

Determinazione n.4 del 22 maggio 2013

Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità

Indice

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità
2. Il ricorso al leasing immobiliare in costruendo
 - 2.1. L'oggetto del contratto
 - 2.2. La procedura di gara
 - 2.2.1. La disponibilità delle aree
 - 2.3. I soggetti a cui può essere affidato il contratto
 - 2.4. La valutazione delle offerte
 - 2.5. La scelta degli elementi di valutazione economica
 - 2.6. Il controllo da parte della stazione appaltante
3. Il leasing immobiliare costruito
4. Il leasing mobiliare
5. Il contratto di disponibilità
 - 5.1. Il canone di disponibilità
 - 5.2. Il contributo in corso d'opera e l'eventuale trasferimento finale
 - 5.3. La riduzione del canone di disponibilità
 - 5.4. La soglia di risoluzione del contratto

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Il legislatore nazionale è intervenuto più volte, nel corso degli ultimi anni, sulle fattispecie contrattuali ascrivibili alla cd. public-private partnership (PPP) sia per la possibilità di integrare le competenze del settore pubblico e del settore privato sia in considerazione delle ridotte risorse finanziarie a disposizione delle stazioni appaltanti.

In particolare, si evidenziano l'introduzione nel sistema dei contratti pubblici del contratto di locazione finanziaria (o leasing finanziario), inserito nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice) all'art. 160-bis, dall'art. 2, comma 1, lett. pp), d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e, più recentemente, la previsione del contratto di disponibilità, introdotto nel Codice all'art. 160-ter dall'art. 44, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, come modificato dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e, successivamente, dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

L'attuale assetto normativo prevede, dunque, una serie di strumenti di partenariato pubblico-privato (cfr. art. 3, comma 15-ter del Codice), che vanno dai contratti di concessione finanziati sia in corporate financing sia in project financing, al contratto di disponibilità e al leasing. Con riferimento alle opere con tariffazione a carico dell'amministrazione, che rappresentano il principale ambito di riferimento di questo documento, i primi due sono riconducibili al modello internazionale DBFO (design, build, finance and operate); il terzo al modello BLT (build, lease and transfert). Indipendentemente dal modello finanziario sottostante, ai fini della riconduzione dell'operazione nell'alveo del PPP, occorre strutturare il contratto in modo tale che i rischi siano allocati alla parte che è meglio in grado di controllarli.

L'applicazione di questi strumenti contrattuali ha posto dubbi di carattere interpretativo connessi, soprattutto, ad aspetti delicati del disegno di gara, quali, ad esempio, la tipologia di soggetti ammessi alle procedure competitive, la ripartizione dei rischi tra pubblico e privato, la corretta strutturazione delle operazioni dal punto di vista tecnico ed economico-finanziario.

Il presente documento si pone, pertanto, l'obiettivo di chiarire alcune questioni interpretative concernenti gli strumenti contrattuali sopra richiamati e di fornire alle stazioni appaltanti indicazioni operative sui principali aspetti dell'iter di affidamento. Tali indicazioni tengono conto delle osservazioni e dei contributi pervenuti dai partecipanti al tavolo tecnico all'uopo costituito dall'Autorità nel 2012.

2. Il ricorso al leasing immobiliare in costruendo

La locazione finanziaria è il contratto mediante il quale un locatore acquista un bene conforme alle esigenze del locatario e poi lo concede in locazione al medesimo, svolgendo così una funzione di intermediario finanziario; alla scadenza contrattuale il locatario utilizzatore può scegliere tra la restituzione del bene, ovvero il suo acquisto, mediante corresponsione del prezzo di riscatto.

L'articolo 160-bis del Codice consente ai committenti pubblici di avvalersi di tale forma di finanziamento per la realizzazione, acquisizione e completamento delle opere pubbliche o di pubblica utilità.

Con il contratto di leasing immobiliare in costruendo, pertanto, una parte si obbliga a costruire, finanziandone il costo, un bene immobile rispondente ad esigenze funzionali dell'altra, di durata almeno pari a quella di vigenza del contratto, a fronte del versamento di canoni periodici; la controparte assume, altresì, il diritto di riscatto, preordinato ad ottenere la piena proprietà dell'opera alla scadenza del contratto.

L'articolo 160-bis disciplina solo la locazione finanziaria per la realizzazione di opere pubbliche, e non si occupa di altri settori di possibile utilizzo di tale tipologia contrattuale (si veda, oltre, paragrafo 4). Come più volte posto in rilievo dalla giurisprudenza contabile, il leasing immobiliare per la realizzazione di opere pubbliche costituisce un'opportunità di coinvolgimento di capitali privati, a patto che vengano mantenute ferme le caratteristiche essenziali del contratto, che la realizzazione riguardi un'opera suscettibile di proprietà privata e che l'ente pubblico abbia la facoltà di riscattare il bene al termine del contratto.

Il ricorso al leasing immobiliare, in quanto forma di PPP, richiede una preventiva analisi di costi-benefici e di compatibilità con le norme per il coordinamento della finanza pubblica, atta a soppesarne la complessiva convenienza e la sostenibilità finanziaria sui bilanci futuri (cfr. ex multis Corte dei conti, sez. Emilia Romagna, n. 5/2012; sez. Veneto, n. 360/2011).

Ciò implica una valutazione preliminare di convenienza, da effettuarsi in base ai consueti parametri di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa, fra il ricorso al partenariato pubblico privato in generale (project financing, leasing, concessione), il leasing in costruendo in particolare ed altre forme di finanziamento. A tal fine, dovrà essere condotta una verifica tecnica, anche mediante il calcolo del costo finanziario complessivo dell'operazione programmata, che deve essere certo e definito fin dal momento dell'aggiudicazione; detto costo, come meglio precisato nel paragrafo 2.5, è sostanzialmente individuato nel canone di leasing, che include ogni elemento di costo atteso dell'operazione, e nel corrispettivo per il riscatto finale.

Quanto all'impatto sul bilancio pubblico, con specifico riguardo al leasing immobiliare, si rammenta che, affinché l'intervento possa essere qualificato off balance, è necessario fare riferimento ai criteri contenuti nelle decisioni Eurostat, cui rinvia l'art. 3, comma 15-ter del Codice.

Come rammentato nelle determinazioni dell'Autorità n. 2 del 2010 e n. 6 del 2011, per potersi ritenere che l'intervento realizzato tramite operazioni di leasing immobiliare sia considerabile quale partenariato pubblico-privato ai fini dell'impatto sulla contabilità pubblica, e, in particolare, per non essere incluso nel calcolo del disavanzo e del debito pubblico, rispetto ai tre rischi classificati dall'Eurostat (ossia di costruzione, di domanda e di disponibilità), almeno due – normalmente quelli di costruzione e di domanda/disponibilità negli interventi relativi alla realizzazione di opere pubbliche – devono pienamente sussistere in modo sostanziale e non solo formale a carico del privato (cfr., ad esempio, Corte dei conti, sez. Lombardia, n. 107/2012) 1 .

In ogni caso, la corretta allocazione dei rischi è un elemento cruciale del leasing immobiliare in costruendo sia sotto il profilo della qualificazione dell'operazione come partenariato pubblico-

privato sia per assicurare l'esecuzione e la fruizione dell'opera nei tempi e secondo le modalità pattuite. Il contratto dovrà disciplinare, pertanto, in maniera espressa detto profilo.

2.1 L'oggetto del contratto

Il primo e fondamentale aspetto che preme evidenziare attiene al carattere unitario dell'istituto.

