

LA LOCAZIONE FINANZIARIA DI OPERE PUBBLICHE (LEASING IN COSTRUENDO)

1. Premessa
2. La specificità della tipologia contrattuale
 - 2.1. La qualificazione giuridica del contratto
 - 2.2. Gli aspetti peculiari
 - 2.3. Il public sector comparator
3. I soggetti ammessi e la definizione dei requisiti
 - 3.1. I requisiti giuridici prioritari
 - 3.2. I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi
 - 3.3. I Raggruppamenti temporanei
 - 3.4. L'avvalimento
 - 3.5. Il ricorso ai progettisti
 - 3.6. Il contraente generale
4. La gara
 - 4.1. La base di gara
 - 4.2. La procedura di gara
 - 4.3. L'offerta
5. Il contratto
 - 5.1. La contrattualizzazione dell'appalto
 - 5.2. Il piano finanziario
 - 5.3. Il diritto di superficie e le procedure urbanistiche
 - 5.4. Il riscatto
6. Il rilievo sul bilancio della pubblica amministrazione
 - 6.1. L'imputazione degli oneri
 - 6.2. Il leasing finanziario pubblico e il Patto di Stabilità
7. La proposta ANCE - ASSILEA

Appendici:

1. Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (articoli 3, 37, 49, da 142 a 147, da 149 a 160)
2. D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (articoli 86, 87, 91)
3. Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo Lombardia, Deliberazione 13 novembre 2008, n. 87

1. Premessa

Il leasing è uno strumento di finanziamento utilizzato da diversi decenni nel settore privato, e che ha avuto importanti riconoscimenti anche nel settore pubblico, ove è stato impiegato per finanziare servizi e lavori, nel rispetto di procedure e vincoli normativi conseguenti alla natura del soggetto pubblico fruitore; rappresentava una forma contrattuale atipica, in quanto non disciplinata dal Codice civile, ma impiegato nell'attività negoziale in virtù del principio dell'autonomia contrattuale di cui all'articolo 1322 codice civile.

Il contratto di leasing (o locazione finanziaria) è, dunque un contratto atipico che presenta sia gli elementi del contratto di locazione, sia gli elementi del contratto di mutuo. Ha ad oggetto prestazioni diverse (servizi finanziari, lavori, forniture) e si svolge secondo uno schema trilaterale nel quale intervengono:

- a) il soggetto interessato al godimento di un bene (utilizzatore);
- b) la società di leasing che acquista un bene mobile ovvero costruisce un bene immobile secondo le indicazioni del richiedente e ne mantiene la proprietà fino al momento del riscatto;
- c) il soggetto che fornisce il bene ovvero costruisce il bene immobile.

Il soggetto utilizzatore stipula un contratto di leasing con l'intermediario finanziario (società di leasing), impegnandosi al pagamento di un canone periodico a fronte del godimento del bene del quale potrà acquisire la proprietà, tramite riscatto, al termine del periodo contrattuale, previo pagamento di un prezzo. L'intermediario finanziario stipula un contratto con il soggetto costruttore. Nel leasing immobiliare pubblico parte del contratto, dunque "soggetto utilizzatore", è la pubblica amministrazione. Non può più essere considerato una forma contrattuale atipica essendo ormai codificata normativamente.

Nel caso che ci occupa si tratta di quello che, nella pratica operativa, è stato chiamato anche "leasing traslativo" (per distinguerlo dal cosiddetto "leasing di godimento"), in quanto, generalmente utilizzabile per i beni immobili, caratterizzato dal fatto che il bene locato è idoneo a conservare alla fine del contratto un apprezzabile valore commerciale, eccedente l'importo pattuito per l'opzione di acquisto; l'utilizzatore riceve il bene in godimento dietro la corresponsione di canoni che coprono quota parte del prezzo di acquisto o costruzione, gli oneri finanziari, le spese di gestione e l'utile del finanziatore; alla scadenza del contratto, l'utilizzatore ha la possibilità di riscattare la proprietà del bene, pagando il prezzo pattuito; la causa del negozio è il finanziamento a scopo di trasferimento del bene. Questa è l'unica forma di leasing ammissibile per la pubblica amministrazione, in quanto consente di ottenere alla fine del pagamento dei canoni periodici, l'opera pubblica già utilizzata dall'ente, mediante la previsione in favore di quest'ultimo del diritto di riscatto, per una somma in precedenza concordata e sempre inferiore al valore di mercato dell'opera.

In tali termini, il leasing finanziario "traslativo" (sul punto Cass. n. 10482 del 1992), 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 cosa pubblica. Nel caso di leasing pubblico in costruendo si tratta sempre di leasing "traslativo" in quanto il contratto presenta elementi tali "da eliminare la libertà di scelta finale ..circa l'acquisto del bene al prezzo di opzione, nel senso di rendere tale soluzione come l'unica economicamente ragionevole per l'utilizzatore sin dalla conclusione del contratto" (Cass. Sez. III, 19 luglio 1997, n. 6663, Trib. Padova, 2 ottobre 2002). Infatti la pubblica amministrazione non può sottrarsi al riscatto finale, pena il verificarsi di un illecito contabile: infatti anche se i pagamenti periodici rappresentano geneticamente dei "canoni di locazione", rinunciare al riscatto ad prezzo di opzione finale irrisorio rispetto a quanto già versato con periodicità, sarebbe palesemente illogico e antieconomico.

Nell'alveo di una unitaria procedura ad evidenza pubblica, i soggetti coinvolti nell'operazione di leasing immobiliare in costruendo sono:

- a) la pubblica amministrazione che svolge il ruolo di committente e di alta sorveglianza, esegue la progettazione (almeno preliminare) dell'opera da porre a base di gara, sceglie gli altri due soggetti (società di leasing e costruttore), controlla l'esecuzione dell'opera e ne verifica la regolare esecuzione;
- b) la società di leasing, che partecipa alla gara con il costruttore-appaltatore e assume tutti i rischi di

realizzazione dell'investimento, mentre trasferisce al costruttore tutti i rischi non finanziari;

c) il costruttore, che realizza l'opera e provvede, eventualmente, alla sua manutenzione.

L'articolo 1, commi 907 e seguenti della legge n. 296 del 2006 (finanziaria per il 2007) ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico il leasing finanziario per la realizzazione di opere pubbliche, istituito peraltro già previsto in alcune leggi speciali per la realizzazione di particolari tipologie di opere pubbliche. Successivamente il decreto legislativo n. 113 del 2007 (secondo decreto correttivo del Codice dei contratti) ha integralmente trasfuso introducendo l'art. 160-bis rubricato "Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità", poi sostanzialmente riformato dal decreto legislativo n. 152 del 2008 (terzo decreto correttivo). Il primo comma dell'art. 160-bis dispone: «Per la realizzazione, l'acquisizione e 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».

Le sinteticità dell'articolo 160-bis lascia ampio spazio alle amministrazioni pubbliche per "sperimentazioni" nelle procedure di leasing immobiliare, e questo può consentire di stimolare la risposta del mercato, ma può anche mettere in difficoltà gli operatori interessati, stante le diverse impostazioni adottate dalle stazioni appaltanti.

Come già evidenziato l'art. 160-bis del Codice prevede che il contratto di locazione finanziaria possa essere utilizzato sia per la realizzazione ex novo che per l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche. Nel caso in cui oggetto del contratto non sia il semplice leasing bensì il "leasing immobiliare in costruendo", ci si trova innanzi ad un leasing finalizzato non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo, avvalendosi di un "finanziamento" da parte di una società finanziaria, ma anche alla realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria.

2. La specificità della tipologia contrattuale

2.1. La qualificazione giuridica del contratto

Considerato che la costruzione di un immobile non costituisce un elemento naturale della locazione finanziaria, ove ciò avvenga si realizza una commistione tra leasing e appalto di lavori, anche se la prestazione principale non può che essere individuata nella realizzazione dell'opera e non già nel leasing, che rappresenta solo un mezzo per conseguire il finanziamento, non a caso l'articolo 160-bis, al comma 1, qualifica espressamente la fattispecie come "appalto di lavori". La giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come, volendo riconoscere nell'ipotesi in esame un "contratto misto", alla realizzazione dei lavori dovrebbe essere attribuito un ruolo prevalente e, comunque, non potrebbe esserle attribuito un ruolo meramente accessorio. Il terzo decreto correttivo ha risolto il problema della qualificazione giuridica del leasing immobiliare in costruendo, introducendo la definizione del contratto di locazione finanziaria quale *"appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo"*. Si trascura la seconda parte della definizione dal momento che è difficile individuare un caso in cui i lavori siano "meramente accessori" in quanto, come noto, nei contratti di servizi finanziari l'importo che assume rilievo è la somma degli interessi e delle spese connesse (commissioni ecc.) al netto del capitale; ne deriva che appare difficile immaginare un costo dei lavori di realizzazione superiore agli oneri finanziari; se poi i lavori sono in effetti "meramente accessori" si ricadrebbe semmai nella concessione di servizi.

La definizione come "appalto di lavori", lascia aperte questioni interpretative sia in ordine all'avvalimento, sia in ordine al regime delle responsabilità che si vedranno nel seguito.

Vi è un duplice interesse dell'amministrazione che ricorre al leasing in costruendo: l'interesse alla realizzazione di opere dotate di specifiche caratteristiche (interesse alla realizzazione di un'opera pubblica) e l'interesse ad evitare un esborso eccessivo in un'unica soluzione (interesse al finanziamento). Nel leasing immobiliare in costruendo la funzione economica del contratto è volta non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un periodo determinato di tempo, bensì alla realizzazione di un'opera pubblica a carico della stessa società finanziaria da destinare stabilmente al servizio della collettività amministrata.

Nello stesso senso della giurisprudenza amministrativa si colloca la Commissione Europea che, nel parere motivato n. C(2006)2518 del 28 giugno 2006luglio 2007, esprime alcune considerazioni circa il corretto inquadramento dell'istituto del leasing finanziario in costruendo nel diritto comunitario degli appalti pubblici. Fermo restando che è sempre necessario verificare, caso per caso, quale sia la corretta qualificazione giuridica di uno specifico contratto, la Commissione qualifica tale contratto come un appalto di lavori che comprende anche la prestazione di servizi finanziari. L'aggiudicazione, dunque, *"dovrà avvenire nel rispetto delle regole e delle procedure previste dalla direttive comunitarie per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, tenendo debitamente conto della componente servizi, segnatamente in sede di definizione dell'oggetto dell'appalto e di fissazione dei criteri di selezione e di aggiudicazione"*.

Nell'ambito del leasing in costruendo è importante per l'amministrazione committente, definire chiaramente l'oggetto contrattuale: ovvero se trattasi di sola realizzazione dell'immobile da utilizzare o anche della manutenzione dell'immobile fino all'esercizio del diritto di opzione e, soprattutto della possibilità o meno di prevedere servizi aggiuntivi.

