di lavori siano entrambe annoverabili tra gli strumenti di partenariato

pubblico-privato, con la profonda differenza che solo con la concessione vi è allocazione di rischi economico-finanziari sul privato, cosa assente nel leasing.

In secondo luogo, la norma in commento vuole specificare che, tra gli appalti, il leasing va incluso tra quelli di lavori e non tra quelli di servizi (finanziari in particolare).

Questo comporta una serie di conseguenze in materia di programmazione, progettazione, gara, esecuzione e collaudo.

L'art. 160 *bis* del Codice dei contratti pubblici non ha, invece, l'intento di assimilare il leasing ad un contratto di appalto privatisticamente inteso.

Infatti nel nostro ordinamento il termine appalto ha due significati distinti, uno pubblicistico ed uno privatistico.

Gli appalti pubblici di lavori sono i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione (si veda art. 3, cc. 6 e 7 del Codice dei contratti pubblici).

Il leasing rientra a tutti gli effetti nella sopra citata definizione di "appalto di lavori pubblici".

L'appalto, privatisticamente inteso, è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro (si ceda art. 1655 del Codice civile).

Il leasing non rientra nell'alveo definitorio dell'art. 1655 cc in quanto il costruttore non realizza l'opera della Amministrazione e dalla stessa viene pagata, come nello schema dell'appalto, ma viene pagato dal finanziatore e realizza un'opera di proprietà dello stesso, e la pubblica amministrazione non paga il costruttore ma invece il finanziatore.

Quindi non vi è dubbio che il contratto di leasing sia un contratto trilaterale rientrante nell'ambito degli appalti pubblici di lavori, ambito in cui rientrano anche i contratti di appalto privatisticamente intesi che sono però ipotesi contrattuali notevolmente diverse da quelle di leasing.

Orbene, ciò detto, si crede che la questione se il contratto di leasing sia da includere in un unico atto documentale o sia invece scindibile in due documenti, appare quantomeno ridimensionata.

Infatti appare con chiarezza come lo schema legislativo prevedesse un unico atto contrattuale, ma *nulla questio* se tale documento viene diviso in due atti; però in questo secondo caso si rimarrà nell'alveo della legittimità solo ove i due contratti sia tra loro collegati e strutturalmente inscindibili.

Il fenomeno del collegamento negoziale consiste in un nesso di interdipendenza tra due o più negozi giuridici. Quand'anche i singoli atti siano stipulati da soggetti differenti.

In altre parole, i contratti possono essere anche due, ma la causa dell'accordo deve essere unitaria in quanto l'operazione (finanziamento e realizzazione) è unitaria e inscindibile.

Pertanto l'inadempimento del finanziatore deve portare a risoluzione del contratto non solo dallo stesso sottoscritto con la Pubblica amministrazione, ma anche al contratto sottoscritto con il costruttore e, viceversa, inadempimenti del

costruttore devono avere conseguenze dirette anche per il finanziatore.

Si può quindi dire che sia possibile stipulare il contratto di leasing in costruendo mediante un unico atto contrattuale avente per parti il finanziatore, il conduttore pubblico e il costruttore e, alternativamente, mediante due atti negoziali divisi ma tra loro collegati (uno tra Amministrazione e finanziatore e uno tra Amministrazione e costruttore).

Il secondo non sarà però un contratto di appalto, in quanto il costruttore non realizza l'opera per l'Amministrazione, ma per il finanziatore e quindi esce dall'alveo dell'appalto ex art. 1655 cc.

Spesso, addirittura, i contratti sono più di due in quanto vi sono elaborati contrattuali che prevedono gli impegni post costruzione in tema di operatività e manutenzione del bene realizzato.

Ciò che è illegittimo è compiere operazioni di leasing mediante due o più distinti contratti non collegati tra di loro, uno di finanziamento ed uno di appalto.

Se così si vuole procedere è necessario porre in essere una operazione disgiunta di mutuo e appalto, con due distinte gare e due distinti affidamenti e, in questo caso, gli inadempimenti dell'appaltatore non avranno alcuna rilevanza sul soggetto erogatore del mutuo e gli inadempimenti di quest'ultimo non potranno essere opposti all'appaltatore che manterrà il diritto di essere pagato.

Si hanno, in quest'ultimo caso, due operazioni disgiunte, una di finanziamento e una di appalto di costruzione; il leasing si differenzia da questa ultima ipotesi contrattuale perché è l'operazione è unitaria: in quanto tale dovrebbe trovare regolamentazione contrattuale in un unico contratto; se così non avviene, in due documenti

contrattuali collegati e inscindibili, con clausole in comune e richiami espressi.