Il profilo è ampiamente dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza: secondo un primo indirizzo, prevalente nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, si sarebbe in presenza di un collegamento funzionale tra due diversi contratti (si veda, in tal senso, Cassazione civile, sezione III, sentenza n. 5003 dell'8 marzo 2005 e TAR Brescia, sez. II, sentenza n. 1675 del 5 maggio 2010). Secondo un diverso orientamento, si tratterebbe, invece, di una figura contrattuale unitaria, qualificata in termini di contratto plurilaterale (così, ad esempio, la Cassazione civile, sezione II, sentenza del 26 gennaio 2000, n. 854). Al riguardo, si rammenta che il criterio distintivo tra contratto unico e contratto collegato non è dato da elementi formali, quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali, o dalla contestualità delle stipulazioni, bensì dall'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti (si veda, in tal senso, da ultimo Cassazione civile, Sezione II del 26 marzo 2010, n. 7305). Inoltre, la tematica della unitarietà o meno della fattispecie nell'ambito della contrattualistica pubblica si connota diversamente, rispetto all'ambito privatistico, oltre che sotto il profilo della tipicità della disciplina, anche per l'ulteriore e decisivo profilo della procedura da utilizzare.

In proposito, si ritiene che l'interpretazione sistematica degli indici normativi deponga a favore della ricostruzione in termini unitari del leasing pubblico.

In primo luogo, in tal senso milita l'analisi dell'elemento funzionale del contratto, che trova la sua ragione economico-sociale nell'obiettivo di realizzare lavori pubblici avvalendosi della possibile sinergia tra un soggetto costruttore e un soggetto finanziatore. L'art. 3, comma 15-bis, del Codice qualifica, infatti, la locazione finanziaria come contratto di partenariato pubblico-privato, definendola come contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori. Lo stesso art. 160-bis del Codice qualifica la locazione finanziaria come appalto di lavori; ove, invece, i lavori abbiano carattere meramente accessorio, l'oggetto principale del contratto sarà costituito dai servizi finanziari. La mera accessorietà dei lavori rispetto ai servizi appare, peraltro, come un'ipotesi residuale e, escluso il caso della realizzazione ex novo dell'opera, potrebbe astrattamente concernere soltanto il caso del completamento di un'opera già esistente. Nei casi dubbi, il profilo deve essere valutato in base al criterio funzionale fissato dall'art. 14, comma 3, del Codice: pertanto, vi sarà prevalenza dei servizi se, quand'anche l'importo dei lavori sia superiore al cinquanta per cento, questi ultimi, in base alle specifiche caratteristiche dell'appalto, si presentino come meramente accessori rispetto all'oggetto principale dello stesso.

In entrambi le ipotesi, tuttavia, il contratto da stipularsi e, più in generale, l'operazione economico-finanziaria deve essere considerata e trattata unitariamente (unica gara e unico contratto) tra una pubblica amministrazione ed un soggetto (eventualmente riunito in associazione temporanea) realizzatore e finanziatore.

In secondo luogo, merita osservare come il Codice prefiguri l'esperimento di una gara unica. Così, ad esempio, il comma 2 dell'art. 160-bis del Codice espressamente si riferisce al singolare ("bando di gara"), come del resto il successivo comma 4-ter.

Si osserva che, a fronte di una unica gara, la stipulazione di due diversi contratti – che deriverebbe dall'accoglimento della tesi del collegamento negoziale – creerebbe inevitabilmente difficoltà gestionali di rapporti tra l'ente pubblico ed i contraenti, nonché indebolirebbe la cointeressenza dei medesimi sul risultato finale, determinando una parcellizzazione delle situazioni giuridiche e, di conseguenza, degli interessi in gioco.

A favore della tesi dell'unitarietà della figura contrattuale depone, altresì, quanto statuito dall'art. 160-bis, comma 2, del Codice, che richiede che il bando precisi i requisiti tecnico – realizzativi del

concorrente e le caratteristiche progettuali dell'opera. Questa previsione porterebbe ad escludere la possibilità di considerare la gara per il leasing in costruendo come una gara avente ad oggetto un appalto di servizio di finanziamento, con la scelta a valle del soggetto realizzatore rimessa direttamente all'aggiudicatario – soggetto finanziatore. Un ulteriore argomento a sostegno della tesi, si può rinvenire nella disciplina di cui al comma 3 della norma in esame, in relazione al raggruppamento temporaneo, che prevede la facoltà di sostituzione da parte di ciascuno dei soggetti del raggruppamento temporaneo non soltanto in caso di fallimento, ma anche in tutti i casi di "sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva". Tale previsione sembra potersi giustificare proprio nell'ottica dell'unico contratto stipulato. Quest'ultimo, infatti, in mancanza di un sostituto si scioglierebbe in danno anche al contraente cui non è attribuibile l'inadempimento.

Deve, pertanto, concludersi che il legislatore ha considerato unica sia la procedura ad evidenza pubblica di selezione dell'operatore economico sia il successivo e conseguente contratto stipulato con la stazione appaltante, una volta terminata la fase di selezione del concorrente.

Il carattere unitario del contratto di appalto consente di qualificare l'intera prestazione secondo la logica del risultato, caratterizzata dalla consegna a regola d'arte di un'opera finanziata e finita, propedeutica a legittimare il diritto alla controprestazione del pagamento dei canoni di locazione. In questo contesto, il servizio finanziario, che assume, di norma, carattere accessorio al risultato complessivo dell'operazione, in ogni caso non può essere considerato come mera prestazione o assimilato a semplice contratto separato di finanziamento, alternativo, ad esempio, ad un contratto di mutuo.

In sostanza, l'istituto del leasing in costruendo va inquadrato come complessiva prestazione di risultato, non assimilabile ad una mera sommatoria di contratto di finanziamento e di contratto d'appalto di lavori pubblici.

A fronte di una causa contrattuale unitaria, è tuttavia necessario che nel contratto siano puntualmente disciplinate e distinte le obbligazioni, di natura eterogenea, poste a carico di ciascuna parte, soprattutto in considerazione dei connessi profili in tema di responsabilità.

2.2. La procedura di gara

Per quanto concerne la procedura di gara, attesa la qualificazione normativa come contratto di appalto di lavori con una componente, di regola, accessoria di servizi, possono trovare applicazione tutte le procedure contemplate dal Codice per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, con le relative norme in tema di pubblicità e termini (cfr. art. 54 del Codice).

Peraltro, dal momento che l'art. 160-bis prevede, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del Codice, vale quanto stabilito dall'art. 55, comma 2, secondo cui le stazioni appaltanti, in tal caso, "utilizzano di preferenza le procedure ristrette". Inoltre, l'art. 160-bis, comma 2, prevede che il bando determini "i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Con dizione sintetica, la medesima disposizione demanda alla definizione ex ante nel bando di gara, da parte della stazione appaltante, dei requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, delle caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, dei costi, dei tempi e delle garanzie dell'operazione.

Con specifico riguardo alla strutturazione della gara, secondo il comma 4-ter dell'art. 160-bis, la stazione appaltante deve porre a base di gara un progetto di livello almeno preliminare, mentre spetta all'aggiudicatario provvedere alla predisposizione dei successivi livelli progettuali oltre che all'esecuzione dell'opera. In tal caso, applicandosi il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, appare necessario che il progetto preliminare contenga tutti gli elementi che, a giudizio dell'amministrazione, sono ritenuti indispensabili e non soggetti a variazione, nonché i requisiti minimi delle varianti di cui all'art. 76 del Codice. L'utilizzo dell'espressione "almeno" sta a significare che la stazione appaltante potrebbe porre a base di gara un progetto definitivo o addirittura esecutivo.

E' ammissibile, inoltre, ai fini di una corretta gestione della gara, da svolgersi con l'offerta economicamente più vantaggiosa, chiedere al concorrente, in sede di offerta, la presentazione di un progetto definitivo, secondo quanto previsto dall'articolo 53, comma 1, lettera c) del Codice.

Nel caso in cui la progettazione definitiva ed esecutiva siano rimesse al soggetto realizzatore, nel silenzio della norma, in analogia con quanto disposto per l'appalto integrato di cui all'art. 53, comma 2, lett. b) e c), del Codice, è necessario predeterminare i requisiti del progettista nel bando di gara. Il concorrente, quindi, dovrà essere in possesso di attestazione SOA per l'esecuzione e la progettazione dell'opera ed avvalersi di professionisti in possesso dei requisiti di qualificazione indicati nel bando, qualora non in possesso di tali requisiti attraverso la propria struttura.