In questi casi, infatti, si presentano una serie di problematiche giuridiche che, a seconda dell'oggetto contrattuale e del "montaggio" dell'operazione, dovranno essere attentamente analizzate e risolte nel bando di gara e capitolato e nei relativi contratti. Lo strumento del leasing, pur con le incertezze attuative relative alla realizzazione di infrastrutture, apre nuove prospettive nel settore delle opere pubbliche. Se infatti tale istituto può essere considerato un'alternativa all'appalto tradizionale, qualora si verificino determinate condizioni il leasing finanziario immobiliare viene a costituire a pieno titolo una ulteriore modalità di realizzazione di infrastrutture pubbliche secondo schemi di PPP. In tal senso il leasing immobiliare pubblico in costruendo può costituire una alternativa allo strumento della concessione di costruzione e gestione, in particolare per la realizzazione delle "opere fredde", ossia delle opere di cui all'art. 143, comma 9 del Codice *"destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici"*, nelle quali è assente l'aspetto gestionale e quindi il flusso di cassa dalla gestione. Per la realizzazione di tale tipologia di infrastrutture, in cui la remunerazione del privato non può essere costituito dallo sfruttamento economico dell'opera, potrebbe apparire più consona lo strumento del leasing. In buona sostanza lo strumento del leasing può essere applicato nella realizzazione delle cosiddette "opere fredde", finalizzate ad erogare servizi di pubblica utilità senza tariffazione sull'utenza, ovvero con un livello di tariffazione limitata che non consente di remunerare il capitale impiegato (ospedali, carceri, uffici pubblici, scuole caserme, ecc.).

2.2. Gli aspetti peculiari

Il leasing come strumento di finanziamento degli investimenti pubblici può quindi affiancarsi alla concessione di costruzione e gestione per le suddette tipologie di opere, consentendo di fatto la realizzazione di opere pubbliche la cui gestione resta in capo all'amministrazione stessa. Nell'intraprendere un'operazione di leasing la pubblica amministrazione può conseguire una serie di vantaggi quali:

- a) il reperimento delle risorse finanziarie da un soggetto privato. L'integrazione tra la società di leasing ed il soggetto costruttore permette in particolare l'erogazione del capitale necessario alla realizzazione dell'investimento in conformità all'avanzamento del progetto;
- b) la realizzazione "chiavi in mano" dell'opera: l'opera deve essere consegnata alla pubblica amministrazione completa in ogni sua parte, agibile, funzionante, comprensiva di tutti gli impianti ed allacciamenti, inclusi permessi ed autorizzazioni varie all'uso, con la eventuale relativa manutenzione (ordinaria e straordinaria), se richiesta dall'amministrazione nei documenti di gara, per tutta la durata del contratto di leasing;
- c) la possibilità di eliminare i rischi finanziari legati alla progettazione, alla costruzione, alle perizie suppletive, alle revisioni dei prezzi e alle caratteristiche tecniche del bene stesso;
- d) un iter procedurale unico per la ricerca del finanziatore e per la ricerca del costruttore;
- e) la realizzazione dell'opera ad un costo certo e definito sin dal momento dell'aggiudicazione; la rata del leasing predeterminata e comprensiva di eventuali servizi accessori (assistenza tecnica, coperture

assicurative), pagata dall'amministrazione solo dopo il collaudo dell'opera;

- f) la realizzazione e consegna dell'opera nei tempi prefissati, in quanto la società di leasing comincerà ad incassare i canoni solo dopo il collaudo dell'opera;
- g) la flessibilità di applicazione dello strumento in termini di impatto sul bilancio pubblico;
- h) il potenziale trasferimento di parte dei rischi in capo alla società di leasing.

Tali potenziali vantaggi possono, tuttavia, essere effettivamente conseguiti soltanto se la pubblica amministrazione esercita con consapevolezza il potere contrattuale derivante dal fatto che il fruitore, nonché finanziatore finale dell'operazione è, in fin dei conti, l'amministrazione stessa. Il leasing come strumento per realizzazione di opere pubbliche in costruendo assume, infatti, profili diversi a seconda della struttura dell'operazione e della suddivisione dei rischi tra le parti coinvolte.

La locazione finanziaria, compresa nel genus dei contratti di partenariato pubblico privato ex art. 3, comma 15-ter, del Codice dei contratti, consente all'amministrazione di conseguire vari vantaggi connessi alla corretta allocazione di parte dei rischi dell'operazione economica in capo ai soggetti privati coinvolti:

- a) possibilità di utilizzazione di un bene senza anticipare la somma necessaria per l'acquisto (che quindi grava in maniera meno incisiva sul bilancio dell'ente pubblico);
- b) più agevole reperimento delle risorse finanziarie: la collaborazione tra la società di leasing ed il costruttore permette l'erogazione del capitale necessario all'investimento in conformità all'avanzamento del progetto, ed inoltre è l'affidatario che si assume il rischio di costruzione, segue i rapporti con i fornitori ed esegue i pagamenti;
- c) l'opera è consegnata completa, agibile, funzionante, senza i rischi economici legati a perizie di variante, revisione prezzi o caratteristiche tecniche del bene, essendo il costo - a carico del soggetto pubblico - certo e definito già al momento dell'aggiudicazione;
- d) il canone è fisso ed invariabile, eventualmente comprensivo di servizi accessori contrattualmente determinati, e viene corrisposto solo dopo il collaudo dell'opera;
- e) la consegna avviene nei tempi stabiliti, ed è assicurata la corretta manutenzione del bene fino al momento del riscatto.

I potenziali vantaggi conseguibili, si ribadisce, sono subordinati ad una attenta suddivisione dei rischi tra l'amministrazione, la società di leasing ed il costruttore, che si realizza tramite una attenta e chiara definizione dell'oggetto contrattuale, sia nel bando di gara che nel capitolato e nei contratti collegati, nonché con la previsione di adeguati strumenti di controllo in capo alla stazione appaltante, per l'intera durata del rapporto. Se l'operazione è realizzata esclusivamente al fine di evitare un esborso di risorse pubbliche immediato, ma tutti i rischi del progetto ricadono sull'amministrazione stessa, l'opzione del leasing potrebbe essere, nell'attuale assetto finanziario in cui versano molti enti pubblici, l'unica percorribile nel breve termine, ma non quella ottimale.

Al fine di assicurare la convenienza dell'operazione garantendo un utilizzo efficiente ed efficace delle risorse pubbliche, attraverso l'operazione di leasing l'amministrazione dovrebbe assicurare il trasferimento di una certa quantità di rischi all'operatore privato. Ne consegue che, come accade per altre forme di partenariato, il trasferimento dei rischi costituisce una condizione essenziale per giustificare il ricorso a tale strumento. Nell'ambito di un'operazione di leasing, inoltre, gli operatori privati non dovrebbero costituire un mero partner finanziario, ma anche e soprattutto il soggetto in grado di fornire un supporto professionale di alto livello di cui spesso la pubblica amministrazione, in qualità di utilizzatore, è carente.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, al fine di un idoneo uso dello strumento del leasing per la realizzazione di opere pubbliche, sarebbe opportuno auspicare, sia a livello pubblico che privato, una maggiore azione informativa e conoscitiva, nonché una consapevole e seria azione di comunicazione sui contenuti e le potenzialità dello strumento stesso, atta a evidenziare le modalità attraverso le quali la pubblica amministrazione dovrebbe agire nell'ambito di queste operazioni.

Non è possibile, infatti, affermare aprioristicamente la convenienza di una forma di finanziamento rispetto ad un'altra, essendo necessario effettuare, per ogni singolo intervento infrastrutturale della pubblica amministrazione, un'accurata analisi delle condizioni di contesto. La scelta in favore del leasing finanziario deve essere congruamente ponderata in comparazione alla percorribilità della medesima operazione mediante il ricorso a forme canoniche d'indebitamento per le spese di investimento.

Resta essenziale la necessità, da parte della pubblica amministrazione, di redigere accurati studi di fattibilità, dai quali fare emergere la comparazione tra più alternative, atte a cogliere le più idonee modalità di realizzazione dell'infrastruttura ed a consentire una decisione fondata e motivata verso la scelta di quella soluzione che possa produrre il migliore risultato in termini di benefici e costi sociali ed economici.

2.3. Il public sector comparator

Prima di ricorrere al leasing l'amministrazione deve valutare se tale scelta sia conveniente rispetto ad un intervento tradizionale (appalto finanziato con mutuo ecc.).

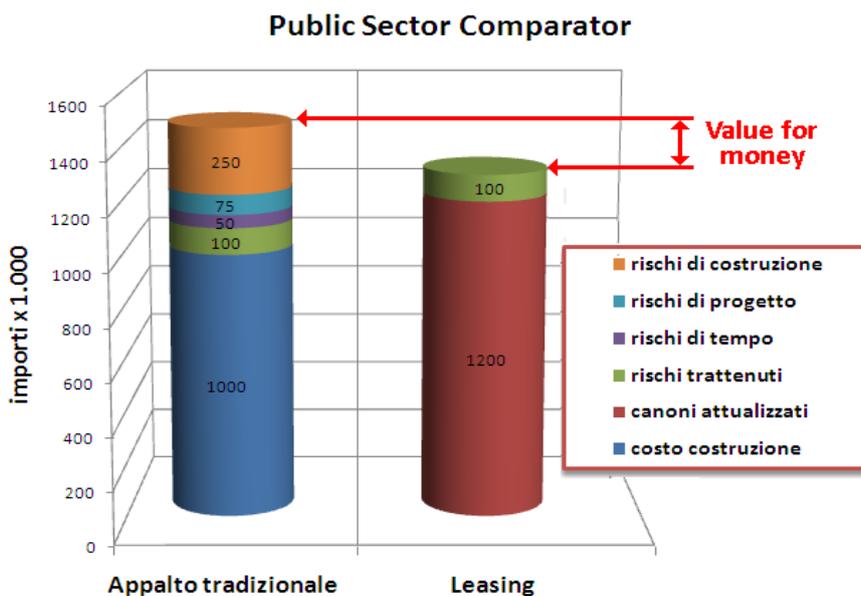
La comparazione meramente aritmetica non lascia dubbi sulla convenienza dell'appalto tradizionale finanziato con mutuo rispetto al leasing. Anche se la forbice tra tassi delle due forme di finanziamento negli ultimi tempi si è ridotta, è pur sempre più oneroso, ragionando con il solo riferimento agli interessi passivi.

Infatti la prima motivazione del ricorso al leasing per le pubbliche amministrazioni, non pare proprio la valutazione della convenienza, ma bensì di allocare diversamente in bilancio i canoni in luogo dell'investimento in modo da bypassare le regole del patto di stabilità (si veda il Capo 6), oltre che, ovviamente, la speranza di realizzare un'opera con efficienza, economia, certezza dei tempi e delle responsabilità.

Il leasing consente nell'immediato di rispettare i parametri comunitari del rapporto deficit / PIL e il Patto di stabilità. Tuttavia l'amministrazione deve considerare che l'obbligazione è assunta per un numero di anni elevato, vincolando i bilanci successivi.

In realtà il giudizio dovrebbe invece essere incardinato sul criterio del public sector comparator (PSC), come succede con tutte le forme di investimento che hanno almeno un'alternativa (si veda ad esempio il caso, ben più articolato, della valutazione circa il ricorso al project financing financing).