Quanto qui affermato avrà dirette ripercussioni sulla gara e sulla esecuzione del contratto.

LA QUARTA FASE: LA PROCEDURA DI GARA E LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO

Le fasi della procedura di affidamento sono rappresentate dai seguenti passaggi:

- a) la determinazione a contrarre;
- b) la gara mediante procedura ad evidenza pubblica;
- c) l'aggiudicazione definitiva e l'efficacia della stessa;
- d) la stipulazione del contratto.

Tutto l'iter deve essere improntato a garantire la qualità delle prestazioni e deve essere retta dai principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, nel rispetto dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate dal Codice dei contratti pubblici.

La determinazione a contrarre, di competenza dirigenziale, detta al responsabile unico del procedimento, RUP, le basi per le seguenti fasi, andando ad indicare idonea motivazione delle scelte operate ed i presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno orientato le scelte discrezionali dell'Amministrazione verso uno strumento così peculiare come il leasing in costruendo.

Lo studio di fattibilità dell'intervento deve sorreggere e coincidere con le scelte definite nella determina a contrarre, consentendo al RUP di compiere le opportune attività.

La gara si svolge mediante invito nei casi di importo dei lavori al di sotto di euro 1.000.000, iva esclusa, o mediante pubblicazione di bando sopra tale importo.

Per lavori di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, iva esclusa, la gara avrà seguirà le norme in materia di gare sopra soglia.

Il bando o la lettera di invito, ferme le altre indicazioni previste dal Codice dei contratti pubblici, prevede:

- a) i requisiti soggettivi dei partecipanti, distinti in requisiti di legittimazione a contrarre (art. 38 del Codice), requisiti di professionalità (art. 39 del Codice) e requisiti di qualificazione/capacità (artt. 40-42 del Codice); i requisiti di professionalità e di qualificazione/capacità saranno profondamente diversi tra finanziatore e costruttore;
- b) requisiti funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione;
- c) le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera;
- d) i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione;
- e) i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A base di gara è posto un progetto di livello almeno preliminare.

In gara si potranno presentare diverse tipologie di offerenti:

- a) associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore, dal soggetto progettista/realizzatore;
- b) un soggetto finanziatore che si avvale di un soggetto progettista/costruttore;
- c) un contraente generale (nei soli casi di applicazione dell'istituto) .

E' da escludere l'ipotesi di partecipazione di un soggetto progettista/costruttore che si avvale di un soggetto finanziatore.

La gara potrà essere esperita mediante procedura aperta o mediante procedura ristretta, e nei casi previsti dalla vigente normativa, mediante procedura negoziata.

Il criterio di scelta dovrà essere l'offerta economicamente più vantaggiosa, pertanto la stazione appaltante dovrà indicare, per un totale di 100, i punti da assegnare al prezzo ed i punti da assegnare alla qualità.

I criteri qualitativi dovranno essere il più possibile specifici, indicando le finalità che si vogliono perseguire, nel rispetto del concetto del *value for money*, ossia scambio tra denaro pubblico e valore-qualità privata.

La gara dovrà essere esperita da una commissione giudicatrice che concluderà le operazioni di gara mediante aggiudicazione provvisoria.

Compite le verifiche di legge l'aggiudicazione definitiva diverrà efficace.

Rispettato il c.d. *stand still*, ossia l'attesa di 35 gg. tra aggiudicazione definitiva e stipulazione del

contratto, si potrà andare a conclusione del contratto.

LA QUINTA FASE: L'ESECUZIONE CONTRATTUALE (REALIZZAZIONE DELL'OPERA, UTILIZZAZIONE DELL'OPERA E PAGAMENTO DEL CANONE).

In un contratto di leasing in costruendo, l'affidatario ha l'obbligazione contrattuale di provvedere alla predisposizione dei livelli progettuali successivi a quelli posti a base di gara ed all'esecuzione dell'opera ed al finanziamento della stessa.

A seguito di stipulazione del contratto il primo adempimento sarà la progettazione dell'opera (di livello definitivo e/o esecutivo).

L'Amministrazione avrà l'onere di approvare il progetto e di convocare, se del caso, la conferenza di servizi per l'approvazione del progetto stesso.

La progettazione dovrà inoltre essere verificata e validata.