Occorre, infine, rammentare quanto disposto dall'art. 153, comma 20, del Codice secondo il quale la proposta di cui al comma 19, primo periodo, del medesimo articolo può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 160-bis.

2.2.1. La disponibilità delle aree

Quanto alla questione attinente alla disponibilità delle aree sulle quali eseguire l'opera (cfr. art. 160-bis), è del tutto evidente che l'individuazione delle aree stesse e la relativa proprietà potranno incidere sui costi dell'operazione. Al riguardo, appare preferibile che la stazione appaltante individui ex ante un'area di sua proprietà ovvero un'area da sottoporre ad esproprio, sulla quale far costruire l'opera, prevedendo la successiva costituzione del diritto di superficie in favore dell'aggiudicatario. Nel caso si optasse per la concessione dell'area in diritto di superficie, "potrebbe ammettersi l'utilizzo di questo strumento purché il diritto reale sia concesso per un periodo considerevolmente più lungo rispetto a quello previsto per il contratto di locazione finanziaria, cosicché nel momento in cui spira il termine del contratto di leasing il bene conservi un apprezzabile valore di mercato che, al contrario, verrebbe meno ove vi fosse coincidenza tra scadenza del contratto di locazione finanziaria e diritto di superficie. Infatti, in quest'ultimo caso, nel momento in cui cessa il diritto di superficie l'ente pubblico non solo riacquista la piena proprietà dell'area ma anche quella dell'opera realizzata sulla stessa, indipendentemente dall'esercizio del diritto di opzione e, addirittura, anche nel caso in cui non intendesse esercitare l'opzione" (Corte dei conti, deliberazione 49/CONTR/11).

Diversamente, la disponibilità delle aree dovrebbe formare oggetto di apposita valutazione in sede di gara in base alla fissazione di requisiti minimi delle stesse (quali, ad esempio, la localizzazione, il grado di rispondenza della stessa alle specifiche finalità pubbliche per cui deve essere realizzata, il livello di urbanizzazione delle zone circostanti, ecc.). Una simile opzione potrebbe, tuttavia, alterare la piena comparabilità delle offerte; inoltre, le procedure di esproprio che si renderebbero eventualmente necessarie, a causa degli iter complessi e costosi, potrebbero avere un impatto negativo sulla possibilità che l'operazione si sviluppi nell'ambito di un quadro amministrativo, economico e finanziario certo.

In alternativa, la stazione appaltante potrebbe valutare l'opportunità di esperire un'apposita procedura per l'individuazione dell'area su cui far realizzare l'opera.

2.3 I soggetti a cui può essere affidato il contratto

Secondo il comma 3 dell'art. 160-bis del Codice, l'offerente "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".

Prima facie, la dizione impiegata ("può essere anche una associazione temporanea (...)"), unitamente a quanto stabilito dal successivo comma 4-bis, secondo cui "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", sembrerebbe prefigurare la possibilità che il soggetto finanziatore possa

partecipare individualmente alla gara, assicurando la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera mediante il ricorso all'avvalimento ex art. 49 del Codice. In realtà, una simile evenienza mal si concilia con la qualificazione del leasing in costruendo quale appalto di lavori, nei termini già ricordati, e con i caratteri propri dell'avvalimento disciplinato dall'art. 49 del Codice (cfr. determinazione dell'Autorità n. 2 del 2012, "L'avvalimento nelle procedure di gara"), soprattutto con riferimento al profilo della responsabilità solidale ai sensi del citato art. 49, comma 4.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa, muovendo dalla constatazione che l'art. 160-bis contempla l'accostamento di prestazioni – la costruzione ed il finanziamento – assolutamente distanti tra loro, ancorché coordinate e rese complementari dal legislatore per soddisfare le esigenze delle amministrazioni pubbliche, ha ritenuto che "il regime della solidarietà sia incompatibile con l'avvalimento atipico e che, nel silenzio della norma, operi la deroga alla regola generale di cui all'art. 49, con conseguente responsabilità frazionata dei due soggetti coinvolti" (T.A.R. Lombardia Brescia 5 maggio 2010, n. 1675).

In base a quanto sopra considerato, deve escludersi che il soggetto finanziatore possa partecipare individualmente alla gara, dovendosi ritenere che l'art. 160-bis imponga la contemporanea presenza di due soggetti, realizzatore e finanziatore.

Con riguardo alle caratteristiche del raggruppamento, l'art. 160-bis, comma 3, introduce un regime derogatorio rispetto alla disciplina generale dettata dall'art. 37 del Codice. Dispone, infatti, che finanziatore e costruttore sono "responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta", in deroga a quanto affermato dall'art. 37, comma 5, del Codice secondo cui "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".

Il sistema delineato dal legislatore risulta coerente con la natura ontologicamente differente che connota i due soggetti del raggruppamento in esame: il soggetto finanziatore, per poter svolgere legalmente la sua attività, deve rispondere ai requisiti fissati dal d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (nel seguito, TUB); il costruttore deve essere necessariamente un soggetto qualificato ai sensi dell'art. 40 del Codice e non può essere un finanziatore, secondo quanto previsto dalla disciplina bancaria.

Accanto al raggruppamento temporaneo, il terzo comma dell'art. 160-bis prevede che a ricoprire il ruolo di offerente possa essere anche un contraente generale di cui all'art. 162, comma 1, lett. g) del Codice. Viene, in tal modo, ampliato l'ambito di operatività del contraente generale anche alle opere pubbliche o di pubblica utilità che non sono considerate strategiche e di preminente interesse nazionale. L'art. 160-bis, comma 4-bis, precisa, infatti, che il contraente generale "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".

Tuttavia, la formulazione della norma pone dubbi circa il fatto che il contraente generale possa concorrere alla procedura di gara in forma individuale, cioè senza la contestuale partecipazione del soggetto finanziatore. Si osserva, al riguardo, che l'affidamento a contraente generale come unica controparte contrattuale dell'amministrazione mal si concilierebbe con la ricostruzione del leasing in costruendo come vicenda contrattuale unitaria, basata sulla contemporanea partecipazione di un soggetto finanziatore e di un soggetto esecutore.

Una simile eventualità, inoltre, incontrerebbe un ulteriore ostacolo nella legislazione bancaria e creditizia, che impone a chi svolge attività di finanziamento l'iscrizione a determinati albi o elenchi, previa autorizzazione e controllo della Banca d'Italia, secondo le disposizioni del TUB a cui, tra l'altro, fa espresso riferimento lo stesso comma 4 dell'art. 160-bis.

Sul punto occorre, altresì, considerare che, in base a quanto stabilito dall'art. 162, comma 1, lett. g), del Codice, il contraente generale è qualificato "per l'assunzione dell'onere relativo

all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati", cioè si distingue per la particolare capacità di anticipare gli oneri del finanziamento, ma non già di provvedere al vero e proprio finanziamento, attività che è pur sempre demandata ad un soggetto finanziatore autorizzato.

Nel caso del leasing, l'applicazione di un simile meccanismo (che posticipa ad un momento successivo alla conclusione della gara l'individuazione del soggetto finanziatore) non è scevra da rilevanti criticità, in quanto mal si adatta alla struttura contrattuale unitaria della fattispecie, come sopra delineata.

Pur auspicando un chiarimento normativo sul punto, data l'obiettivo ambiguità della norma, si ritiene preferibile che il contraente generale partecipi alla procedura di gara in associazione con un soggetto finanziatore.

2.4. La valutazione delle offerte

Per l'affidamento del contratto di locazione finanziaria, in base a quanto previsto dall'art. 160-bis, comma 2, del Codice, il bando 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.

La stazione appaltante deve preliminarmente indicare i requisiti soggettivi per la partecipazione alla gara che, in base a quanto precedentemente illustrato, dovranno necessariamente riferirsi sia alla progettazione ed esecuzione dei lavori sia alla prestazione del servizio finanziario.