Nel caso del leasing il PSC permette di "monetizzare" il trasferimento dei rischi in capo al privato finanziatore/esecutore, secondo lo schema seguente:



La convenienza del leasing rispetto a un finanziamento tradizionale risulta dalla differenza tra il costo attualizzato del PSC e il costo attualizzato dell'opzione leasing, dove al PSC sono, come già detto, monetizzati i rischi trasferibili al privato. In parole povere vengono remunerati indirettamente i rischi discendenti da perizie suppletive, revisioni prezzi, ritardi, rapporti con terzi ecc.; il finanziatore poi avrà tutto l'interesse a che i lavori siano eseguiti "presto e bene" perché solo a collaudo egli potrà iniziare ad incassare i canoni solo dopo il collaudo dell'opera.

2.4. La differenza rispetto al PFI

La differenza con il project financing (PFI) è che l'opera può e deve essere gestita immediatamente dopo il collaudo dall'amministrazione committente, mentre la controparte privata esce dal rapporto contrattuale (fatte salve le garanzie), mentre nel PFI, come noto, il privato prosegue nella gestione del bene.

Anche il leasing come il PFI può essere applicato sia alle opere fredde che alle opere calde, anche se, da un punto di vista della ragionevolezza appare più corretta la simmetria che segue:

- a) opere fredde (improduttive): leasing;
- b) opere calde (generatrici di reddito): PFI.

Infatti se l'amministrazione ricorre al leasing per le opere calde, le restano in carico tutti i problemi relativi alla gestione (che spesso non rientra tra il *core business* dell'amministrazione stessa); se ricorre al PFI per le opere fredde dovrà corrispondere un canone per tutta la durata della concessione, per cui il contratto di PFI, a prescindere *dal nomen juris* attribuito dalle parti, sarà un mero contratto di leasing.

La scelta tra l'uno e l'altro strumento non può che risultare fondata sulle valutazioni discrezionali che l'amministrazione effettua circa le modalità più idonee al perseguimento dell'interesse pubblico. Nei casi in cui l'amministrazione, in funzione delle spiccate finalità pubblicistiche che l'opera tende a realizzare, abbia interesse a gestirla direttamente (perché in tal modo ritiene di avere maggiori garanzie circa la tutela degli interessi collettivi), risulterà più idonea la figura del leasing che, comporta la gestione diretta da parte del committente. Nei casi invece in cui l'amministrazione non abbia alcun interesse a gestire direttamente l'opera (perché poco caratterizzata da primari interessi pubblicistici), sarà preferibile il ricorso al PFI.

Per maggiori approfondimenti sul punto si veda *"La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il partenariato pubblico privato"*, Maggio 2008, UTPF (Unità Tecnica Finanza di progetto), presso il C.I.P.E. - Presidenza del Consiglio dei Ministri.

3. I soggetti ammessi e la definizione dei requisiti

3.1. I requisiti professionali prioritari

Gli attori che possono partecipare alla gara e assumere il contratto sono di due tipi:

- a) il finanziatore;
- b) il costruttore.

Si tratta di soggetti ontologicamente e geneticamente diversi:

- a) il finanziatore deve essere necessariamente un soggetto autorizzato ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e non può essere costruttore non possedendo i requisiti connessi (ed essendo impossibilitato a conseguirli anche in astratto stante il divieto all'esercizio di attività diverse da quelle creditizie e finanziarie imposto dalla legge bancaria);
- b) il costruttore deve essere necessariamente un soggetto qualificato ai sensi dell'articolo 40 del Codice dei contratti e non può essere finanziatore, diversamente incorrerebbe nell'illecito costituito da esercizio abusivo dell'attività bancaria.

Pertanto i due soggetti devono coesistere, in qualche modo, nel concorrente. Tale coesistenza si può configurare (almeno in teoria) in una delle seguenti fattispecie:

- a) finanziatore mandatario in raggruppamento verticale (!?) con un costruttore;
- b) costruttore mandatario in raggruppamento verticale (!?) con un finanziatore;
- c) finanziatore come unico concorrente, che si avvale di un costruttore senza coinvolgerlo nell'offerta e nel rapporto contrattuale con l'amministrazione;
- d) costruttore come unico concorrente, che si avvale di un finanziatore senza coinvolgerlo nell'offerta e nel rapporto contrattuale con l'amministrazione.

Le ipotesi di cui alle lettere a) e c) sono espressamente previste dall'articolo 160-bis, rispettivamente al comma 3 e al comma 4-bis; le ipotesi b) e d) non sono previste ma, si potrebbe argomentare, visto che la legge qualifica il contratto come "di lavori", non sarebbe strano che il costruttore assumesse il ruolo di attore principale e, per quanto riguarda il finanziatore ricorresse al l'avvalimento (quale istituto generale ex articolo 40 del Codice piuttosto che l'avvalimento come sinteticamente indicato al comma 4-bis).

Le ipotesi di cui alle lettere a) e b) (raggruppamenti temporanei) che, malgrado le apparenze, potrebbero essere una sola, sono trattate al successivo Capo 3.3.

Le ipotesi di cui alle lettere c) e d) (concorrente singolo con avvalimento del soggetto mancante) sono trattate al successivo capo 3.4.

3.2. I requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi

In disparte le metodologie di partecipazione, i due soggetti coinvolti, come definiti professionalmente in precedenza, devono possedere i requisiti previsti dal bando (comma 2) che, fermi restando i requisiti generali di cui all'articolo 38 del Codice, non possono che essere quelli di cui agli articoli 40, 41 e 42.

Pertanto:

- a) al finanziatore dovranno essere richiesti i requisiti economico-finanziari scegliendoli tra quelli di cui all'articolo 41 (ragionevolmente omettendo le "referenze bancarie" per motivi intuibili), nonché i requisiti tecnico-organizzativi scegliendoli tra quelli di cui all'articolo 42; la misura dei predetti requisiti andrà individuata secondo i normali canoni di logicità e proporzionalità, ampiamente risolti in dottrina e giurisprudenza;
- b) al costruttore dovrà essere richiesta l'attestazione S.O.A. (che, come noto, assorbe tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi), per le categorie pertinenti e le classifiche adeguate; per lavori di importo superiore a 20.658.276 euro, la cifra d'affari di cui all'articolo 3, comma 6, del d.P.R. n. 34 del 2000.

3.3. I raggruppamenti temporanei

3.3.a I raggruppamenti temporanei eterogenei

L'articolo 160-bis, comma 3, afferma che l'offerente «può essere **anche** una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore», il comma 4-bis afferma ancora che il finanziatore «deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, **anche** in associazione temporanea con un soggetto realizzatore».

L'uso, in ambedue i casi, della parola "anche" ha lasciato spazio alle ipotesi diverse, già introdotte al Capo 3.1. Anche se il leasing viene definito appalto di lavori, per cui parrebbe incoerente ammettere a un appalto di lavori pubblici un soggetto (la società di leasing) che svolge attività del tutto diversa, si ritiene che residui spazio per la partecipazione della sola società di leasing, senza raggruppamento temporaneo con il

costruttore, alle condizioni di cui al successivo capo 3.4 (avvalimento atipico).

Tornando comunque al raggruppamento temporaneo tra finanziatore e costruttore (o, se si vuole, tra costruttore e finanziatore), si deve notare che il raggruppamento delineato dall'articolo 160-bis, in quanto eterogeneo (tra soggetti che svolgono attività radicalmente diverse) presenta sostanziali diversità rispetto al raggruppamento ordinario di cui all'articolo 37.

In primo luogo perché nel raggruppamento ordinario di cui all'articolo 37 vi è la responsabilità solidale tra i raggruppati (anche se diversificata tra raggruppamenti orizzontali e verticali), mentre nel raggruppamento eterogeneo questa è esplicitamente esclusa (comma 3: il finanziatore e il costruttore sono "responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta"). Esclusione coerente col sistema considerato che diversamente si tratterebbe di solidarietà tra due soggetti che non sarebbero in nessun modo in grado di adempiere all'obbligazione facente capo all'altro.

In secondo luogo perché l'articolazione della norma svuota il significato di mandatario e mandante all'interno del raggruppamento. Ecco che le due fattispecie di cui al Capo 3.1, lettera a) (finanziatore mandatario in raggruppamento con un costruttore) e lettera b) (costruttore mandatario in raggruppamento con un finanziatore) si fondono in una sola.

In terzo luogo perché mentre il raggruppamento ordinario viene meno al collaudo e tutti gli operatori economici raggruppati cessano qualunque rapporto con la stazione appaltante, nel raggruppamento eterogeneo tale cessazione riguarda il solo costruttore che, dopo il collaudo, non ha alcuna ragione di mantenere la propria presenza nel raggruppamento dato che il proseguimento del rapporto contrattuale è limitato alle due parti che restano in gioco. La stazione appaltante che eroga i canoni e il finanziatore che li percepisce.

In buona sostanza i due soggetti, in caso di raggruppamento temporaneo, sono sullo stesso piano giuridico, sostanziale e formale, non vi è un capogruppo che ha la rappresentanza esclusiva, almeno sotto il profilo delle responsabilità le quali, come già detto, sono nettamente separate e poste in capo ai due soggetti in modo distinto. E se proprio si vuole individuare un capogruppo, questo potrà essere indifferentemente il costruttore o il finanziatore, senza che cambi qualcosa quanto al regime delle responsabilità.

Né si può sostenere che il capogruppo finanziatore della essere necessariamente capogruppo, motivando sul fatto che, avendo così la rappresentanza generale, può riscuotere i canoni; infatti i canoni saranno sempre erogati al finanziatore, qualunque sia la sua collocazione all'interno del raggruppamento, gruppo, e

Naturalmente l'articolo 37 resterà applicabile laddove compatibile con il sistema delineato dell'articolo 160-bis, ad esempio:

- obbligo di presentazione dell'offerta con sottoscrizione da parte di tutti i soggetti;
- impegno irrevocabile alla costituzione del raggruppamento;
- invariabilità dopo la presentazione dell'offerta.

3.3.b. I raggruppamenti temporanei dei costruttori

Ogni volta che nel presente lavoro si parte di operatore economico costruttore o di concorrente costruttore, si deve intendere che tale figura può essere un'impresa singola ma può essere anche un raggruppamento di operatori economici costruttori.

In tal caso questo raggruppamento di operatori economici costruttori si configura come un sub-raggruppamento nell'ambito del raggruppamento eterogeneo tra costruttore e finanziatore.

E' ovvio che il sub-raggruppamento costruttore deve:

- a) essere dichiarato in sede di partecipazione secondo le modalità ordinarie previste dall'articolo 37, commi 1, 3, 5, 6, 8, 11, 12 e 13;

- b) devono, dopo l'aggiudicazione, conferire mandato ad uno di loro, individuato come capogruppo (o meglio, sub-capogruppo nell'ambito del sub-raggruppamento di costruttori);
- c) devono rispettare le ripartizioni dei requisiti tra capogruppo e mandanti (tra sub-capogruppo e mandanti del sub-raggruppamento) prevista dall'articolo 95, comma 2 e comma 3, del d.P.R. n. 54 del 1999, rispettivamente qualora si tratti di raggruppamento in orizzontale o in verticale (dove la "verticalità" è data da mandanti che assumono le categorie scorporabili, quindi limitatamente ai lavori, senza coinvolgere il finanziatore nella ripartizione);
- d) possono sostituire i soggetti falliti ai sensi dell'articolo 37, commi 18 e 19, a prescindere dalla previsione di cui all'articolo 160-bis, comma 3, secondo periodo.