A seguito di approvazione e validazione del progetto esecutivo si potrà dare inizio all'esecuzione dell'opera.

In corso di esecuzione, l'Amministrazione non svolgerà i ruoli di direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza e collaudo, ma mediante il RUP, avrà compiti di sorveglianza e vigilanza sull'adempimento del privato al fine di controllare l'adempimento dei patti assunti nell'accordo di leasing.

Il contratto di leasing sul punto dovrà esplicitamente andare a prevedere quali saranno le conseguenze e le responsabilità in caso di varianti in corso d'opera, ritardi, compensazione dei prezzi etc.

A collaudo dell'opera effettuato, il finanziatore la concederà in utilizzo all'Amministrazione che dovrà parare il canone locativo.

Il contratto di leasing deve contenere aspetti legati alla manutenzione ed operatività del bene, che potranno anche essere contenuti in apposito documento contrattuale.

E' bene specificare che la peculiare gara che sta a monte della fase esecutiva di un contratto di leasing ha ripercussioni anche in sede contrattuale.

Sia in caso in cui in gara si sia presentato un raggruppamento temporaneo di concorrenti, sia nel caso in cui il concorrente abbia fatto uso dell'avvalimento è necessario specificare che queste due istituti trovano nel contratto di leasing peculiari declinazioni.

In caso di raggruppamento la responsabilità dei soggetti raggruppati è del tutto peculiare.

La responsabilità "esterna" ossia quella nei confronti della stazione appaltante è unitaria, ossia i

soggetti privati sono comunque coinvolti in una operazione unitaria e unitariamente ne rispondono.

La differenza rispetto ai comuni metodi di raggruppamento, sta nella responsabilità interna dei diversi soggetti raggruppati, i quali non sono qui solidalmente responsabili: ognuno risponde delle proprie inadempienze e dovrà risarcire i danni subiti non solo dalla stazione appaltante, ma anche dai soggetti ad esso raggruppati.

In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti il raggruppamento, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche.

LA SESTA FASE: IL RISCATTO DEL BENE

Il contratto di leasing, a differenza di un comune contratto di appalto, è un accordo di durata.

La durata contrattuale è decisa contrattualmente e deve essere connessa alla c.d. *affordability* della Pubblica Amministrazione, ossia della capacità economica di pagare il canone nel corso del tempo.

Al termine del tempo contrattualmente stabilito, l'Amministrazione dispone, in quanto prevista dall'accordo, di una opzione di scelta tra:

- a) riscattare il bene, divenendone proprietaria, previo pagamento di un prezzo finale di riscatto;
- b) concludere l'utilizzazione del bene.

La scelta dovrà essere motivata e circostanziata sulle esigenze della stazione appaltante al momento della stessa.

Una eventuale scelta di termine di locazione basata sull'assenza di risorse economiche per il riscatto si esporrebbe a certi rischi di illegittimità in quanto non sarebbe una scelta di libera discrezionalità, ma una scelta obbligata in base alla situazione economica dell'ente.

.3.

LA STRUTTURA DEL KIT SUL LEASING IN COSTRUENDO

Il KIT SUL LEASING IN COSTRUENDO, di cui il presente scritto rappresenta documento introduttivo e di accompagnamento, si struttura in quattro principali ambiti a loro volta divisi in sezioni.

Gli ambiti principali sono:

1. NORMATIVA

2. GIURISPRUDENZA

3. PROCEDURE

4. UTILITA'

5. IL MERCATO IN EMILIA-ROMAGNA

6. RASSEGNA STAMPA

1. NORMATIVA

Qui si riportano:

LEGGI

In un ordinamento come il nostro, basato sulla fonte normativa scritta, a differenza degli ordinamenti di *common law* basati sul precedente del giudice, diviene di primaria importanza partire dalla fonte di legge per giungere alla corretta applicazione dei diversi istituti.

Il KIT pertanto vuole fornire una raccolta della normativa in materia di leasing in costruendo nell'ambito pubblico, che dia conto delle diverse norme che incidono sulla materia sono di diverse fonti e di diversi livelli.

Si potranno pertanto trovare le norme di matrice comunitaria, ossia un livello normativo che incide ed ha effetti su più Stati in un sistema coordinato che tende al libero mercato, incentivando attraverso i pubblici approvvigionamenti proprio la concorrenza "per" il mercato.

Nella sezione sono incluse le norme di livello nazionale-statale, fonte del diritto predominante in questo campo.