Il confronto competitivo deve essere incentrato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione al quale il bando di gara dovrà specificare gli elementi migliorativi di carattere tecnico-progettuale ed economico-finanziario, nonché i relativi pesi ponderali.

Relativamente agli aspetti tecnico-progettuali, potranno essere valutati quelli indicati in via esemplificativa dall'art. 83, comma 1, del Codice, quali, ad esempio, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il servizio di assistenza tecnica e di manutenzione, i tempi di completamento e di consegna dell'opera. Specialmente nel caso di realizzazione ex novo di un'opera, potranno essere valorizzati quegli elementi in grado di ridurre i costi futuri di utilizzazione della stessa quali, ad esempio, particolari soluzioni tecnico-realizzative e l'impiego di materiali idonei al contenimento dei consumi energetici.

Per quanto attiene agli elementi di carattere economico-finanziario, è necessario che la stazione appaltante elabori, innanzitutto, un prospetto dettagliato contenente la stima dei costi che prevede di dover sostenere, unitamente agli elementi/parametri per il calcolo degli oneri di natura finanziaria.

Si ritiene che, tra le voci di costo, figurino almeno le seguenti:

- il costo di realizzazione dell'opera;
- il costo della progettazione definitiva e/o esecutiva, qualora a base di gara sia posto un progetto di livello inferiore;
- gli oneri finanziari (interessi sul capitale prestatato);
- gli oneri di preammortamento, relativi agli interessi sulle somme anticipate dal finanziatore al costruttore fino alla consegna definitiva dell'opera;
- le spese di manutenzione dell'immobile, eventualmente inserite all'interno di un servizio più ampio e articolato di facility management;
- il prezzo per il riscatto finale;
- gli oneri fiscali (ad esempio, l'IVA da aggiungere al canone di locazione);
- le altre spese amministrative e tecniche (ad esempio, spese notarili, commissioni bancarie, spese di istruttoria, spese assicurative, ecc.).

Tra gli elementi/parametri dell'operazione finanziaria vanno certamente considerati:

- la scelta in ordine al tasso di interesse, fisso o variabile;

- lo spread che il soggetto finanziatore applicherà sui tassi di mercato di riferimento (IRS per il fisso o Euribor per il variabile);
- la durata dell'operazione (numero delle rate);
- la periodicità dei canoni (mensile, bimestrale, semestrale, ecc.);
- la possibilità di switch del tasso di interesse (ad esempio, da variabile a fisso).

Una delle prime decisioni che la stazione appaltante deve assumere riguarda la scelta tra un tasso d'interesse fisso per tutta la durata del contratto e un tasso variabile in base alle condizioni di mercato, eventualmente accompagnato dalla possibilità di "switch" al tasso fisso.

Benché il tasso variabile possa risultare in fase iniziale più conveniente per la stazione appaltante, l'opzione del tasso fisso appare quella più idonea a garantire la certezza dei costi dell'intera operazione e ad evitare potenziali rischi finanziari per l'amministrazione derivanti dalla variabilità dei tassi d'interesse nel corso della durata contrattuale. In tale direzione, vanno i pronunciamenti della Corte dei conti, che, come ricordato, individua quali elementi caratterizzanti del leasing immobiliare in costruendo la durata, il canone e il prezzo di riscatto prefissati (cfr. Corte dei conti, sez. regionale Piemonte, n. 82/2010 del 24 novembre 2010 e sez. contr. Lombardia, n. 87/DEL/2008 del 13 novembre 2008). La Corte ha, in particolare, affermato che "il canone periodico è fisso per tutta la durata del contratto: solo in caso di varianti in corso d'opera richieste dall'ente pubblico, che comportassero maggiori costi di costruzione, potrà essere richiesto ed accettato un incremento del canone. Al contrario, in caso di vizi o difformità tali da comportare una riduzione del valore dell'opera, potrà aversi una riduzione del canone secondo le modalità stabilite nel bando di gara o nell'annesso capitolato" (Corte dei conti, deliberazione 49/CONTR/11).

2.5. La scelta degli elementi di valutazione economica

La scelta degli elementi da sottoporre al confronto concorrenziale deve avvenire tenendo in considerazione le specifiche esigenze della stazione appaltante (relative, ad esempio, alla durata del finanziamento ed all'onere di riscatto finale), ma anche gli elementi di maggiore interesse per la determinazione della convenienza economica complessiva dell'operazione, tra i quali, in particolare, il tasso d'interesse ed il canone periodico da corrispondere all'aggiudicatario (cfr. Corte dei conti, deliberazione 49/CONTR/11).

Dall'analisi di alcuni bandi di gara risulta che sono spesso oggetto di valutazione, anche se non sempre presenti in maniera simultanea: il costo dei lavori, lo spread sul finanziamento, lo spread sul preammortamento ed il canone periodico; talvolta vengono valutati anche la durata del finanziamento ed il prezzo per il riscatto finale.

Una prassi riscontrata è quella di richiedere ai concorrenti un'offerta separata sui due elementi principali che contribuiscono a determinare il costo finale dell'opera, ovvero il ribasso sul costo dei lavori e lo spread sul finanziamento. La valutazione indipendente di questi due elementi, soprattutto in presenza di altre voci di natura economico/finanziaria, quali la durata del finanziamento o il prezzo di riscatto, non assicura sempre la selezione dell'offerta complessivamente più conveniente. Ciò può avvenire sia a causa del carattere "relativo" o "interdipendente" delle formule solitamente utilizzate per l'assegnazione dei relativi punteggi sia per effetto della definizione del piano finale di ammortamento e, cioè, in conseguenza della trasformazione delle singole voci di offerta nel canone periodico da corrispondere per la durata contrattuale, che potrebbe portare ex post ad un onere complessivo (rata periodica x numero delle rate previste) superiore rispetto ad altre combinazioni di costo e tasso offerte in gara.

Tale considerazione porta in evidenza i vantaggi, in termini di semplicità e trasparenza nella valutazione e comparazione delle offerte, derivanti dalla richiesta ai concorrenti di un'offerta/ribasso sul canone, basata su un tasso d'interesse fisso ed invariabile per tutta la durata contrattuale, quale unico elemento economico da porre a base di gara e nel quale dovrebbero essere ricompresi tutti i costi attesi dell'operazione, quali i costi di progettazione e costruzione, gli interessi sul capitale prestato, gli oneri di preammortamento, i costi di manutenzione e tutte le altre voci di spesa suscettibili di ribasso.

Le componenti ed il procedimento adottato per la determinazione del canone a base d'asta dovrebbero essere accuratamente dettagliati in uno studio di fattibilità economico-finanziario e nel relativo piano di ammortamento, dai quali si possa ricavare in modo evidente il contributo, nonché la congruità, rispetto ai valori di mercato, delle singole voci di costo.

Per quanto attiene ai parametri di natura finanziaria, le amministrazioni devono evidenziare i valori dello spread e del tasso d'interesse fisso di riferimento (IRS) adottati per determinare il canone a base di gara. Lo stesso tasso fisso IRS di riferimento dovrà essere utilizzato dai concorrenti per formulare la proposta di canone, esplicitando nell'offerta il valore dello spread ad esso applicato.

Poiché il lasso di tempo che intercorre tra la presentazione delle offerte e la consegna dell'opera può essere piuttosto lungo, le stazioni appaltanti potrebbero prevedere l'aggiornamento del canone offerto in gara in base al valore del tasso di interesse di mercato IRS effettivamente in vigore nel giorno della consegna dell'opera, tenendo fermi ed immutati tutti gli altri elementi dell'offerta. Il canone così aggiornato sarà, da quel momento, fisso ed invariabile per tutta la durata contrattuale.

L'aggiornamento del tasso IRS eviterebbe al contraente l'accollo degli eventuali oneri relativi alla stipula di contratti a copertura del rischio di fluttuazione dei tassi d'interesse nel periodo considerato, ai quali potrebbe conseguire un'offerta di canone più elevata.