3.4. L'avvalimento del soggetto costruttore

L'avvalimento, previsto dall'articolo 160-bis, comma 4-bis, primo periodo (finanziatore che si avvale della "capacità" del costruttore), sembrerebbe rendere il costruttore estraneo rispetto alla gara (se non in quanto "ausiliario" ai sensi dell'articolo 49), anche se l'unico deputato all'esecuzione dei lavori. Ciò pare porsi in contrasto con la finalità dell'operazione, che è quella della realizzazione di un'opera pubblica (mediante appalto di "lavori") dove il ruolo del costruttore non può essere trascurato.

Pertanto quando la norma parla di avvalimento, non necessariamente si riferisce all'articolo 49 o quantomeno, tempera l'avvalimento di cui all'articolo 49 con una serie di condizioni particolari (un po' come per il raggruppamento temporaneo, anche l'istituto dell'avvalimento deve essere reso compatibile con l'articolo 160-bis). Infatti l'articolo 49:

- a) è ammesso tra operatori economici che si prestano requisiti e mettono a disposizione risorse, e ciò appare diverso dall'avvalersi delle "capacità" del costruttore;
- b) al comma 6, per gli appalti di lavori (e la locazione finanziaria è un appalto di lavori) lo ammette solo tra imprese di costruzione è ammesso tra operatori economici che si prestano requisiti e mettono a disposizione risorse, e ciò appare diverso dall'avvalersi delle "capacità" del costruttore;
- c) comporta la responsabilità solidale tra concorrente e ausiliario, che invece è incompatibile col sistema del leasing (l'inadempimento del finanziatore comporterebbe che il costruttore si paga da solo gli stati di avanzamento o che l'inadempimento del costruttore costringerebbe il finanziatore ad eseguire i lavori), oltre che espressamente esclusa dall'articolo 160-bis, comma 3, primo periodo, anche se con riferimento all'ipotesi di raggruppamento temporaneo.

Nella nuova norma il soggetto finanziatore sembra invece il *dominus* dell'intera operazione, pur essendo estraneo alle prestazioni di costruzione, che conferirebbe una delega atipica al costruttore ausiliario che poi realizza integralmente l'opera.

In conclusione l'avvalimento di cui al comma 4-bis dovrebbe essere inteso nel senso più specifico secondo il quale anche se il finanziatore concorre da solo alla gara, egli avrà indicato (sin dall'origine) un operatore economico costruttore qualificato, che presenta apposito impegno ad assumere i lavori. Il contratto d'appalto dei lavori sarà stipulato tra il finanziatore (che diventa il committente del costruttore, con tutte le conseguenze del caso) e il costruttore (che diventa il contraente del finanziatore).

Tale contratto d'appalto sarà immediatamente a valle del contratto di leasing tra la stazione appaltante e il finanziatore. Quest'ultimo contratto non potrà limitarsi alla disciplina del finanziamento ma dovrà anche garantire alla stazione appaltante il contenuto contrattuale tipico costituito dal risultato effettivamente perseguito (cioè la realizzazione dell'opera pubblica).

Si ritiene che in questo caso non operi la condizione secondo cui il soggetto finanziatore e il soggetto realizzatore sono "responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta", prevista dal comma 3, dal momento che tale condizione è incardinata nella fattispecie del raggruppamento temporaneo e non vi sono ragioni perché possa essere espressione di un principio generale. Si ritiene pertanto che il caso di avvalimento (finanziatore che si avvale del costruttore ai sensi del comma 4-bis) sia il finanziatore l'unico

responsabile verso la stazione appaltante, mentre il costruttore resta responsabile solo verso il finanziatore; tale conclusione pare simmetrica alla circostanza dei diversi momenti contrattuali descritti in precedenza. Non tutti i dubbi sono fugati dal momento che questa soluzione stride con gli indirizzi della Banca d'Italia che non sono favorevoli a che le banche o gli intermediari finanziari assumano rischi diversi da quelli di finanziamento.

Si ritiene invece di dover escludere la possibilità ipotizzata in astratto al Capo 3.1, lettera d) (costruttore come unico concorrente, che si avvale di un finanziatore senza coinvolgerlo nell'offerta e nel rapporto contrattuale con l'amministrazione) in quanto pesantemente stridente con il sistema se non addirittura incompatibile.

Se abbiamo detto che l'avvalimento del comma 4-bis, non è il tipico avvalimento ex articolo 49, e che la norma lo prevede solo quando il concorrente è il finanziatore, si può concludere nel senso dell'impraticabilità della fattispecie: diversamente opinando (ovvero con il finanziatore meramente "ausiliario") non ci sarebbe la possibilità giuridica di stipulare il contratto di leasing.

3.5. Il ricorso ai progettisti

La norma non nomina mai i progettisti, per cui ci si chiede se questi debbano essere già indicati dal concorrente (e in possesso dei requisiti richiesti ai progettisti) o selezionati con gara dall'aggiudicatario, oppure se possano essere liberamente scelti dall'aggiudicatario.

Nel silenzio della norma la questione non è di facile soluzione.

Tuttavia, in attesa della formazione di dottrina e giurisprudenza sul punto, si ritiene che il progettista possa essere indicato dal concorrente, in sede di gara, oppure successivamente dall'aggiudicatario, senza il ricorso a procedure concorsuali.

Parrebbe infatti possibile sostenere che l'importo della progettazione è già stato posto sul mercato della concorrenza (in quanto compreso nell'importo finanziato) e una seconda gara a valle, per l'affidamento di una prestazione il cui importo è già stato aggiudicato, non sia necessaria e, omettendola, non si incorra in una arbitraria limitazione della concorrenza.

Si potrebbe obiettare che anche negli appalti integrati e nell'appalto concorso ai sensi dell'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), del Codice, l'importo della progettazione è stato oggetto di gara, e in quei casi è necessaria la presenza di un progettista qualificato (raggruppato o indicato dal concorrente). Ma quelle fattispecie sono disciplinate con estrema precisione, precisione che manca all'articolo 160-bis.

Tuttavia anche nelle concessioni il Codice nulla dice in merito ai progettisti, mentre è prassi consolidata (e mai messa in discussione) la necessità della presenza del progettista qualificato sin dalla presentazione dell'offerta. Infine il comma 4-ter dispone che l'aggiudicatario «provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera» e tali progettazioni non possono che essere poste in capo ad un soggetto professionale come indicato all'articolo 90 del Codice.

Traendo da tutto questo una conclusione provvisoria, si ritiene che il progettista possa essere indicato dal concorrente (con le modalità di cui all'articolo 53, comma 3) o, in difetto, indicato dall'aggiudicatario prima della stipula del contratto. I requisiti richiesti al progettista, nell'uno e nell'altro caso, dovranno essere predeterminati nel bando di gara.

La questione non si pone qualora la stazione appaltante ponga a base di gara un progetto esecutivo.

3.6. Il contraente generale

Con il nuovo comma 4-bis, la figura del contraente generale acquista carattere di ordinarietà come potenziale offerente nella gara per l'aggiudicazione del contratto di locazione finanziaria. Allo scopo di chiarire – come indicato dal Consiglio di Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, Ad. del 14 luglio 2008 – che al contraente generale che partecipa alle gare per l'esecuzione di opere diverse dalle infrastrutture

strategiche e insediamenti produttivi si applica, comunque, la procedura di affidamento di cui agli artt. 176 e 177, la norma precisa che *“nel caso in cui l'offerente sia un contraente generale, di cui all'art. 162, comma 1, lett. g), esso può partecipare anche ad affidamenti relativi alla realizzazione, all'acquisizione e al completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità non disciplinati dalla Parte II, Titolo III, Capo IV del Codice se in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti.”*

4. La gara

4.1. La base di gara

Al comma 4-ter è chiarito che la stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello **almeno** preliminare, mentre l'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali e all'esecuzione dell'opera.

L'aver imposto “almeno” la progettazione preliminare significa che la stazione appaltante potrebbe mettere a base di gara anche il progetto definitivo o addirittura il progetto esecutivo.

Mettere a base di gara un progetto definitivo consentirebbe all'amministrazione di fissare in anticipo il risultato ricercato (avendo cristallizzato almeno la sagoma, il layout, le dimensioni ecc.), anche se svuoterebbe in pare le possibili diverse soluzioni che potrebbero essere offerte dai concorrenti.

Mettere a base di gara un progetto esecutivo, invece, appare quantomeno pericoloso: significa che i rischi di progettazione (che normalmente sono i rischi più gravosi e che spesso si ripercuotono sull'esecuzione, causando riserve e contenziosi), non sono trasferiti all'aggiudicatario ma restano in capo alla stazione appaltante. Sul punto si potrebbero adottare clausole di accettazione senza riserve da parte del concorrente, della progettazione esecutiva disponibile, far dichiarare l'acquiescenza esplicita, o altri *escamotages*, ma è nota la scarsa idoneità di questi accorgimenti a far venir meno le responsabilità progettuali.

La norma, dunque, è la messa a base di gara del progetto preliminare; tuttavia, stante la particolarità della procedura, sarà necessario che questo contenga chiaramente gli elementi che l'amministrazione ritiene irrinunciabili e non soggetti a variazione (i cosiddetti “requisiti minimi” delle varianti di cui all'articolo 76 del Codice). Sarà anche opportuno che il progetto preliminare sia integrato dagli elementi di cui all'articolo 18, del d.P.R. n. 554 de 1999 comma 2, lettera a), (indagini geologiche, geotecniche, idrologiche, idrauliche e sismiche), lettera b) (capitolato speciale prestazionale) e comma 3 (piano finanziario di massima di pagamento dei canoni). Solo in questo modo è possibile ottemperare alle previsioni dell'articolo 160-bis, comma 2, che prescrive che la base di gara espliciti 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.

4.2. La procedura di gara

La stazione appaltante, nel bando di gara:

- a) determina i requisiti di partecipazione di carattere soggettivo, economico, funzionale, tecnico ed organizzativo dei partecipanti;
- b) specifica le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione;
- c) esplicita i parametri di valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- d) si riserva il controllo sulla realizzazione e gestione dell'opera, secondo le modalità contrattualmente previste.

L'inclusione della progettazione definitiva ed esecutiva tra gli obblighi dell'aggiudicatario amplia le fattispecie di cui all'articolo 53, comma 2, dove in nessun caso la progettazione definitiva è affidata all'aggiudicatario (come può avvenire invece nelle concessioni di costruzione e gestione).

Potrà essere fatto ricorso alla procedura aperta o ristretta, applicando le norme ordinarie sugli appalti per quanto riguarda la pubblicità e i termini.

4.2. L'offerta

La competizione si svolge con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del Codice, senza possibilità di chiedere ai concorrenti lo sviluppo della progettazione, ma solo (se ritenuto opportuno) delle offerte tecniche migliorative in variante al progetto a base di gara, ai sensi dell'articolo 76 del Codice.