Seppur il ruolo delle fonti regionali in materia sia stato fortemente limitato dalle pronunce della Corte Costituzionale, gli spazi per la normazione regionale sono ancora di non poco conto. Si troverà anche una raccolta delle norme regionali in materia.

AUTORITA' DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, seppure non si pronuncia con statuizioni vincolanti, fornisce comunque un valido supporto per la risoluzione di questioni incidenti sulla materia.

La presente parte contiene fornisce tutte le determinazioni e tutte le deliberazioni dell'Autorità di

Vigilanza sui contratti pubblici in materia di leasing in costruendo nell'ambito pubblico.

2. GIURISPRUDENZA

L'esame delle pronunce dei giudici in materia riveste comunque un ruolo di centrale utilità per la corretta applicazione delle normative.

In questa parte sono incluse le pronunce dei giudici nazionali che hanno avuto per materia del contendere questioni attinenti al leasing in costruendo nell'ambito pubblico.

Sempre più infatti, realmente dirimente per l'azione dell'operatore non è tanto solo la conoscenza della norma giuridica, quanto piuttosto la conoscenza di come tale norma è interpretata dai giudici quando sono chiamati a decidere su di essa.

Seppure il nostro ordinamento non conosca l'istituto del precedente, appare ovvio che l'esame di casi

simili o addirittura uguali a quelli trattati può aiutare chi opera nel prendere decisioni consapevoli e ponderate.

Si includono sia le pronunce sia del Consiglio di Stato, sia dei diversi Tribunali amministrativi regionali, della Corte dei Conti, della Corte di Cassazione o tribunali di merito, secondo una divisione cronologica per anno.

Si forniscono al che le massime delle sentenze, al fine di consentire un esame ragionato e puntuale delle stesse pronunce.

La ricerca nella giurisprudenza di casi analoghi o situazioni similari a quella di interesse è quindi un buon metodo operativo.

3. PROCEDURE

Qui si riportano:

SCHEMI

La presente parte evidenzia in modo visivo, mediante schemi, la procedura di affidamento del contratto di leasing in costruendo.

In questo modo, mediante schema grafico si crede sia più agevole monitorare le varie fasi del procedimento.

Si sottolinea che lo strumento è solo un modo per rendere visivo e diviso in parti un iter di certa complessità che non si può riassumere in uno schema così conciso, ad ogni buon conto la divisione in fasi e sottofasi può essere necessaria per pianificare i tempi e dividere le diverse attività.

MODELLI TIPO

La redazione di documenti amministrativi è una operazione sempre complessa e di necessario approfondimento caso per caso.

Il KIT fornisce agli operatori pubblici alcuni schemi tipo dei principali documenti ed atti che devono essere posti in essere e pubblicati per la procedura di gara finalizzata alla selezione del locatore finanziario.

Appare ovvio che, come ogni modello, anche quelli qui riportati devono essere modificati e integrati al variare delle diverse esigenze e delle diverse procedure.

Ad ogni buon conto una base di partenza può risultare utile per poi apporvi le dovute integrazioni.

4. UTILITA'

La parte dedicata alla analisi ha lo scopo di fornire una schema logico delle opportunità e delle criticità legate all'utilizzo dello strumento del leasing in costruendo.

Inoltre, nella sezione dedicata alla documentazione sono riportati approfondimenti e documenti istituzionali che hanno ad oggetto aspetti di natura fiscale, contabile e finanziaria.

5. MERCATO IN EMILIA ROMAGNA

In questa parte, si riportano ed esaminano i dati in possesso dell'Osservatorio sui contratti pubblici della Regione Emilia Romagna, SITAR, per alcune analisi in materia di "mercato" e nello specifico di interesse degli operatori economici e delle pubbliche amministrazioni per lo strumento del leasing in costruendo.

6. RASSEGNA STAMPA

La sezione raccoglie gli articoli sul leasing in costruendo nella *NewsLetter Appalti* di NuovaQuasco scrl.

Di ogni articolo è riportato il riferimento della testata giornalistica, la data di pubblicazione, il numero della *NewsLetter* nella quale è stato segnalato e una breve recensione.

La *NewsLetter Appalti* è uno strumento informativo dedicato agli appalti pubblici; informa con la rassegna stampa degli articoli più interessanti pubblicati dalla stampa nazionale e riviste specializzate; le novità normative e i commenti di esperti del settore; le massime più interessanti della giurisprudenza; la segnalazione di siti Internet dove reperire la documentazione tecnica sugli appalti pubblici.