Nel bando di gara devono essere, altresì, fissati i due parametri economici rimanenti ovvero la durata del finanziamento (numero delle rate) ed il prezzo per il riscatto finale dell'opera.

2.6. Il controllo da parte della stazione appaltante

Al fine di garantire l'efficienza complessiva dell'operazione, è necessario che le stazioni appaltanti predispongano adeguati meccanismi di controllo relativi all'intero ciclo di realizzazione dell'opera ed alla fase di gestione della stessa.

Con riguardo alla progettazione, compete alla stazione appaltante l'approvazione dei livelli progettuali eventualmente demandati all'aggiudicatario e lo svolgimento della verifica della compatibilità del progetto con i requisiti funzionali, tecnici ed estetici, i costi ed i tempi di realizzazione, indicati nel bando di gara. Il necessario riferimento, in proposito, è alla disciplina di cui al Titolo II, capo II, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito, "Regolamento") relativamente alla verifica del progetto.

A tal fine, si reputa necessario che il contratto preveda espressamente modalità e tempistiche di approvazione, al fine di prevenire l'insorgere di controversie o ritardi.

In fase esecutiva, il comma 4 dell'art. 160-bis dispone che 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.

Il Codice ed il Regolamento non dettano una disciplina specifica con riguardo alla direzione dei lavori realizzati mediante locazione finanziaria. Attesa la qualificazione alla stregua di appalto di lavori, si ritiene debba trovare applicazione l'art. 130, comma 1, del Codice che assegna alla stazione appaltante il compito di nominare un direttore dei lavori.

Al riguardo, si rileva che la partecipazione attiva del committente nella fase di controllo sullo svolgimento dei lavori, oltre a qualificarsi come attività "di garanzia" nei confronti del realizzatore e del finanziatore, potrebbe ridurre il rischio di contestazioni per eventuali vizi o non conformità dell'opera al termine dei lavori, attraverso la richiesta di appositi correttivi (cfr., sul punto, T.A.R. Lombardia, Brescia, 5 maggio 2010, n. 1675).

Parimenti, i tempi di realizzazione e di consegna, nonché la qualità del bene, devono essere prefissati e resi certi da specifiche clausole contrattuali: l'opera deve essere consegnata "chiavi in mano", ossia completa in ogni sua parte, funzionante, comprensiva di impianti e allacciamenti, inclusi permessi e autorizzazioni. Si rammenta, sul punto, che il comma 3 dell'art. 160-bis riconosce a ciascuno dei componenti dell'associazione temporanea la possibilità, in corso di esecuzione, di sostituire l'altro, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche non soltanto in caso di fallimento, ma anche in ipotesi di "inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione".

La norma sottolinea la necessità di collaborazione tra il soggetto finanziatore e il soggetto realizzatore durante l'esecuzione del contratto, attribuendo, a ciascuno di essi, un potere di vigilanza e controllo reciproco sull'adempimento delle rispettive obbligazioni, che può condurre finanche alla proposta di sostituzione; detta collaborazione è, del resto, preordinata alla realizzazione dell'opera a regola d'arte e, in sostanza, è necessaria per la buona riuscita dell'operazione.

Il contratto deve, altresì, disciplinare espressamente il regime delle manutenzioni, ordinarie e straordinarie, eventualmente inserendo anche la gestione del facility management, nonché regolamentare la fattispecie del mancato collaudo o dell'intervenuta impossibilità di usufruire del bene per cause non imputabili all'amministrazione. Al fine di garantire standard minimi di fruibilità dell'opera e di incentivare il contraente a realizzare la stessa a regola d'arte, è opportuno che il contratto includa il servizio di manutenzione ordinaria.

Resta fermo che l'adempimento dell'obbligazione principale posta a carico della stazione appaltante, consistente nel pagamento del canone, è correlato alla realizzazione dell'opera in conformità al progetto approvato ed al mantenimento degli standard di fruibilità e qualità dell'opera contrattualmente definiti; l'assetto contrattuale deve, infatti, comportare un adeguato trasferimento del rischio di disponibilità in capo alla controparte privata. Quest'ultimo deve essere tradotto in termini di obbligazioni contrattuali, prevedendo idonei strumenti di controllo e monitoraggio in capo alla stazione appaltante a cui sia correlata l'applicazione di penali in caso di mancato rispetto degli standard pattuiti.

3. Il leasing immobiliare costruito

Accanto alla realizzazione ed al completamento, l'art. 160-bis ammette il ricorso al leasing per l'acquisizione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Secondo l'orientamento sino ad oggi espresso dall'Autorità (cfr. in particolare la deliberazione n. 78 del 7 ottobre 2009) viene, in tal caso, in evidenza la componente di finanziamento puro e, nel silenzio dell'art. 160-bis, lo schema negoziale è da ricondursi a quanto previsto dall'art. 19 del Codice. Il citato articolo dispone che il Codice non si applica ai contratti pubblici aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili, mentre i contratti di servizi finanziari, conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente all'acquisto o alla locazione, rientrano, a prescindere dalla loro forma, nel campo di applicazione del Codice. La menzionata disposizione, quindi, sottrae all'applicazione del Codice dei contratti l'acquisto di immobili esistenti, indipendentemente dalle modalità di finanziamento, mentre vi assoggetta i contratti aventi ad oggetto i relativi servizi finanziari di cui all'allegato II A del Codice. Ciò posto, l'Autorità ha ritenuto, pertanto, sussistente un obbligo di espletamento di una procedura ad evidenza pubblica secondo la disciplina degli appalti pubblici di servizi per la selezione della società di leasing.

Quanto alle modalità per l'individuazione dell'immobile esistente, la stessa è sottratta all'applicazione del Codice in virtù del disposto dell'art. 19 citato, fermo restando il rispetto dei principi generali di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Nell'ipotesi in cui vi sia la necessità di realizzare sull'immobile individuato lavori accessori di adeguamento, allo scopo di rendere lo stesso idoneo alla destinazione d'uso programmata, tali lavori potrebbero, indifferentemente, essere affidati successivamente all'avvenuto perfezionamento del contratto di leasing con autonoma procedura ad evidenza pubblica ovvero essere posti sin dal principio a carico della società di leasing, attraverso una gara avente ad oggetto un tipo contrattuale misto (leasing e appalto di lavori), con prevalenza dei servizi finanziari sui lavori dato il carattere meramente accessorio che in tal caso rivestono questi ultimi.

4. Il leasing mobiliare

L'inquadramento giuridico degli appalti di fornitura in regime di locazione finanziaria (si pensi, ad esempio, agli autoveicoli e/o alle dotazioni informatiche o apparecchiature mediche) non rientra nel campo di applicazione dell'art. 160-bis del Codice (cfr., sul punto, parere AVCP 10 dicembre 2008, n. 252).

Al fine di qualificare un appalto di fornitura in termini di leasing finanziario, “è necessario che l'appalto in questione sia diretto, in via immediata, all'utilizzazione del bene fornito per un periodo di tempo prefissato dietro pagamento di un canone periodico e, mediamente, a far acquisire la proprietà del bene medesimo” 2.

In generale, nel leasing finanziario per appalti di forniture, analogamente al leasing in costruendo, la prestazione principale dovrebbe essere costituita dalla fornitura e non dal finanziamento, sia perché logicamente è l'acquisizione dei prodotti ad essere l'obiettivo del committente sia perché, di norma, il peso economico dei beni messi a disposizione degli utilizzatori supera il valore della remunerazione dei servizi finanziari offerti dalla società di leasing (che acquista il bene desiderato e lo mette a disposizione dell'utilizzatore).

Trattandosi di un contratto misto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 15 del Codice e dell'art. 275 del Regolamento, i soggetti che partecipano devono essere in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi sia alle prestazioni principali che a quelle accessorie e, dunque, relativi sia alle prestazioni di fornitura sia a quelle di servizi.