5. Il contratto

5.1. La contrattualizzazione dell'appalto

Per quel che concerne il contenuto degli accordi contrattuali, occorre determinare con esattezza gli importi da corrispondere in sede di esecuzione del contratto, la frequenza e la periodicità dei canoni, la durata del contratto, il canone per il riscatto del bene, i corrispettivi di natura non finanziaria, le modalità di corresponsione dei canoni periodici ed il loro trattamento contabile nel bilancio dell'ente, l'introduzione di clausole d'indicizzazione dei canoni, le penalità per i ritardi nei pagamenti, le modalità di esercizio del diritto di riscatto e le procedure di acquisto del bene, nonché le eventuali condizioni per il recesso unilaterale dal contratto in favore della pubblica amministrazione (ovvero il riscatto anticipato).

Importante anche stabilire (in caso di leasing a tasso variabile) un tasso "cap" (oltre al quale non vi è più indicizzazione e il canone non viene più adeguato a favore del finanziatore), anche se l'istituto potrebbe pretendere al contrario un tasso "floor" (al di sotto del quale il canone non viene adeguato a favore del debitore).

Per quanto concerne infine la fase dell'esecuzione dei lavori la disciplina legislativa non dà alcuna indicazione. Ciò, per quanto riguarda il rapporto di appalto tra amministrazione e appaltatore sta a significare che questo risulta in tutto e per tutto disciplinato dalla normativa del codice.

Peraltro, occorre sottolineare che, qualora per qualsivoglia motivo (es. una perizia suppletiva o l'accoglimento di riserve) il corrispettivo dell'appaltatore lievitasse, la società di leasing è tenuta a far fronte al maggiore esborso, ma corrispondentemente va adeguato l'importo dei canoni cui essa ha diritto da parte dell'amministrazione dopo il collaudo; questo, si ritiene, solo se la lievitazione dell'appalto è imputabile alla stazione appaltante o a causa di forza maggiore. Se invece è imputabile al costruttore il canone non potrà essere aumentato.

Naturalmente tutto ciò deve formare oggetto di accurata disciplina negoziale nel contratto sia quanto agli obblighi che la società di leasing assume sia alle modalità di calcolo di adeguamento dei canoni.

Infine, relativamente ai diritti di credito dell'appaltatore nei confronti della società di leasing (il pagamento dei SAL e della rata di saldo), si ritiene che trovi applicazione l'istituto della delegazione cumulativa di pagamento di cui all'articolo 1268 c.c. per cui, in caso di inadempimento della società di leasing, l'appaltatore potrà rivolgersi all'amministrazione che, ovviamente, avrà a sua volta azione risarcitoria nei confronti del soggetto finanziatore inadempiente.

5.3. Il piano finanziario

Nello studio di fattibilità dovrà essere incluso un piano finanziario, ovvero una o più simulazioni che diano atto dei diversi scenari, sulla base di condizioni diverse, innanzitutto partendo dalla scelta di incardinare il finanziamento sul tasso variabile Euribor o sul tasso fisso Eurirs, in ogni caso indicando il periodo di riferimento (di norma 3 o 6 mesi per il primo, 15, 18 o 20 anni per il secondo) e la base annua (360 o 365 giorni) e, ovviamente, la durata del contratto di leasing.

Le condizioni sulle quali costruire i possibili scenari sono necessarie al fine di attribuire correttamente i "pesi" ai singoli elementi di valutazione da porre a base di gara, quali:

- lo spread applicabile sui tassi base;
- il costo di costruzione e il possibile ribasso ottenibile sullo stesso;
- il tasso di capitalizzazione degli interessi di prelocazione;
- la periodicità dei canoni e l'eventuale corresponsione di una maxirata iniziale;
- i costi indiretti (commissioni, spese tecniche, altre spese connesse);

Sarà poi opportuno, sulla base degli scenari prefigurati, predisporre uno schema di piano di ammortamento.

5.2. Il diritto di superficie e le procedure urbanistiche

Il comma 4-quater dispone che l'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi, e l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario. Quanto al primo aspetto dovrebbe significare la possibilità di poter ricorrere a varianti urbanistiche semplificate se previste dalla legislazione regionale, a procedimenti autorizzativi semplificati (quali ad esempio quelli previsti dall'articolo 7 del d.P.R. n. 380 del 2001), a espropriazioni secondo le modalità del d.P.R. n. 327 del 2001.

Con il superamento dell'alternativa tra l'una o l'altra modalità (proprietà pubblica sin dall'origine o proprietà privata superficiaria fino al riscatto), è implicitamente riconosciuto che il regime di opera pubblica, quanto meno ai fini urbanistici ed edilizi, può anche applicarsi all'opera realizzata su suolo dell'aggiudicatario (Consiglio di Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi, Adunanza del 14 luglio 2008).

Qualora l'amministrazione aggiudicatrice conceda il diritto di superficie sull'area dove realizzare l'opera, così da consentire all'aggiudicatario di avere la completa proprietà del bene fino al momento dell'esercizio dell'opzione di riscatto, ciò potrebbe rendere maggiormente efficiente l'offerta di finanziamento, anche con l'imposizione di eventuale ipoteca sul bene, in base al principio secondo il quale maggiori sono le garanzie reali e minori sono i costi finanziari (determinati dalla riduzione del livello di rischio).

E' però del tutto ovvio che:

- a) la garanzia ipotecaria potrebbe avere scarso rilievo in caso di opere non suscettibili di riconversione o di utilità economica senza una radicale trasformazione o di opere per le quali non vi è alcun interesse sul mercato;
- b) l'iscrizione ipotecaria è vietata (e lo è anche il diritto di superficie a monte), qualora l'intervento coinvolga beni soggetti al vincolo di cui alla parte terza del decreto legislativo n. 42 del 2004, trattandosi di beni demaniali per definizione (art. 822, secondo comma, c.c.).

Sempre per rendere efficiente il sistema si può anche ipotizzare che la stazione appaltante possa garantire il pagamento dei canoni al finanziatore mediante fideiussione. La circostanza andrà tuttavia attentamente valutata sia sotto il profilo dei costi (che il premio per la fideiussione non annulli il risparmio sul costo del finanziamento) che sotto il profilo dell'impatto sul bilancio (con la riduzione della capacità di indebitamento).

5.4. Il riscatto

Si è già detto che nel leasing di un'opera pubblica il riscatto dovrebbe costituire atto dovuto, essendo difficilmente ipotizzabile che un'amministrazione possa legittimamente decidere di lasciare in proprietà al privato un'opera mirata a realizzare interessi della collettività.

Il contratto dovrà prevedere sin dall'origine l'entità del riscatto finale.

E' opportuno che il contratto preveda anche la facoltà di riscatto anticipato. Stante la durata pluriennale del contratto di leasing, potrebbe sopravvenire la volontà o la possibilità (o ambedue) della pubblica amministrazione di riscattare il bene, avendone una propria convenienza. Il contratto dovrà stabilire le modalità di determinazione dell'onere di riscatto secondo una delle modalità usuali (eventuali penali, tasso di

attualizzazione dei canoni non corrisposti, pagamento del mancato ammortamento ecc.).

6. Il rilievo sul bilancio della pubblica amministrazione

6.1. L'imputazione degli oneri

L'operazione di leasing costituisce una forma di finanziamento e di indebitamento ricompreso nell'alveo dell'art. 119 Cost., ammissibile solo al fine di procedere a nuovi investimenti. Sotto il profilo contabile, i canoni del leasing, in linea di principio, costituiscono spesa corrente da valutarsi secondo le regole determinate annualmente dalla legge finanziaria di riferimento ai fini del rispetto del patto di stabilità.

La contabilizzazione delle operazioni di leasing nel bilancio dell'ente locale si diversifica a seconda della tipologia del leasing e del metodo utilizzato.

Per quanto concerne il leasing finanziario, la classificazione contabile può seguire due diversi criteri, a seconda che si dia prevalenza agli aspetti giuridici relativi alla titolarità del bene, metodo patrimoniale (o formale), oppure alle ragioni economico-finanziarie dell'operazione, metodo finanziario (o sostanziale).

Il metodo patrimoniale presuppone che i rischi del contatto gravino sulla società costruttrice dell'opera e prevede che il bene sia iscritto nel conto patrimoniale dell'ente pubblico solo al momento dell'avvenuto riscatto. I canoni periodici, comprensivi della sorte capitale e della quota d'interessi saranno imputati nel conto economico. Le uscite relative ai canoni sono considerate come spese correnti per utilizzo di beni di terzi. Nel conto economico si contabilizza un costo di gestione. Con il metodo patrimoniale, le pubbliche amministrazioni si limitano a rilevare l'esborso finanziario, senza iscrivere alcun bene nel proprio bilancio. Il canone di leasing è considerato un onere per l'uso del bene. L'opera utilizzata dall'ente è considerato un asset appartenente a terzi. La sua rilevazione contabile trova conferma nel bilancio della società di leasing che ne detiene la formale titolarità giuridica. La contabilizzazione effettuata con il metodo patrimoniale incide sulla capacità e sui limiti di spesa e sul saldo finanziario, ma non sui limiti d'indebitamento dell'ente pubblico.

Il metodo finanziario è invece disciplinato dal principio contabile internazionale denominato "IAS 17". Il bene utilizzato è rilevato tra le immobilizzazioni nel bilancio dell'ente pubblico utilizzatore al momento della consegna del medesimo, a seguito di regolare collaudo, ed iscritto al valore del costo di costruzione (art. 230, comma 4, lett. c), del decreto legislativo n. 267 del 2000. L'ammortamento è in funzione del ciclo economico utile del bene o della durata del contratto e le quote di ammortamento si rilevano nel conto economico (art. 239). Il finanziamento del leasing equivale ad un'operazione di debito. Il valore del bene è contabilizzato dall'ente pubblico utilizzatore nel Titolo V, fra le *"entrate da assunzione di prestiti"*. In contropartita, l'ente pubblico rileva un'operazione d'indebitamento che rappresenta lo stock di debito residuo da pagare periodicamente con i canoni di leasing comprensivi della quota di capitale e interessi. La spesa impegnata per il pagamento dei canoni è essenzialmente una spesa per investimento da iscrivere al Titolo III, rubricato *"spese per rimborso prestiti"*, relativamente alla quota di capitale rimborsato, e da iscrivere al Titolo I quale onere finanziario per spese correnti, in relazione alla quota d'interessi (art. 165 del decreto legislativo n. 267 del 2000). In base ai criteri di rilevazione portati dal metodo finanziario, il leasing, al pari di un mutuo, incide sia sui limiti di spesa che sui limiti d'indebitamento dell'ente.

Il decreto legislativo n. 6 del 2003 (riforma del diritto societario) ha confermato per le operazioni di leasing finanziario la preferenza per il metodo patrimoniale, ovvero l'opzione per un principio contabile che privilegia gli aspetti giuridico-formali attinenti alla titolarità del bene, piuttosto che la sostanza economica dell'operazione, tuttavia è parimenti vero che, in ossequio al principio della prevalenza della sostanza sulla forma introdotto con l'art. 2423-bis, comma 1, n.1, codice civile, il legislatore nazionale ha perfezionato il metodo patrimoniale con la previsione della nota integrativa al bilancio, accostandosi al criterio contabile internazionale dello "IAS 17".

