

LEASING IN COSTRUENDO – Avv. Daniele Spinelli

La locazione finanziaria

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; rappresenta 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 cod. civ..

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:

- 1 - il soggetto interessato al godimento di un bene (utilizzatore);
- 2 - 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;
- 3 - 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 di acquisto con il soggetto venditore o costruttore.

Nel ***leasing immobiliare pubblico*** parte del contratto, dunque "soggetto utilizzatore", è la pubblica amministrazione.

L'art. 17, comma 2 della Legge 2.5.1976, n. 183 contiene la prima definizione del *leasing* finanziario: per operazioni di locazione finanziaria si intendono "le operazioni di locazione di beni mobili e 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 divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito".

L'elaborazione giurisprudenziale ha riconosciuto, nella pratica operativa, almeno **due forme di leasing finanziario**:

- il **leasing traslativo**, generalmente utilizzabile per i beni immobili, si caratterizza per il 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.
- il **leasing di godimento**, caratterizzato dalla locazione di beni non idonei a mantenere un apprezzabile valore commerciale alla scadenza del contratto; la causa tipica del negozio è il finanziamento a scopo di godimento, mentre il pagamento dei canoni si configura come corrispettivo dell'uso del bene.

All'interno del *leasing* traslativo si colloca il **leasing immobiliare in costruendo** che rappresenta una forma di finanziamento privato delle opere pubbliche con la quale un soggetto finanziatore anticipa i fondi necessari per eseguire l'opera pubblica e, al termine dell'esecuzione, viene ristorato dall'ente utilizzatore-appaltante tramite la corresponsione di canoni periodici.

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

- 1 - 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;
- 2 - 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;
- 3 - il costruttore, che realizza l'opera e provvede, eventualmente, alla sua manutenzione.

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.).

A causa della mancanza di una normativa specifica, nel passato sono state sollevate forti perplessità sulla compatibilità del *leasing* immobiliare pubblico *in costruendo* con la legge quadro sui lavori pubblici e con i principi di derivazione comunitaria che regolano le procedure di appalto (trasparenza, concorrenza, parità di trattamento, ecc.).

I precedenti dell’Autorità di Vigilanza

La fattispecie del leasing immobiliare come formula realizzativa di lavori pubblici è stata presa in considerazione più volte dall’Autorità.

Determinazione n. 22 del 30.7.2002

L’Autorità esprimeva l’avviso che non fosse consentito realizzare opere pubbliche o di pubblico interesse o destinate a un uso pubblico mediante schemi procedurali differenti rispetto a quelli specificamente disciplinati dalla legge n. 109/1994 e s.m., e, più in generale, dalla normativa di settore. Ciò in quanto l’art. 19, comma 1, legge n. 109/1994 restringeva espressamente le tipologie contrattuali a due sole ipotesi. Secondo tale norma, infatti, «i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all’art. 24, comma 6». La disposizione conteneva, quindi, un’elencazione tassativa dei tipi di contratto ammessi ed escludeva, con riferimento alla realizzazione di un lavoro pubblico, l’utilizzazione di differenti moduli negoziali.

Era, inoltre, significativa l’aggiunta nel testo della norma, a opera dell’art. 3, comma 3, legge n. 415/1998, dell’avverbio “esclusivamente”, con la conseguenza che i due moduli enucleati nella norma costituivano gli unici strumenti cui era possibile ricorrere, risultando inammissibile che la scelta del tipo contrattuale restasse affidata al prudente apprezzamento della Pubblica Amministrazione, la quale sarebbe stata, in tale ipotesi, arbitra di decidere se applicare o meno la legislazione sui lavori pubblici e, quindi, per le opere c.d. sopra soglia, se sottostare o meno alla concorrenza comunitaria.

Deliberazione n. 145 del 23.9.2004

Con un’inversione di tendenza a sorpresa l’Autorità per la Vigilanza affermava che, fermo restando il principio generale di tassatività delle procedure previste dalla legge n. 109/1994 e s.m., per la realizzazione di opere pubbliche, si configurava, piuttosto, una deroga a tali procedure ove norme speciali, dettate per far fronte a situazioni di necessità e urgenza (nel caso di specie «l’inefficienza e la vetustà degli istituti penitenziari esistenti e il loro sovraffollamento»), prevedessero l’uso, in via prioritaria, di strumenti alternativi, ivi incluso il leasing finanziario.