Nel caso del leasing finanziario mobiliare, ciò non può che avvenire mediante il ricorso al raggruppamento temporaneo di concorrenti, giacché, da un lato, i soggetti che producono beni non sono autorizzati all'esercizio dell'attività bancaria e, dall'altro, gli operatori che lo sono non possono svolgere altre attività di impresa; si tratterebbe, quindi, di un'ipotesi di raggruppamento verticale (eventualmente anche misto) obbligatorio. La stipula di un contratto unico trilaterale e la natura di raggruppamento verticale dell'aggiudicatario consentirebbe anche di articolare il regime della responsabilità in modo congruente rispetto alla tipologia di rischio assunto da ciascun partecipante. In particolare, sarebbe consentito alla società di leasing di limitare la propria responsabilità agli aspetti relativi ai servizi finanziari, senza però frustrare l'interesse della stazione appaltante ad ottenere la fornitura così come richiesta ed offerta dall'aggiudicatario e i servizi di assistenza post-vendita (manutenzione, sostituzione di eventuali pezzi difettosi, etc.) che normalmente si accompagnano alla fornitura dei beni (si pensi, ancora una volta, agli autoveicoli e/o alle dotazioni hardware). Nulla vieta, quindi, ai componenti del raggruppamento – a latere del contratto trilaterale sottoscritto con il committente – di strutturare un sistema di garanzie che, attesa la differente responsabilità assunta, possa consentire alla società di leasing di vedersi adeguatamente tutelata rispetto agli eventuali inadempimenti del fornitore (consegna di beni non conformi all'offerta, mancata o ritardata prestazione dei servizi post-vendita, etc.) e dalle conseguenze negative che tali inadempimenti possano comportare (applicazione di penali da detrarre dai canoni a scadere, risoluzione del contratto, etc.).

Quanto alla valutazione dell'offerta economica, occorre rendere le offerte effettivamente confrontabili ed evitare, al contempo, che, nel caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alcuni elementi qualitativi dell'offerta di leasing finiscano per “anticipare” l'esame di alcuni aspetti di carattere economico.

La stazione appaltante deve fornire nel bando di gara tutte le informazioni necessarie per una corretta e consapevole formulazione delle offerte economiche (come la durata del contratto, la periodicità delle rate del canone, l'eventuale “maxicanone” iniziale, la quotazione di riscatto), che saranno formulate in termini di ribasso sul canone dei beni oggetto della fornitura posto a base di gara.

Al fine di proteggere la stazione appaltante dai rischi derivanti dall'obbligo di procedere, comunque, al pagamento delle rate di canone di leasing, anche in presenza di inadempimenti del fornitore (mancate o ritardate consegne, mancata rispondenza dei beni consegnati a quelli offerti, difettosità dei beni anche derivante da vizi occulti, mancata, inesatta o ritardata prestazione dei servizi post-vendita, etc.), si suggerisce la previsione nel contratto di leasing di clausole risolutive

espresse, collegate, alla difettosità dei prodotti forniti e/o al ritardato/mancato adempimento delle obbligazioni post-vendita. In tal caso, la società di leasing potrebbe utilmente tutelarsi dalle conseguenze dell'inadempimento ascrivibile al fornitore mediante la costruzione – a latere del contratto di leasing e tra i componenti del raggruppamento – di un adeguato sistema di garanzie.

5. Il contratto di disponibilità

Il contratto di disponibilità, disciplinato dall'art. 160-ter del Codice ed annoverato dall'art. 3, comma 15-ter tra i contratti di partenariato pubblico-privato, è il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio ed a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo (cfr. art. 3, comma 15-bis.1). Per messa a disposizione, si intende l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

La Corte dei conti – sezione regionale di controllo per la Puglia – deliberazione n. 66/PAR/2012, ha osservato al riguardo che “il contratto di disponibilità potrebbe confondersi con il leasing operativo o di godimento, il quale ha ad oggetto la messa a disposizione del conduttore di un bene che di solito è nella disponibilità del locatore, il quale si obbliga a fornire altresì i servizi connessi alla perfetta efficienza del bene stesso (...) dietro pagamento dei canoni; i quali, diversamente dal leasing finanziario, non contengono alcuna porzione di prezzo ma sono ragguagliati al valore di utilizzazione del bene”.

In base al comma 1 dell'art. 160-ter, l'affidatario del contratto di disponibilità si remunera, infatti, mediante i seguenti corrispettivi:

- un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del comma 3;
- l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione, in caso di trasferimento della proprietà all'amministrazione aggiudicatrice;
- un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà all'amministrazione aggiudicatrice.

A fronte di tali modalità di remunerazione, l'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Più in particolare, ai sensi del comma 2 del citato art. 160-ter, il contratto deve determinare le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico della amministrazione aggiudicatrice.

Con riguardo al procedimento, la disposizione in esame prevede che il bando di gara sia pubblicato con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122 del Codice, secondo l'importo del contratto (sotto o sopra soglia di rilevanza comunitaria), ponendo a base di gara un capitolato prestazionale, predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice.

L'articolo in esame non individua la procedura di gara da seguire, ma, essendo il criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 3), si tratterà di

preferenza di una procedura ristretta. Nonostante il silenzio della norma sul punto, si ritiene che, attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, debbano essere valutati sia l'offerta tecnica, ossia il progetto preliminare presentato dai concorrenti, sia l'offerta economica relativa al canone di disponibilità. Ciò anche in considerazione del rinvio espresso all'art. 83 del Codice, che annovera il prezzo tra le componenti da valutare in sede di aggiudicazione.

Con riguardo alla qualificazione, è espressamente previsto (art. 160-ter, comma 4) che al contratto di disponibilità si applicano le disposizioni del Codice in materia di requisiti generali di partecipazione alle procedure di affidamento e di qualificazione degli operatori economici.

Dalla chiara formulazione della norma si evince, quindi, che il concorrente, singolo o raggruppato, dovrà essere in possesso, oltre che dei requisiti generali ex art. 38 del Codice, di attestazione SOA per l'esecuzione e la progettazione dell'opera, ed avvalersi di professionisti in possesso dei requisiti di qualificazione indicati nel bando, qualora tali requisiti non siano dimostrati attraverso la propria struttura tecnica; inoltre, il concorrente dovrà possedere i requisiti specifici relativi alla gestione tecnica dell'opera, ai fini della relativa messa a disposizione.

L'eventuale raggruppamento temporaneo potrà comprendere anche l'istituto finanziatore.

In merito all'individuazione delle categorie e classifiche da richiedere ai fini della partecipazione, non avendo l'amministrazione alcun ruolo nella progettazione – che è totalmente rimessa al privato – dovrà farsi riferimento al valore presunto dell'opera, come risultante dai contenuti del capitolato prestazionale che deve indicare, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che l'opera da costruire deve assicurare, insieme alle modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità.

In merito alla fase di affidamento, si evidenzia che le offerte devono contenere un progetto preliminare rispondente alle caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale e sono corredate dalla garanzia provvisoria di cui all'art. 75; il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 113 3.

In merito alla fase di esecuzione, il comma 5 dell'art. 160-ter prescrive che il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera siano redatti a cura dell'affidatario, al quale è riconosciuta la facoltà di introdurre eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti; il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice e, ove prescritto, alle terze autorità competenti. Il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario.

Secondo il comma 6, l'attività di collaudo, posta in capo alla stazione appaltante, "verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti e può proporre all'amministrazione aggiudicatrice, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità".

Pertanto, il collaudatore non verifica la rispondenza dell'opera al progetto, così come avviene, in generale, per le opere pubbliche, bensì la rispondenza della stessa al capitolato prestazionale che, in base al comma 5 del medesimo art. 160-ter, fissa le sole caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera.

Quindi, l'amministrazione, in fase di collaudo, recupera il potere di controllo sull'opera, potendo proporre modificazioni, varianti o rifacimenti ai lavori eseguiti, ovvero riduzioni del canone di disponibilità in relazione all'accertata ridotta fruibilità.

