

D. Sterrantino (Ufficio Tecnico n. 5/2009 1/5/2009)

Giovedì 23 Luglio 2009 01:00

Il leasing immobiliare nella costruzione di opere pubbliche

Tratti essenziali ed indicazioni interpretative del nuovo art. 160 bis del codice dei contratti, che dopo anni di incertezze normative e travagliate sperimentazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, introduce in via definitiva nel mondo dei lavori pubblici l'istituto del leasing in costruendo

Facendo seguito a quanto disposto dai commi 907 e 908 e da 912 a 914 della legge finanziaria 2007, i committenti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici possono oggi altresì avvalersi "per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità" del contratto di locazione finanziaria. Questo il principio, finalmente affermato in via generale, che fa capo alla regolamentazione dettata dagli artt. 3 e 160-bis del Codice, dopo le modifiche introdotte dal recente terzo decreto correttivo (d.lgs. n. 112/2008), che definiscono il contratto *de qua* come un "appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo". L'introduzione di tale principio, nonché della sovra riportata definizione, costituisce il punto di arrivo di un lungo iter, normativo e giurisprudenziale, che aveva concesso in precedenza solo una serie di episodiche e circoscritte aperture all'utilizzo dell'istituto nell'ambito delle opere pubbliche.

Con ciò mostrando, come in altre occasioni, una generale resistenza della nostra giurisprudenza e del nostro legislatore verso l'utilizzo di contratti atipici da parte dei committenti pubblici, nell'opinione che in virtù dei principi di tipicità e di legalità dell'azione amministrativa le varie amministrazioni possano compiere esclusivamente gli atti di diritto privato per i quali esista una espressa autorizzazione di legge.

Come premesso, il contratto di leasing (da intendersi ovviamente *in costruendo*) è qualificato quale **appalto pubblico di lavori**, e come tale deve essere sottoposto in via generale alle previsioni ad esso dedicate.

Per anni, il principale ostacolo a delineare l'istituto del leasing come modalità di realizzazione di un'opera pubblica è stata infatti proprio la sua configurazione come appalto di servizi (finanziari) e non anche come appalto di lavori, e pertanto la conseguente sottrazione della scelta dell'esecutore alle rigide regole concorrenziali dettate dalla legge quadro 11 febbraio 1994 n. 109 (c.d. legge Merloni); si ricordano in tal senso, ad esempio, le deliberazioni dell'Autorità di Vigilanza 4 dicembre 2002 n. 337 e 22 ottobre 2003, n. 279.

Ai fini della partecipazione, ferme le altre indicazioni previste dal Codice, spetta alla stazione appaltante determinare i **requisiti** soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi, 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.

Quanto alle possibili **tipologie di soggetti contraenti**, dalla lettura del combinato disposto dei commi 2, 3 e 4 *bis* dell'articolo, se ne possono individuare tre:

- un **sogetto finanziatore**, autorizzato ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 s.m.i. che dispone, se del caso **avvalendosi** delle capacità di altri soggetti, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto;
- una **associazione temporanea** costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta. Con l'espressa previsione che 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;
- un contraente generale.

In termini di **obblighi e rapporti** tra le società contraenti e le amministrazioni committenti sono

da annotare poi le previsioni del comma 4 dell'articolo, che condiziona espressamente *“l'adempimento degli impegni della stazione appaltante ... al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste”*.

La previsione sembrerebbe così, anche se in maniera un po' criptica ad onor del vero, voler affermare la piena applicazione delle norme in materia di **collaudo** (chiamato *“positivo controllo”*) e di vigilanza da parte di un **Responsabile Unico del Procedimento**, che rimane ovviamente di nomina della pubblica amministrazione.

Rimangono tuttavia da individuare puntualmente i compiti allo stesso attribuiti e le funzioni esercitate, che non possono non tenere conto della necessaria flessibilità di cui deve godere lo strumento della locazione finanziaria. A parere di chi scrive, pertanto, assume piena percorribilità un'interpretazione che attribuisca in via analogica al RUP i compiti previsti dall'art. 176 comma 3, in ipotesi di affidamento a contraente generale. In tal maniera, ad esempio, il responsabile del procedimento non avrebbe alcun coinvolgimento nei pagamenti effettuati dal soggetto finanziatore (società di leasing o contraente generale) in favore del soggetto realizzatore dell'opera. In ordine alla **direzione lavori**, invece, sembrerebbe potersi interpretare che, parimenti a quanto avviene nelle ipotesi di affidamento in concessione, la stessa sia affidata ai soggetti contraenti.

Quanto alla progettazione, l'art. 160-*bis* prevede che la stazione appaltante ponga a base di gara un **progetto di livello almeno preliminare**, spettando all'aggiudicatario la predisposizione dei successivi livelli progettuali e dell'esecuzione dell'opera.

Infine, secondo il conclusivo comma 4-*quater* dell'articolo in commento, l'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il **regime di opera pubblica** *“ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi”*, nonché *“l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario”*.

Dette previsioni comportano così, ad esempio, che potrà anche solamente costituirsi a favore del locatore finanziario un diritto di superficie, conservando l'amministrazione la proprietà dell'area; in ogni caso, poi, potrà procedersi ad **espropriazione per pubblica utilità** nel caso di opere localizzate su terreni non ancora in possesso della pubblica amministrazione, nonché seguirsi, in ordine ai titoli abilitativi, il regime dell'attività edilizia delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 7 del t.u. edilizia d.P.R. 380/2001.

Sulla scorta di quanto esaminato, e della piena praticabilità pertanto di operazioni di leasing per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità occorrerà ora vedere se tale istituto incontrerà nella pratica il favore delle amministrazioni. Di non minore importanza, per tale riuscita, è l'**aspetto economico fiscale**.

In tal senso non sembra così azzardato prevedere un impatto positivo, nella considerazione di alcuni indubbi vantaggi che caratterizzano l'operazione: in primo luogo, infatti, il leasing mette a disposizione delle amministrazioni un'ulteriore fonte di finanziamento degli investimenti rispetto a quelle già esistenti (es. risorse proprie, mutui, emissioni obbligazionarie) e pertanto una possibile diversificazione dei rischi rispetto alle evoluzioni del mercato dei capitali nel medio e lungo termine.

Ma soprattutto, con riferimento agli enti pubblici soggetti al Patto di stabilità interno (quali regioni, province e comuni con popolazioni superiori a 5.000 abitanti), lo strumento in esame favorisce certamente il raggiungimento degli obiettivi enucleati dal Patto stesso, *ex art. 1*, commi 657 e seguenti della legge finanziaria 2007, ed *art. 1*, comma 379, della legge finanziaria 2008. Nel ricordare infatti che la normativa del Patto di stabilità si propone di ridurre, direttamente per le regioni o indirettamente per gli enti locali, le spese finali delle amministrazioni (spese correnti + spese in conto capitale/investimenti), queste potranno trarre certamente vantaggio dalla circostanza che mentre gli investimenti finanziati in modo tradizionale figurano nel loro intero ammontare nel bilancio preventivo, quelli finanziati col leasing vi figurano solo per il canone annuale.

L'Ufficio Tecnico