In presenza di tali circostanze, ferma restando la necessità della qualificazione tecnica dei soggetti incaricati dell’attività di progettazione e della esecuzione delle opere ai sensi della normativa sui lavori pubblici, la disciplina applicabile agli affidamenti sarebbe stata quella relativa agli appalti pubblici di servizi, stante la prevalenza dell’aspetto relativo all’operazione di finanziamento.

Parere n. 24 del 31 gennaio 2008, reso ai sensi dell’art. 6, comma 7, lett. u), del decreto nel quale si sono manifestati dubbi e perplessità sull’istituto stesso.

«Ai sensi e per gli effetti del comma 1 dell’art. 160-bis del D.Lgs. n. 163/2006 viene espressamente prescritto che “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”. Il succitato precetto normativo non chiarisce la qualificazione giuridica dell’istituto, ovvero se esso possa considerarsi appalto di lavoro

o di servizi. Dirime qualsivoglia dubbio, ad avviso dell'Autorità, l'emanando Regolamento per l'esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006 che, all'art. 3, lett. c), definisce il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità come "il contratto che ha a oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori; il contratto è da qualificare come appalto pubblico di lavori, salvo che gli stessi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo".

Tale definizione è stata, da ultimo, ripresa dal terzo decreto correttivo seppure all'interno di una complessiva riformulazione della norma che, ad avviso di chi scrive – da una prima analisi – lascerebbe aperte questioni interpretative sia in ordine all'avvalimento, sia in ordine al regime delle responsabilità.

La legge 27 dicembre 2006, n. 296 – legge finanziaria per il 2007 – accoglie la tesi dell'ammissibilità del *leasing* immobiliare *in costruendo* con una disposizione di ampia portata che estende l'utilizzo operativo di questo strumento.

In estrema sintesi, il *leasing* immobiliare *in costruendo* diventa un'alternativa al tradizionale appalto di opera, rappresentando una formula di finanziamento che si basa sulla realizzazione e sull'acquisizione in proprietà di un immobile da parte della società locatrice - mediante imprese di costruzione dalla stessa indicate o associate - con la concessione di tale bene all'utilizzatore (in questo caso la pubblica amministrazione) a fronte di canoni di ammortamento e finale riscatto dell'immobile stesso (*leasing* traslativo).

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

- 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);
- 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;
- 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;

- il canone è fisso ed invariabile, eventualmente comprensivo di servizi accessori contrattualmente determinati, e viene corrisposto solo dopo il collaudo dell'opera;
- 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.

Le novità introdotte dal terzo decreto correttivo

L'art. 160-*bis* del D.Lgs. 163/2006, come introdotto dal secondo decreto correttivo, rubricato "Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità", accoglie le norme sul leasing immobiliare contenute nei commi 907 e seguenti della legge finanziaria per il 2007.

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».

Il terzo decreto correttivo, con l'art. 2, comma 1, lett. nn) risolve il problema della qualificazione giuridica del *leasing* immobiliare *in costruendo*, introducendo, nell'art. 160-*bis* del Codice, 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".

A livello procedurale, il D.lgs. 152/2008 conferma la precedente disciplina della procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione del contratto, in cui si prevede che la stazione appaltante, nel bando di gara:

- determina i requisiti di partecipazione di carattere soggettivo, economico, funzionale, tecnico ed organizzativo dei partecipanti;
- specifica le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione;
- esplicita i parametri di valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- si riserva il controllo sulla realizzazione e gestione dell'opera, secondo le modalità contrattualmente previste.

Con il comma 4-*bis*, di nuova introduzione, si specifica che il soggetto finanziatore autorizzato ai sensi del D.Lgs. 385/1993 e s.m.i., 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."

La norma sembrerebbe configurare l'ipotesi che il soggetto finanziatore possa partecipare anche da solo alla gara d'appalto, laddove sia in grado di dimostrare che dispone dei mezzi per eseguire l'opera. Tale impostazione, che dà rilevanza primaria al soggetto finanziatore (società di *leasing*), e, dunque, alla prestazione di servizi, strumentale rispetto all'esecuzione dell'opera, desta forti perplessità nella misura in cui contrasta con la qualificazione del *leasing* come appalto misto di lavori e servizi con prevalenza dei lavori, confermata dalla norma in esame.