E' da evidenziare che, mentre l'art. 160-bis prevede espressamente che la locazione finanziaria possa essere utilizzata per l'acquisizione, il completamento o la realizzazione di un'opera, la disciplina dell'art. 160-ter relativa al contratto di disponibilità non specifica alcunché al riguardo. Sul punto, si rileva che la base di gara per l'affidamento del contratto di disponibilità è costituita da un capitolato prestazionale, elemento che lascia supporre che la stazione appaltante debba fissare

solo le caratteristiche prestazionali/funzionali dell'opera, lasciando all'aggiudicatario la facoltà di stabilire le specifiche modalità realizzative – opera ex novo o completamento/riqualificazione di opera esistente. Ciò è coerente con la ratio della disposizione, che intende fornire alle amministrazioni pubbliche uno strumento innovativo e flessibile e garantire al privato la piena esplicazione delle proprie capacità progettuali.

Infine, si consideri che il comma 5, dell'art. 160-ter del Codice stabilisce che l'amministrazione aggiudicatrice possa attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327. Si pone, al riguardo, la questione delle aree demaniali, se, cioè, esse possano o meno essere destinate a costituire il sedime di opere che, pur destinate ad un pubblico servizio, rimangono di proprietà del privato. Tale aspetto va valutato in relazione al fatto che, al termine del contratto di disponibilità, il privato si troverebbe ad occupare un'area demaniale senza titolo.

Si deve, pertanto, ritenere che, stante il carattere privato dell'opera, il contratto di disponibilità non possa riguardare opere demaniali o da realizzarsi sul demanio pubblico, quali, ad esempio, strade, cimiteri, porti, carceri, mentre risulta compatibile con la realizzazione di aree immobiliari per collocarvi uffici pubblici, complessi direzionali, spazi espositivi, edilizia economica e popolare 4.

Nella fattispecie in cui non è prevista l'acquisizione della proprietà dell'opera da parte dell'amministrazione, il contratto di disponibilità trova la sua ideale applicazione a quei contesti in cui effettivamente il servizio sia svolto per un periodo di tempo limitato. Viceversa, qualora sia previsto il riscatto finale, lo schema negoziale presenterà diverse analogie con il leasing in costruendo e risulterà particolarmente adatto alla realizzazione di opere finalizzate allo svolgimento di servizi essenziali e continuativi.

5.1. Il canone di disponibilità

Il contratto di disponibilità, come confermato dalla definizione dell'istituto contenuta nell'art. 3, comma 15-bis del Codice e dal comma 1 dell'art. 160-ter, è un contratto sinallagmatico: l'amministrazione aggiudicatrice è, infatti, tenuta a corrispondere, un canone di disponibilità all'operatore privato a fronte della effettiva disponibilità dell'opera.

Per espressa disposizione normativa (cfr. art. 160-ter, comma 1), il canone di disponibilità, come del resto gli ulteriori eventuali corrispettivi previsti dalla norma, è soggetto a rivalutazione monetaria, diversamente dalle rate di mutuo e dai canoni di leasing. Le amministrazioni devono porre particolare attenzione all'operazione di rivalutazione monetaria, ed in particolare, devono applicarla solo a quei fattori remunerativi del canone che risultano essere influenzati dalla dinamica dell'inflazione.

Il canone, dunque, è il corrispettivo per la messa a disposizione di un'opera perfettamente funzionante, per tutta la durata contrattuale. Come per il leasing finanziario, la stazione appaltante deve effettuare una puntuale analisi di tutte le spese previste, per assicurarsi adeguati e costanti livelli di fruibilità dell'opera, tenendo conto, quindi, dei costi relativi alla progettazione e alla costruzione e di quelli relativi alla manutenzione ordinaria e straordinaria.

Il quadro complessivo delle spese previste fornisce alla stazione appaltante gli elementi utili per la definizione del canone periodico da porre a base di gara, sul quale richiedere ai concorrenti un ribasso ai fini della valutazione dell'offerta economica.

Qualora fosse prevista l'opzione del riscatto finale, il canone avrebbe una natura mista, comprenderebbe cioè, in analogia al leasing finanziario, due componenti: una per la messa a disposizione dell'opera ed una per il finanziamento finalizzato all'acquisto. In tal caso, oltre a stabilire la somma per il trasferimento finale dell'opera, la stazione appaltante dovrebbe quantificare le due componenti soprattutto ai fini della eventuale riduzione del canone e della risoluzione del contratto, nel caso lo stesso scendesse al di sotto della soglia prefissata. Potrebbe valutarsi, infatti, l'opportunità che la riduzione riguardi solamente la componente di disponibilità, direttamente collegata alla fruibilità dell'opera e non anche quella di finanziamento, che assolve alla

diversa funzione dell'acquisto finale del bene. In ogni caso, il contratto dovrebbe specificare se la riduzione si applica ad entrambe le componenti oppure solo a quella di disponibilità.

Si ritiene possibile prevedere un canone di disponibilità fisso, giacché ciò non impedisce che lo stesso sia decurtato in caso di impossibilità d'uso parziale o totale dell'opera e, cioè, in funzione dell'effettivo livello di fruibilità dell'opera (cfr. art. 160-ter, comma 3 del Codice).

5.2. Il contributo in corso d'opera e l'eventuale trasferimento finale

La remunerazione dell'affidatario può avvenire anche attraverso un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo della costruzione della stessa, in caso di trasferimento della proprietà all'amministrazione aggiudicatrice (art. 160-ter, comma 1, lett.b).

La previsione di un limite quantitativo si collega alle condizioni elaborate da Eurostat al fine di considerare l'investimento off-balance e comporta talune specifiche conseguenze sul piano operativo.

In primo luogo, deve ritenersi che il trasferimento della proprietà in capo all'amministrazione aggiudicatrice debba coincidere con il momento del collaudo/consegna, in considerazione dell'evidente pregiudizio in cui incorrerebbe il privato qualora si prevedesse il trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice nella fase iniziale di esecuzione del contratto ovvero in una fase anticipata rispetto alla conclusione dello stesso.

In secondo luogo, qualora sia previsto un contributo pubblico, soprattutto se di importo consistente, la previsione contrattuale ed il conseguente esercizio del riscatto finale non si configura più come una mera opzione quanto, piuttosto, come un obbligo in capo all'amministrazione.

Si rammenta che, in ogni caso, l'art. 160-ter, comma 1, lett. c) prevede che il contratto possa stabilire un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato al valore di mercato residuo dell'opera, tenendo conto dei canoni già versati e dell'eventuale contributo in corso d'opera.

5.3. La riduzione del canone di disponibilità

L'art. 160-ter del Codice prevede che il canone sia proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice. Le modalità per la determinazione della riduzione del canone devono essere stabilite nel capitolato prestazionale.

La riduzione del canone risponde a precise esigenze di tutela delle parti interessate e degli utenti finali del servizio che viene erogato mediante l'opera realizzata. Considerato che il contratto non avrà una durata limitata, bensì impegnerà le parti per un periodo medio-lungo, al fine di ottenere le più ampie garanzie circa il rispetto degli standard fissati nel contratto, nonché di prevenire possibili controversie con l'affidatario, prima della stipula del contratto, la stazione appaltante dovrà effettuare un'attenta e puntuale analisi di tutti i rischi connessi alla gestione dell'opera. Tale analisi servirà a tenere ben distinti i rischi che possono essere controllati direttamente dal contraente e che, quindi, dovrebbero tradursi in fattispecie da associare alla riduzione del canone, da quelli che invece sfuggono alla sua sfera di controllo. Ad esempio, eventuali criticità connesse all'erogazione dei servizi idrico-energetici possono essere attribuite a difetti o malfunzionamenti sia delle opere e degli allacci realizzati dall'affidatario sia degli impianti e delle strutture che fanno capo al soggetto gestore della rete. Solo la prima circostanza appare idonea a costituire un'ipotesi di riduzione del canone, in quanto associata ad elementi che rientrano nel pieno controllo dell'affidatario.