6.2. Il leasing finanziario pubblico e il Patto di Stabilità

Nell'adottare il leasing finanziario immobiliare quale forma di finanziamento reperibile sul mercato, l'ente pubblico deve adeguarsi alle previsioni degli articoli 202, 203 e 204 del decreto legislativo n. 278 del 2000,

valutando le forme di garanzia di assolvimento delle obbligazioni contrattuali, quali cauzioni e depositi per la copertura dei canoni o di parte del prezzo di riscatto del bene, o la delegazione di pagamento ai sensi di cui all'art. 206 T.U.E.L.

Da ultimo appare rilevante accertare la compatibilità della forma d'indebitamento mediante leasing finanziario con le norme contenute nell'art. 62 della legge n. 133 del 2008, che prescrive: *"ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica ... è fatto divieto di stipulare fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al comma 2, e comunque per il periodo di un anno decorrente dalla data di entrata in vigore del presente decreto, contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti all'articolo 1, comma 3, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, nonché di ricorrere all'indebitamento attraverso contratti che non prevedano modalità di rimborso mediante rate di ammortamento comprensive di capitale e interessi. La durata dei piani di ammortamento non può essere superiore a trent'anni, ivi comprese eventuali operazioni di rifinanziamento o rinegoziazione ammesse dalla legge. Per gli enti di cui al presente comma, è esclusa la possibilità di emettere titoli obbligazionari o altre passività con rimborso del capitale in unica soluzione alla scadenza"*. Di norma, il contratto di leasing non è da annoverare nella categoria dei contratti di finanza derivata, tuttavia il divieto normativo potrebbe essere violato laddove l'indebitamento derivante dal contratto di leasing finanziario fosse congegnato in modo tale da dissimulare un contratto di "swap" a copertura dei tassi d'interesse applicati ai ratei del canone o fosse prevista una modalità di rimborso mediante rate non comprensive di capitale ed interessi, che procrastini il rimborso del capitale nel tempo, o mediante il rimborso "bullet" (in un'unica soluzione alla scadenza).

7. La proposta ANCE - ASSILEA

ANCE e ASSILEA hanno proposto dei bandi tipo e dei contratti tipo per il leasing, ma non appaiono del tutto soddisfacenti o, quantomeno, appaiono di sfavore per la stazione appaltante e tendenti a privilegiare gli interessi dei finanziatori.

In particolare lascia perplessi la proposta di atto di mandato con il quale il finanziatore conferisce alla stazione appaltante il mandato con rappresentanza a sottoscrivere il contratto d'appalto direttamente con il costruttore, in tal modo riversando sulla stazione appaltante tutta una serie di responsabilità e di adempimenti (non ultimo la contabilità e la redazione dei SAL, che non rivestono alcun interesse per la stazione appaltante), facendo venir meno parte dei vantaggi che sono attribuiti al leasing.

Lascia anche perplessi la forma di partecipazione prevista: raggruppamenti verticali con capogruppo obbligatoriamente il soggetto costruttore e il finanziatore come mandante.

In conclusione di strada se ne dovrà ancora fare molta e le questioni da risolvere restano numerose.

APPENDICE 1

DECRETO LEGISLATIVO 12 aprile 2006, n. 163

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI, FORNITURE

Art. 3. (Definizioni)

1. Ai fini del presente codice si applicano le definizioni che seguono.

...

15-bis. La **«locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità»** è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori. ⁽¹⁾

15-ter. Ai fini del presente codice, i **«contratti di partenariato pubblico privato»** sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. 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. ⁽²⁾

Art. 37. (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti)

1. Nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di concorrenti nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori della categoria prevalente; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria.
2. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.
3. Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento.
4. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati.
5. L'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario.

¹ Comma introdotto dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 152 del 2008.

² Comma introdotto dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 152 del 2008.

6. Nel caso di lavori, per i raggruppamenti temporanei di tipo verticale i requisiti di cui all'articolo 40, sempre che siano frazionabili, devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo; per i lavori scorporati ciascun mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo della categoria dei lavori che intende assumere e nella misura indicata per il concorrente singolo. I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale.
7. E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera b), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale Per i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera b), qualora le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di cui all'articolo 122, comma 9 e all'articolo 124, comma 8, è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio e dei consorziati; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale. ⁽³⁾
8. È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.
9. È vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.
10. L'inosservanza dei divieti di cui al precedente comma comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto. ⁽⁴⁾
11. Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrano, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118, comma 3, ultimo periodo. ⁽⁵⁾
12. In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti. ⁽⁶⁾
13. I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.

³ *Comma così modificata dall'articolo 2, comma 1, lettera i), del decreto legislativo n. 113 del 2007, poi dall'articolo 2, comma 1, lettera g), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

⁴ *Comma così modificato dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 6 del 2007.*

⁵ *Comma così modificato dall'articolo 3 del decreto legislativo n. 6 del 2007.*

⁶ *Comma così sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera h), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

14. Ai fini della costituzione del raggruppamento temporaneo, gli operatori economici devono conferire, con un unico atto, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di esse, detto mandatario.
15. Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante.
16. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo ai mandanti.
17. Il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione degli operatori economici riuniti, ognuno dei quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali.
18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto. ⁽⁷⁾
19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. ⁽⁸⁾

Art. 49. (Avvalimento)

1. Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto.
2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:
 - a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'articolo 48, attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
 - b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
 - c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38;
 - d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
 - e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'articolo 34 né si trova in una situazione di controllo di cui all'articolo 34, comma 2 con una delle altre imprese che partecipano alla gara;
 - f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti

⁷ *Comma così sostituito dall'articolo 2, comma 1, lettera i), del decreto legislativo n. 113 del 2007.*

⁸ *Comma così sostituito dall'articolo 2, comma 1, lettera i), del decreto legislativo n. 113 del 2007.*

del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;

g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.

3. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 38, lettera h) nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'articolo 6, comma 11.
4. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.
5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.
6. Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria. ⁽⁹⁾
7. ⁽¹⁰⁾
8. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.
9. Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.
10. Il contratto è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati. ⁽¹¹⁾
11. In relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio.

Art. 160-bis. (Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità) ⁽¹²⁾

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. ⁽¹³⁾
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.

⁹ *Comma così sostituito dall'articolo 1, comma 1, lettera n), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

¹⁰ *Comma abrogato dall'articolo 1, comma 1, lettera n), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

¹¹ *Comma così modificato dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 6 del 2007.*

¹² *Articolo introdotto dall'articolo 2, comma 1, lettera pp), del decreto legislativo n. 113 del 2007.*

¹³ *Comma così modificato dall'articolo 2, comma 1, lettera nn), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

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. ⁽¹⁴⁾
- 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. ⁽¹⁵⁾
- 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. ⁽¹⁶⁾

AEPNDICE 2

Decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici

Art. 86 (Schema di contratto)

1. Lo schema di contratto di concessione indica:
 - a) le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;
 - b) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;
 - c) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;
 - d) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;
 - e) ...
 - f) le procedure di collaudo;
 - g) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;
 - h) le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;

¹⁴ *Comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera nn), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

¹⁵ *Comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera nn), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

¹⁶ *Comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera nn), del decreto legislativo n. 152 del 2008.*

- i) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo;
- l) ...
- m) l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;
- n) ...
- o) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;
- p) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione.

Art. 87 (Contenuti dell'offerta)

1. In relazione a quanto previsto nel bando l'offerta contiene:
 - a) il prezzo richiesto dal concorrente;
 - b) ...
 - c) ...
 - d) il tempo di esecuzione dei lavori;
 - e) la durata della concessione;
 - f) il livello iniziale della tariffa da praticare all'utenza ed il livello delle qualità di gestione del servizio e delle relative modalità;
 - g) le eventuali varianti al progetto posto a base di gara.
2. *(comma abrogato dall'articolo 256 del Codice dei contratti)*

Art. 91 (Offerta economicamente più vantaggiosa)

1. In caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i "pesi" o "punteggi" da assegnare agli elementi di valutazione previsti dall'articolo 21, comma 2, della Legge ⁽¹⁷⁾ devono essere globalmente pari a cento, e devono essere indicati nel bando di gara.
2. Lo stesso bando di gara per tutti gli elementi di valutazione qualitativa prevede i sub-elementi ed i "sub-pesi" o i "sub-punteggi" in base ai quali è determinata la valutazione.
3. In una o più sedute riservate, la Commissione valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule di cui all'allegato B. Successivamente, in seduta pubblica, la Commissione dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi e delle riduzioni di ciascuna di esse, determina l'offerta economicamente più vantaggiosa applicando, tra i criteri di cui all'allegato B, quello indicato nel bando.
4. *(comma abrogato dall'articolo 256 del Codice dei contratti)*

¹⁷ Leggasi: «previsti dall'articolo 83, comma 1, del Codice».

APPENDICE 3

Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia Deliberazione 13 novembre 2008, n. 87

(omissis)

Tipologie di leasing e pubblica amministrazione. Analisi della causa del contratto.

... occorre verificare se la pubblica amministrazione possa utilizzare lo strumento del leasing finanziario per il perseguimento delle finalità istituzionali che nel caso di specie si rivelano nella possibilità di realizzare opere pubbliche di particolare rilievo sociale.

Si deve evidenziare che il contratto di leasing, di derivazione anglosassone, non può più essere considerato un contratto atipico in senso stretto, ovvero sconosciuto al nostro ordinamento, poiché esso è direttamente contemplato in alcune norme di legge.

...

La legge offre anche una definizione di "leasing", *rectius* di locazione finanziaria. Ai sensi dell'art. 17 comma 2 della legge n. 183/76, per operazioni di locazione finanziaria s'intendono "le operazioni di locazione di beni mobili ed immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà di quest'ultimo di diventare proprietario dei beni locati al termine del contratto, previo versamento di un prezzo prestabilito".

Il leasing è uno schema negoziale sinallagmatico e commutativo, con causa mista, che consente ad un soggetto, previo pagamento di un canone periodico, di utilizzare un bene, mobile o immobile, strumentale all'esercizio della propria attività o al perseguimento dei propri fini istituzionali, con possibilità di riscattarlo ad un prezzo inferiore al valore di mercato al termine del periodo di disponibilità stabilito nel contratto.

Il leasing sintetizza in sé non solo i caratteri tipici della locazione e della vendita a rate con riserva di proprietà, connessi rispettivamente, al godimento diuturno del bene e alla possibilità di riscattare la piena proprietà del medesimo alla fine del periodo di utilizzazione, ma anche la funzione di finanziamento.

La finalità economico-sociale nel leasing finanziario assurge a vera e proprio indice identificativo del tipo negoziale, garantendo un'autonomia concettuale del leasing rispetto alle figure tipizzate nel codice civile. Con detto contratto, l'utilizzatore usufruisce per il raggiungimento degli scopi istituzionali sia del bene che del capitale iniziale necessario per realizzarlo e usarlo.