In merito, poi, alle modalità con le quali il soggetto finanziatore dovrebbe assicurare la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera, la norma ne individua sostanzialmente due:

- 1) l'avvalimento delle risorse di un soggetto costruttore;
 - 2) l'associazione temporanea con un soggetto costruttore.
- La prima modalità di realizzazione dell'opera, l'associazione temporanea, è indicata come una mera possibilità, laddove, al contrario, questa sembra essere l'unica soluzione idonea a garantire il rapporto paritario tra il finanziatore ed il costruttore.
 - In ordine alla seconda modalità è stato rilevato da parte di alcune associazioni di categoria come l'utilizzo del meccanismo dell'avvalimento, anche se in senso atecnico, implicherebbe l'estraneità dell'impresa costruttrice rispetto alla procedura di gara ed al contratto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori. Ciò si porrebbe in contrasto con la finalità sostanziale dell'operazione, che è quella della realizzazione di un'opera pubblica, in funzione della quale dovrebbe essere garantito un ruolo, quantomeno, paritario all'impresa costruttrice rispetto al soggetto finanziatore. Per queste ragioni il riferimento all'istituto dell'avvalimento, apparirebbe ambiguo poiché la disciplina del codice (art. 49), ne limita l'applicazione soltanto tra imprese di costruzione. Nella disposizione in

esame, invece, il soggetto finanziatore diviene il *dominus* dell'intera operazione, pur essendo del tutto estraneo alla prestazione relativa ai lavori e pur non disponendo di quella organizzazione d'impresa, tipica delle imprese di costruzioni, che nell'avvalimento è assicurata dall'impresa ausiliata. In altri termini, l'avvalimento cui accenna la norma in esame darebbe luogo ad una sostanziale "delega ad eseguire" da parte della società finanziaria ad un soggetto-costruttore che, pur non avendo partecipato alla gara, di fatto, è l'unico vero esecutore.

Il terzo Decreto correttivo non elimina le forti perplessità circa il **regime delle responsabilità**. Secondo l'art. 160-*bis*, comma 3, del Codice, infatti, il finanziatore e l'esecutore, che si associano tra loro, non sono responsabili solidalmente, ma ciascuno in rapporto alla specifica obbligazione assunta.

- Nel caso dell'avvalimento ex art. 49, comma 4 del codice, sussiste, invece, la responsabilità solidale dell'impresa costruttrice ausiliaria con il soggetto finanziatore ausiliato ("Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto"). Ne consegue che, poiché la prestazione del finanziatore consiste nella corresponsione degli stati di avanzamento dei lavori al costruttore, quest'ultimo finirebbe per doversi sostituire al finanziatore nei pagamenti verso se stesso.
- Nel caso di raggruppamento temporaneo, d'altra parte, si prevede che "In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche." Non si comprende se la pubblica amministrazione possa valutare la sostituzione ovvero abbia l'obbligo di fornire l'assenso quando il sostituto sia in possesso dei requisiti di capacità previsti nel bando. In applicazione dei generali principi in materia, si ritiene che l'atto di assenso non possa essere negato laddove il subentrante dimostri di essere in possesso dei requisiti di ordine morale, nonché di quelli speciali di idoneità.

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."

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.

La definizione della progettazione garantisce che il confronto concorrenziale si svolga non solo sui contenuti finanziari del *leasing* ma anche sulla realizzazione dell'opera.

L'apertura all'affidamento della progettazione unitamente alla costruzione, rende, inoltre, ancor più evidente la generalizzazione dell'istituto e la sua assimilazione, per certi versi, agli appalti di progettazione ed esecuzione. Tale precisazione, inoltre, esalta il contenuto del leasing immobiliare come appalto misto di lavori, servizi finanziari, servizi di progettazione e, in alcuni casi, servizi manutentivi dell'opera pubblica, tutti elementi che connotano l'operazione per la sua complessità procedurale, idonea, tuttavia, a ricondurre a sintesi i diversi procedimenti, con risparmio nei tempi di realizzazione dell'opera.

Infine, con l'introduzione del comma 4-quater, si precisa 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. Con il superamento dell'alternativa tra l'una o l'altra modalità, 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 (in conformità alle indicazioni del Consiglio di Stato, Sez. Cons. per gli Atti Normativi Adunanza del 14 luglio 2008): in questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice può concedere 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 da parte dell'amministrazione.