Il contratto dovrà prevedere puntualmente in che misura andrà abbattuto il canone. Nell'esempio precedente, qualora si accertasse che l'interruzione o riduzione della fornitura di energia sia addebitabile al contraente, si potrebbe prevedere una riduzione del canone di una certa percentuale o di una somma monetaria proporzionale al tempo (ad esempio, il numero giorni) di interruzione/riduzione delle forniture.

Il livello di fruibilità dell'opera potrà essere, altresì, condizionato da cause di forza maggiore, indipendenti dal comportamento delle parti contraenti. Tali evenienze andranno ben disciplinate nel contratto, dovendo la stazione appaltante chiarire se il canone sarà ridotto anche per cause di forza

maggiore, in modo tale da permettere ai concorrenti in gara di formulare un'offerta che tenga conto dei più elevati rischi di gestione dell'opera.

Si tenga presente che la stazione appaltante può tutelarsi da eventuali difetti o malfunzionamenti anche attraverso un idoneo sistema di penali, sulle quali è anche previsto l'obbligo di costituzione di una garanzia pari al 10% del costo annuo operativo di esercizio, ai sensi del comma 3 dell'art. 160-ter.

Ciò conferisce all'amministrazione committente una certa flessibilità nello scegliere quali fattispecie sanzionare con l'uno o con l'altro strumento. Poiché le penali si configurano più come meccanismi "deterrenti" dei possibili inadempimenti del contraente, il loro livello non può essere sproporzionato rispetto alla violazione contrattuale cui si riferiscono; appare preferibile che le stesse siano destinate a regolamentare difetti e criticità di minore rilevanza, lasciando alla riduzione del canone gli aspetti di maggiore rilievo, fermo restando che dovranno comunque essere garantite le caratteristiche funzionali essenziali dell'opera.

5.4. La soglia di risoluzione del contratto

L'ipotesi della risoluzione di cui all'art. 160-ter, comma 6, è posta a tutela sia dei soggetti finanziatori, come espressamente previsto dalla norma stessa, i quali vedrebbero pregiudicata la remunerazione del capitale investito, sia della stessa amministrazione, che si troverebbe a dover offrire un servizio pubblico senza avere a disposizione le strutture adeguate al suo svolgimento.

A tale proposito, si evidenzia una apparente contraddittorietà dei dati normativi. Infatti, da un lato, la norma prevede che il canone può essere ridotto o annullato per i periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera (comma 1, lett. a) dell'art. 160-ter), dall'altro, chiarisce che il contratto individua il limite di riduzione del canone di disponibilità, superato il quale lo stesso è risolto (comma 6 dell'art. 160-ter).

In realtà, si deve ritenere che l'annullamento del canone di cui al comma 1, lett. a), dell'art. 160-ter del Codice si riferisce a periodi limitati di indisponibilità del bene collegati, ad esempio, ad attività di manutenzione dell'opera o vizi/difetti "superabili", come indicato dalla stessa norma; l'art. 160-ter, comma 6, riguarda, invece, il mancato rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti, accertato in sede di collaudo, al quale può conseguire una riduzione del canone ovvero la risoluzione del contratto qualora la riduzione sia tale che il canone, così rideterminato, risulti inferiore a quello corrispondente alla soglia di risoluzione fissata nel contratto. La riduzione del canone, ovvero nel caso estremo, la risoluzione del contratto, sarebbero giustificati dalla consegna di un'opera avente vizi rilevanti/strutturali ovvero caratteristiche e qualità complessive inferiori a quelli richiesti nel capitolato prestazionale.

La circostanza che la soglia di risoluzione del contratto sia citata nella parte relativa alle operazioni di collaudo non deve far ritenere che il contratto possa essere risolto solo in caso di difetti emersi in tale sede: la norma deve essere intesa nel senso di fornire le più ampie garanzie alla stazione appaltante, per cui si deve concludere che la soglia sia vincolante anche dopo il collaudo, in fase di gestione tecnica, nel corso della quale l'affidatario deve garantire la piena fruibilità dell'opera realizzata.

In ogni caso, l'individuazione della soglia di risoluzione risulta cruciale per le sorti del rapporto contrattuale. In linea di principio, la stazione appaltante deve trovare il giusto equilibrio tra due esigenze contrapposte: da un lato, avere la garanzia di una gestione efficiente dell'opera e, dall'altro, evitare che si giunga alla risoluzione del contratto per malfunzionamenti o criticità di lieve entità.

Poiché la soglia costituisce lo spartiacque tra la prosecuzione del rapporto tra le parti e la sua cessazione, la stazione appaltante deve chiaramente indicarla nel contratto, come previsto dall'art. 160-ter, comma 6, anche al fine di consentire ai potenziali concorrenti la formulazione di un'offerta economica in funzione dei rischi effettivi di gestione dell'opera.

L'amministrazione potrebbe anche valutare l'opportunità di prevedere, in luogo o in combinazione con la riduzione del canone, di richiedere una polizza fideiussoria che copra i rischi della mancata o

incompleta messa a disposizione del bene – opzione che potrebbe risultare particolarmente vantaggiosa, soprattutto in periodi di crisi e stagnazione economica.

Infine, la stazione appaltante dovrà attentamente disciplinare le modalità ed i tempi per l'effettiva risoluzione del contratto. Nel caso in cui l'opera sia destinata alla produzione di servizi continuativi ed essenziali – quali, ad esempio, quelli erogati da ospedali, scuole o carceri – e non sia prevista l'opzione del riscatto finale, la cessazione del rapporto contrattuale deve avvenire in modo tale da non incidere negativamente sullo svolgimento degli stessi. Al fine di evitare interruzioni o carenze, appare estremamente importante che il contratto fornisca adeguate garanzie alla stazione appaltante e, nello specifico, preveda modalità e tempistiche che permettano l'individuazione di un'altra opera/struttura idonea allo svolgimento del servizio. Tale problema, naturalmente, si pone anche alla scadenza naturale del contratto, ma in quella circostanza la stazione appaltante avrà a disposizione il tempo necessario per programmare l'eventuale passaggio alla nuova struttura.

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Consigliere relatore
Sergio Gallo

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 31 maggio 2013
Il Segretario: Maria Esposito

1- Rileva sul punto la copiosa giurisprudenza contabile (cfr., in particolare, Corte dei conti, sezioni riunite in sede di controllo, n. 49/2011; Corte dei Conti, sez. regionale di controllo per il Piemonte n. 127/2012) circa la contabilizzazione delle operazioni di leasing finanziario immobiliare alla luce delle regole di finanza pubblica e delle indicazioni derivanti dalla determinazione Eurostat dell'11 febbraio 2004 (cfr. anche Eurostat, "Manual on Government Deficit and Debt, Implementation of ESA95").

2- Cfr. sul punto quanto rilevato dalla Corte dei Conti: "Va ancora precisato che i contratti di leasing possono avere una differente struttura potendo prevalere l'aspetto finanziario o quello operativo. Nel leasing finanziario la componente di erogazione di credito prevale sulla fornitura di un servizio o messa a disposizione di un bene e pertanto questi contratti possono risolversi in forme alternative di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche attraverso il partenariato pubblico-privato. Con il leasing finanziario, se usato propriamente, la parte prevalente dei rischi (controllo dei lavori, ecc.) e dei benefici inerenti ai beni che costituiscono l'oggetto

dell'investimento dovrebbero restare a carico dell'ente pubblico, per cui viene in maggior rilievo l'aspetto finanziario dell'operazione. Viceversa, nel caso in cui i rischi restino a carico della società di leasing (leasing operativo) assume preminenza la messa a disposizione dell'ente pubblico di un bene da questo utilizzabile, cioè il contratto è essenzialmente operativo” (deliberazione Corte dei Conti - Sez. riunite in sede di controllo, n. 49/2011/CONT).

3- Inoltre, dalla data di inizio della messa a disposizione da parte dell'affidatario, è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione dell'opera, da prestarsi nella misura del dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 113; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

4- Sul punto, la relazione illustrativa al d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, prevede che “attraverso la nuova procedura potranno essere realizzati edifici ad uso ufficio da destinare, per un periodo di tempo predefinito, all'utilizzo pubblico”.