Ne consegue che il pagamento del canone non rappresenta solo il corrispettivo per la locazione del bene, quanto piuttosto una modalità di restituzione del finanziamento per una somma corrispondente al valore complessivo dell'operazione economica programmata, la quale comprende altresì il costo del bene, l'ammortamento del capitale e dell'interesse sulle somme investite per la realizzazione dell'opera, l'utile e le spese del concedente.

Il leasing finanziario si configura generalmente in uno schema trilaterale: l'utilizzatore del bene, il concedente il leasing (o società di leasing) che acquista il bene e ne conserva la piena proprietà sino al momento del riscatto, il fornitore del bene.

Del pari, si può affermare che il leasing operativo è una struttura negoziale che, alternativamente, si accosta alla vendita con patto di riscatto, qualora si preveda in capo al *lesee* il diritto di riscatto del bene al termine del periodo di utilizzazione, ovvero alla locazione e alla somministrazione qualora lo stesso produttore concede in godimento il bene prodotto per un canone che comprende la locazione ed i servizi di assistenza e manutenzione del bene stesso, in relazione alla durata del suo ciclo economico.

La distinzione fra leasing finanziario ed operativo è stata questione più volte affrontata dalla giurisprudenza di legittimità, oramai attestata su stabili approdi ermeneutici (Cass. civ. sent. n. 5573 e n. 5574 del 13 dicembre 1989; Cass. civ. sezione I, sentenza n. 1731/94).

Peraltro, riguardo alla natura pubblica del soggetto che lo pone in essere in veste di utilizzatore, anche il ricorso al contratto di leasing va analizzato alla stregua dei criteri di convenienza economica che caratterizzano l'attività funzionale della pubblica amministrazione.

...

Nel contesto del parere, la Sezione si è determinata nel senso dell'ammissibilità del leasing quale figura di contratto atipico, avuto riguardo alla capacità giuridica generale delle pubbliche amministrazioni; ha evidenziato il suo assoggettamento alle regole imprescindibili dell'evidenza pubblica secondo le tipologie dei beni e l'importo del contratto; nell'ambito della deliberazione a contrattare, ha rimarcato la necessità di una congrua valutazione degli aspetti relativi alla convenienza economica dell'operazione e agli effetti sui bilanci annuali e pluriennali e sul patrimonio pubblico dell'ente; ha specificato che l'operazione di acquisizione di un bene mediante leasing costituisce una forma di finanziamento e di indebitamento ricompreso nell'alveo dell'art. 119 Cost., ammissibile solo al fine di procedere a nuovi investimenti.

Sotto il profilo contabile, i canoni del leasing, in linea di principio, costituiscono spesa corrente da valutarsi secondo le regole determinate annualmente dalla legge finanziaria di riferimento ai fini del rispetto del patto di stabilità. Non vi sono motivi che inducono questa Sezione a discostarsi dai principi già espressi nel citato parere.

Ciononostante, occorre delineare le nuove problematiche inerenti le modifiche legislative introdotte dall'art. 62 della legge 133/2008 con riferimento all'art. 3 della legge 350/2003 e all'art. 204 del D. Lgs. 267/2000, in tema di qualificazione giuridica della modalità di finanziamento, nonché di rapporto fra ammortamento dei canoni e capacità d'indebitamento dell'ente locale ed altresì analizzare le implicazioni derivanti dalla disciplina descritta nell'art. 160-bis del D. Lgs. 163/2006, rubricato "Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità" in tema di leasing in costruendo; questioni, tutte, che hanno dato origine alla richiesta dell'odierno parere.

Leasing finanziario immobiliare.

Già introdotto con la legge finanziaria per l'anno 2007 (L. n. 296/2006 artt. 1 commi 907-908; 912-914), il leasing finanziario immobiliare è attualmente disciplinato all'art. 160-bis del D. Lgs. 163/2006 (previsto dal D. Lgs. 113/2007 e modificato dal D. Lgs. 152/2008), quale ulteriore modalità di realizzazione di opere pubbliche nella forma del "partenariato pubblico-privato".

...

In sintesi, il legislatore ha riconosciuto piena legittimità al contratto di leasing finanziario quale modalità di realizzazione di opere pubbliche, estendendone l'ambito di operatività a tutti i committenti tenuti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici e disciplinando con particolare cura il leasing in costruendo in relazione alle regole per la procedura di gara e di affidamento, le cui norme sono state successivamente introdotte ed ampliate dai già citati decreti correttivi al Codice dei contratti.

Nel leasing immobiliare in costruendo la funzione economica del contratto è volta non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un periodo determinato di tempo, bensì alla realizzazione di un'opera pubblica a carico della stessa società finanziaria da destinare stabilmente al servizio della collettività amministrata.

La pubblica amministrazione realizza in tal modo un duplice interesse: dotarsi di un'opera pubblica che presenta determinate caratteristiche di utilizzo, in vista del futuro incremento qualitativo e quantitativo del patrimonio dell'ente; evitare l'esborso del capitale in un'unica soluzione.

Sotto tali profili, il leasing immobiliare pubblico in costruendo può costituire uno strumento alternativo alla concessione di costruzione e di gestione o al *project financing*, tendente alla realizzazione di opere direttamente utilizzate dalla pubblica amministrazione, con l'ausilio di capitali privati.

Occorre rimarcare che tale forma di leasing deve comprendere anche la remunerazione dei fattori della produzione, oltre che i costi di costruzione dell'opera pubblica e l'esatta determinazione degli impegni finanziari.

Ne deriva che il leasing immobiliare in costruendo, assurge a schema negoziale avente una propria causa autonoma rispetto alle tradizionali forme di leasing. In particolare, la funzione economico-sociale che si realizza attiene al vantaggio per la pubblica amministrazione di ottenere la disponibilità immediata di un'opera pubblica funzionale al raggiungimento degli scopi istituzionali, senza doverne pagare per intero ed in un'unica soluzione il prezzo di acquisto, con possibilità di traslare parte dei rischi finanziari e di costruzione sulla controparte contrattuale, adeguatamente remunerata, e di generare flussi di cassa positivi derivanti dalla resa di un servizio pubblico efficiente.

In linea di principio, il leasing finanziario immobiliare sintetizza il triplice interesse della pubblica amministrazione a reperire capitali di rischio sul mercato (funzione creditizia), a finanziare opere di rilievo sociale mediante la resa del servizio (funzione finanziaria), ad assicurarsi rispetto ai rischi connessi con la costruzione e la gestione del bene (funzione assicurativa).

Riflessi del leasing sul bilancio dell'ente locale. Metodo patrimoniale e metodo finanziario.

La contabilizzazione delle operazioni di leasing nel bilancio dell'ente locale si diversifica a seconda della tipologia del leasing e del metodo utilizzato.

Per quel che concerne il leasing operativo, avente ad oggetto l'utilizzazione di un bene servente al normale funzionamento della Pubblica amministrazione, si ritiene che il canone periodico rientri fra le spese correnti. Tale soluzione considera il canone un corrispettivo per il godimento del bene, pur in presenza in esso di elementi non riconducibili alla mera disponibilità della cosa. Il bene rientra nel conto del patrimonio dell'ente solo dopo l'avvenuto esercizio del diritto di riscatto. Il prezzo del riscatto può essere imputato a spese correnti o a quelle d'investimento a seconda della natura e della destinazione del bene acquisito, alla stregua degli usuali criteri classificatori delle spese pubbliche.

Il concedente (locatore), da parte sua, iscrive il bene oggetto del contratto nell'attivo dello stato patrimoniale e nel conto economico, tra i proventi, l'importo dei canoni di leasing operativo ricevuti periodicamente dall'ente pubblico.

Per quanto concerne il leasing finanziario, la classificazione contabile può seguire due diversi criteri, a seconda che si dia prevalenza agli aspetti giuridici del contratto relativi alla titolarità del bene, metodo patrimoniale (o formale), ovvero alle ragioni economico-finanziarie dell'operazione, metodo finanziario (o sostanziale).

Il metodo patrimoniale presuppone che i rischi del contratto gravino sulla società costruttrice dell'opera e prevede che il bene sia iscritto nel conto patrimoniale dell'ente pubblico solo al momento dell'avvenuto riscatto. I canoni periodici, comprensivi della sorte capitale e della quota d'interessi saranno imputati nel conto economico. Le uscite relative ai canoni sono considerate come spese correnti per utilizzo di beni di terzi. Nel conto economico si contabilizza un costo di gestione. Il leasing trova ulteriore rilievo nel piano esecutivo di gestione.

In sintesi, con il metodo patrimoniale, le pubbliche amministrazioni si limitano a rilevare l'esborso finanziario, senza iscrivere alcun bene nel proprio bilancio. Il canone di leasing è considerato un onere per l'uso del bene. L'opera utilizzata dall'ente è considerato un *asset* appartenente a terzi. La sua rilevazione contabile trova conferma nel bilancio della società di leasing che ne detiene la formale titolarità giuridica. La contabilizzazione effettuata con il metodo patrimoniale incide sulla capacità e sui limiti di spesa e sul saldo finanziario, ma non sui limiti d'indebitamento dell'ente pubblico.

Il metodo finanziario è invece disciplinato dal principio contabile internazionale denominato "IAS 17". Il bene utilizzato è rilevato tra le immobilizzazioni nel bilancio dell'ente pubblico utilizzatore al momento della consegna del medesimo, a seguito di regolare collaudo, ed iscritto al valore del costo di costruzione (art. 230, comma 4, lett. c), T.U.E.L.). Si prevede l'ammortamento in funzione del ciclo economico utile del bene o della durata del contratto. Le quote di ammortamento si rilevano nel conto economico (art. 239 T.U.E.L.). Il finanziamento del leasing equivale formalmente e sostanzialmente ad un'operazione di debito. Il valore del bene è contabilizzato dall'ente pubblico utilizzatore nel Titolo V, fra le "entrate da assunzione di prestiti". In contropartita, l'ente pubblico rileva un'operazione d'indebitamento che rappresenta lo stock di debito residuo

da pagare periodicamente con i canoni di leasing comprensivi della quota di capitale e interessi. La spesa impegnata per il pagamento dei canoni è essenzialmente una spesa per investimento da iscrivere al Titolo III, rubricato "spese per rimborso prestiti", relativamente alla quota di capitale rimborsato, e da iscrivere al Titolo I quale onere finanziario per spese correnti, in relazione alla quota d'interessi (art. 165 T.U.E.L.). In base ai criteri di rilevazione portati dal metodo finanziario, il leasing, al pari di un mutuo, incide sia sui limiti di spesa che sui limiti d'indebitamento dell'ente.

Si evidenzia che al metodo finanziario si rivolge l'art. 2427 n. 22 del codice civile, il quale prescrive che nella nota integrativa al bilancio devono essere indicate «*le operazioni di locazione finanziaria che comportano il trasferimento al locatario della parte prevalente dei rischi e dei benefici inerenti ai beni che ne costituiscono oggetto ...*».

Pertanto, se è vero che il D. Lgs. 6/2003 ha confermato per le operazioni di leasing finanziario la preferenza per il metodo patrimoniale, ovvero l'opzione per un principio contabile che privilegia gli aspetti giuridico-formali attinenti alla titolarità del bene, piuttosto che la sostanza economica dell'operazione, tuttavia è parimenti vero che, in ossequio al principio della prevalenza della sostanza sulla forma introdotto con l'art. 2423-bis, comma 1, n.1, c.c., il legislatore nazionale ha perfezionato il metodo patrimoniale con la previsione della citata nota integrativa al bilancio, accostandosi di fatto al criterio contabile internazionale scolpito nello "IAS 17".

Contenuto del contratto di leasing finanziario e regole di evidenza pubblica.

...

La possibilità di affidarsi ad una società di leasing cui delegare la gestione operativa della procedura, accosta la figura del leasing finanziario a quella del *project financing* e dunque esige il rispetto dei principi fissati dal codice degli appalti pubblici e dei canoni di derivazione comunitaria in tema di concorrenza.

Nella determinazione del contenuto del contratto occorrerà tener conto che per sua stessa natura, l'unica forma di leasing certamente ammissibile per la pubblica amministrazione è quella del leasing "traslativo", ovvero di un contratto di finanziamento che consenta di ottenere alla fine del periodo di ammortamento dei canoni periodici, l'opera pubblica già utilizzata dall'ente locale, mediante la previsione in favore dell'ente del diritto di riscatto del bene medesimo, per una somma in precedenza concordata e comunque sempre inferiore al valore di mercato dell'opera.

In tali termini, il leasing finanziario "traslativo" (sul punto Cass. n.10482/92), 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 publica*.

Non sembra configurabile per gli enti locali la diversa figura del leasing di "mero godimento", laddove la durata esposizione finanziaria non si traduca *ab initio* in un esito incrementativo del patrimonio dell'ente, poiché la carenza di un'acquisizione definitiva del bene oggetto del contratto di finanziamento sbilancerebbe gli oneri finanziari a danno della sana e corretta gestione contabile del comune, potendo, peraltro, essere agevolmente sostituita dall'accensione di un mero contratto passivo di locazione. Ciò non toglie che la pubblica amministrazione possa effettuare in ogni caso una valutazione di convenienza economica del riscatto del bene alla scadenza del periodo di utilizzazione.

Soltanto se il contratto di leasing di "mero godimento" avesse ad oggetto un bene durevole destinato a rapida obsolescenza e che diminuisse costantemente il proprio valore di mercato durante il ciclo di utilizzazione, potrebbe configurarsi un'utilità per la pubblica amministrazione, ma si tratterebbe comunque di una figura assimilabile alla disciplina prevista per i contratti di fornitura di beni e servizi, ovvero per i contratti ad esecuzione continuata e periodica ed, in ogni caso, di uno schema negoziale non compatibile con la realizzazione di un bene immobile da destinare definitivamente alla soddisfazione dei bisogni sociali degli amministrati.

Per quel che concerne il contenuto degli accordi contrattuali, occorre determinare con esattezza gli importi da corrispondere in sede di esecuzione del contratto, la frequenza e la periodicità dei canoni, la durata del

contratto, il canone per il riscatto del bene, i corrispettivi di natura non finanziaria, le modalità di corresponsione dei canoni periodici ed il loro trattamento contabile nel bilancio dell'ente, l'introduzione di clausole d'indicizzazione dei canoni, le penalità per i ritardi nei pagamenti, le modalità di esercizio del diritto di riscatto e le procedura di acquisto del bene, nonché le eventuali condizioni per il recesso unilaterale dal contratto in favore della pubblica amministrazione.

Ogni clausola che comporti un onere finanziario per l'ente pubblico deve essere attentamente valutata per evitare ricadute negative sull'equilibrio dei conti dell'ente.

Leasing finanziario pubblico e Patto di Stabilità.

Per quanto concerne il diverso profilo del rispetto degli obiettivi del patto di stabilità interno, gli aspetti di criticità del leasing finanziario pubblico non afferiscono esclusivamente al divieto stabilito dall'art. 119, ultimo comma della Costituzione, che prevede il ricorso all'indebitamento solo per finanziarie spese d'investimento, ma anche alle norme descritte dall'art. 30 comma 15 della legge n. 289/2002, che sanciscono sia un'ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile di tipo sanzionatorio, sia la previsione della nullità degli atti e dei contratti che violano o eludono il principio sancito dal citato art. 119 della Costituzione (sui profili sanzionatori forieri di responsabilità giuscontabile in tema di indebitamento per spese diverse dall'investimento, si soffermano le sentenze Corte dei conti, Sezioni Riunite, n. QM 12/2007 e Corte dei conti, Sezione Giurisdizionale Umbria, n. 87/2008).

Persistendo sul medesimo crinale di analisi delle criticità, si rileva che la scelta in favore del leasing finanziario deve essere congruamente ponderata in comparazione alla percorribilità della medesima operazione mediante il ricorso a forme canoniche d'indebitamento per le spese di investimento.

In altri termini, l'adozione dello schema del leasing finanziario deve essere valutata con specifico riguardo alla convenienza alternativa indotta dal ricorso al contratto di mutuo o dal finanziamento dell'ente ad opera della Cassa Depositi e Prestiti, verificando in modo analitico l'impatto in termini di sostenibilità per il bilancio dell'ente di entrambe le forme d'indebitamento.

Il fattore di maggiore interesse nella valutazione della convenienza economica di un'operazione di leasing è rappresentato dalla determinazione dell'onerosità espressa in termini d'indice sintetico di costo, ovvero di tasso effettivo e di ammontare del canone da pagare. Il tasso effettivo comprende, infatti, anche alcuni elementi impliciti nell'operazione di debito. Il canone non è solo composto dalla quota di capitale ed interessi, ma anche dagli oneri accessori, assicurativi e di manutenzione del contratto, dalle spese di istruttoria della pratica, nonché dal rischio di solvibilità della controparte.

La sostenibilità degli oneri finanziari deve essere valutata con riferimento ai vincoli di bilancio dell'ente e deve essere adeguatamente ponderato il ricorso al leasing per finanziare la costruzione di opere, il cui costo non può essere sostenuto con i tradizionali canali d'indebitamento.

Nell'adottare il leasing finanziario immobiliare quale forma di finanziamento reperibile sul mercato, l'ente pubblico dovrà adeguarsi alle norme sancite dagli artt. 202 - 204 T.U.E.L. e dovranno essere attentamente valutate le forme di garanzia sull'assolvimento delle obbligazioni contrattuali concesse dall'ente pubblico, quali cauzioni e depositi per la copertura dei canoni o di parte del prezzo di riscatto del bene, o come la delegazione di pagamento ai sensi dell'art. 206 T.U.E.L., quale forma di ulteriore garanzia normativamente prevista per il pagamento dei ratei di ammortamento dei mutui e dei prestiti contratti dagli enti locali.

...

L'utilizzazione del contratto di leasing per la realizzazione di un'opera pubblica di particolare rilievo sociale, deve essere inserita nell'ambito del programma pluriennale di lavori pubblici che il Comune intende realizzare, non essendo sufficiente una mera delibera a contrarre che valuti la convenienza economica in modo del tutto avulso dal contesto programmatico delineato dall'amministrazione.

Alla luce delle motivazioni che precedono e avuto riguardo alla causa concreta del negozio giuridico posto in essere dalla pubblica amministrazione, non può disconoscersi che l'operazione di leasing finanziario immobiliare costituisca una forma d'indebitamento dell'ente pubblico ulteriore rispetto a quelle indicate

dall'art. 3 comma 17 della legge 350/2003, che deve essere conseguentemente orientata ai fini di cui all'art. 119, sesto comma, della Costituzione, ovvero tesa a finanziare operazioni d'investimento quali quelle ricomprese nell'art. 3 comma 18 lett. a), b), c), e), i) della legge 350/2003, nei limiti e termini contenutistici sopra indicati.

Da ultimo, ai fini del quesito posto, appare rilevante accertare la compatibilità della forma d'indebitamento mediante leasing finanziario con le norme contenute nell'art. 62 della Legge 133/2008, in materia di contenimento dell'uso degli strumenti derivati e dell'indebitamento delle regioni e degli enti locali. Disposizioni che il legislatore ha inteso considerare principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica ai sensi degli artt. 117, terzo comma, e 119, secondo comma, della Costituzione.

L'art. 62, comma primo, della legge 133/2008 prescrive: "*... e' fatto divieto di stipulare ... contratti relativi agli strumenti finanziari derivati previsti all'articolo 1, comma 3, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria ... nonché di ricorrere all'indebitamento attraverso contratti che non prevedano modalità di rimborso mediante rate di ammortamento comprensive di capitale e interessi. La durata dei piani di ammortamento non può essere superiore a trent'anni, ivi comprese eventuali operazioni di rifinanziamento o rinegoziazione ammesse dalla legge ...*".

Ciò posto, si ritiene che il contratto di leasing finanziario non sia da annoverare nella categoria dei contratti di finanza derivata ai sensi dell'art.1, commi secondo e terzo, del D. Lgs. 58/98, il quale fa esplicito riferimento a contratti aleatori e strutturati in tema di intermediazione finanziaria.

Tuttavia, un possibile punto d'interferenza con il divieto stabilito dall'art. 62 della legge 133/2008 è ravvisabile laddove l'indebitamento derivante dal contratto di leasing finanziario sia congegnato in modo tale da dissimulare un contratto di "swap" a copertura dei tassi d'interesse applicati ai ratei del canone o uno schema di finanza derivata, ovvero ancora, laddove sia prevista una modalità di rimborso, mediante rate di ammortamento non comprensive di capitale ed interessi, che procrastini il rimborso del capitale nel tempo, esponendo l'ente ad oneri finanziari non determinati e pertanto non sostenibili.

Sotto altro profilo, alla luce dei principi stabiliti dalla norma, la durata del piano di ammortamento dei canoni di leasing non può superare la soglia trentennale, ivi comprese le eventuali operazioni di rifinanziamento o di rinegoziazione ammesse dalla legge e la somma per il riscatto finale del bene non può tradursi in un rimborso del capitale in un'unica soluzione alla scadenza (c.d. bullet).

Conclusioni.

In sintesi, pur richiamando i principi dell'autonomia negoziale e della capacità giuridica generale della pubblica amministrazione, l'adozione di un contratto di leasing finanziario interseca settori a normazione speciale, derogatori rispetto al diritto comune (norme comunitarie sugli appalti e codice dei contratti); rientra nelle regole della contabilità pubblica in tema di allocazione in bilancio dei canoni periodici e di rispetto dei vincoli derivanti dal patto di stabilità per il triennio 2008-2011; soggiace alle limitazioni procedurali, funzionali e contenutistiche tipiche del regime dell'evidenza pubblica; ed infine, può configurare una forma d'indebitamento ammissibile ai sensi dell'art. 62 della Legge 133/2008 solo a condizione che non contenga clausole tipiche del contratto di swap, che si configuri quale forma d'indebitamento recante un piano di ammortamento del canone complessivamente non superiore a trent'anni, che le rate di rimborso mediante ammortamento siano comprensive di capitale ed interessi ed, infine, che la somma prevista per il riscatto del bene non si traduca in un rimborso del capitale o del valore di mercato del bene in un'unica soluzione alla scadenza.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.