

**IL SECONDO DECRETO CORRETTIVO (D.LGS. 31 luglio 2007 n. 113), CON
PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA FINANZA DI PROGETTO E ALLA LOCAZIONE
FINANZIARIA**

(IGI - Roma, 18 settembre 2007)

di Alessandro Botto

1. Innanzitutto appare indispensabile spendere alcune parole sulla (pessima) tecnica normativa utilizzata ancora una volta: il d.lgs. n. 113/2007, infatti, rappresenta l'ulteriore prova della impossibilità di avere a disposizione un testo organico, ancorché complesso, chiaro ed esaustivo della materia.

Non sembri questa una critica fatta da un osservatore attento alla (perduta) eleganza dei testi normativi, una sorta di dandy fuori epoca orfano della chiarezza apollinea delle codificazioni di metà Novecento. Infatti, la oggettiva difficoltà di disegnare il tessuto normativo vigente, composto da stratificazioni e amputazioni successive, rende incerta l'attività quotidiana degli operatori e quando da più parti ci si lamenta dell'eccessivo fardello rappresentato dal contenzioso, non si dovrebbe sottacere il ruolo essenziale che in merito gioca la non chiarezza dei testi normativi.

A poco più di un anno dalla sua entrata in vigore, il "codice" dei contratti pubblici, che avrebbe dovuto rappresentare il punto di riferimento per tutti gli operatori e gli studiosi, si configura come un coacervo di novelle e amputazioni.

In proposito sembra quasi una provocazione il richiamo operato dal Consiglio di Stato, nel parere reso dall'Adunanza Generale il 6 giugno 2007, al piano governativo per la semplificazione e la qualità della regolazione! Valga per tutti un esempio eclatante: all'art. 5, comma 2, del d.lgs.

n. 113/2007, si afferma che alla data di entrata in vigore del decreto stesso (ossia il 1 agosto 2007) "*cessa comunque di avere applicazione l'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 26 gennaio 2007 n. 6*". Orbene, tale disposizione (contenuta nel primo decreto correttivo) aveva rinviato al 1 agosto 2007 l'efficacia dell'art. 8, comma 6, del codice, avente ad oggetto la dotazione organica dell'Autorità (tra l'altro erroneamente definita ruolo), mediante novella dell'art. 257, comma 2 bis, del codice, a sua volta inserito dall'art. 1 octies della legge 12 luglio 2006 n. 228.

Che questo sia un *puzzle* normativo è sotto gli occhi di tutti (immaginiamo che fatica debba fare l'operatore tenuto a ricostruire per ogni norma la genesi e la confezione finale della stessa!), ma quello che più rileva è che trattasi di *puzzle* normativo assolutamente inutile. Infatti, se l'intenzione del Governo era quella di far entrare in vigore l'art. 8, comma 6, del codice dal 1 agosto 2007, non c'era bisogno di alcun intervento; ed invero, l'efficacia dell'art. 8, comma 6, era destinata ad essere operativa al 1 agosto 2007 proprio in virtù delle norme richiamate. Bastava, quindi, non dire nulla e da tale data sarebbe stato possibile dare attuazione alla disposizione in esame. Un intervento, pertanto, inutile, che appesantisce il testo, che può far sorgere dubbi interpretativi del tipo: "e se volesse dire qualcos'altro?", sostanzialmente dannoso, dunque, e che rende bene l'immagine di una decadenza progressiva della qualità dei nostri testi normativi.

E' chiaro, peraltro, che alla sciattezza dei testi normativi contemporanei occorre aggiungere anche la complessità oggettiva degli stessi, dovuta alla frantumazione istituzionale del quadro di riferimento. Infatti, la moltiplicazione dei centri esponenziali di interessi collettivi ha complicato notevolmente il quadro d'insieme (basti pensare alla difficile convivenza di regolatori centrali e periferici) o alla esistenza di centri di

produzione normativa in passato assolutamente sconosciuti (valga per tutti l'esempio delle autorità indipendenti).

L'esistenza di un quadro complesso e articolato a livello istituzionale dovrebbe, pertanto, spingere ulteriormente verso la cura (almeno) formale dei testi, onde eliminare ulteriori elementi di confusione ordinamentale che, non ce lo dobbiamo dimenticare, rappresentano un costo collettivo non indifferente.

2. Veniamo ora al primo dei due argomenti "di merito" oggetto della presente riflessione che, anche a causa di quanto appena detto, non può che rappresentare un primo e parziale approfondimento, salvo "integrazioni e correzioni" successive, come una delega legislativa che si rispetti. In relazione al **project financing**, le modifiche che il d.lgs. n. 113/2007 ha apportato sono le seguenti¹:

- a) sono stati resi mobili i termini per la presentazione delle proposte di *project f.* : al posto delle date fisse del 30 giugno (e, in caso di mancanza di proposte, del 31 dicembre), è previsto che le proposte vengano presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (art. 153, comma 1); quest'ultimo avviso, poi, va pubblicato non più entro 20, ma entro 90 giorni, dall'approvazione dei relativi programmi (art. 153, comma 3);
- b) è stato espunto il diritto di prelazione a favore del promotore, mediante soppressione dell'art. 153, comma 3, ultimo periodo, e dell'art. 154, ultimi due periodi;
- c) all'art. 143, comma 7, è ora prevista la possibilità di indicare un corrispettivo per il valore residuo al termine del periodo di concessione;

¹ Nel testo si omettono le modifiche alla finanza di progetto relativa alle opere infrastrutturali strategiche (artt. 175 e 177) sia per la loro peculiarità, sia perché trattasi di limitati aggiustamenti procedurali, che non incidono sensibilmente sull'assetto dell'istituto.

d) è stato esplicitato (forse più a fini interpretativi che innovativi) che il ricorso all'appalto avente ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione, sulla base del progetto preliminare dell'amministrazione aggiudicatrice, è da ritenersi facoltativo e non obbligatorio: art. 155, comma 1, lett. a) ("è applicabile altresì" anziché "si applica").

* * *

Le innovazioni in materia di p.f., ancorché limitate nella loro estensione formale, configurano delle importanti novità sul piano sostanziale.

Ed invero, innanzitutto occorre sicuramente salutare con favore **la maggiore duttilità in ordine ai termini di presentazione delle offerte**; infatti, la precedente disciplina, che prevedeva termini fissi annuali, in pratica aveva creato non pochi problemi.

Tale innovazione, pertanto, non potrà che rendere più facile l'accesso alla procedura di p.f.: una misura di semplificazione e di alleggerimento della precedente rigidità procedimentale.

Da salutare con favore anche l'intervento, sostanzialmente interpretativo, che ha esplicitato **la mera facoltatività del ricorso all'appalto-concorso** (ci sia consentito, per mera praticità di esposizione, chiamare in questo modo la tipologia di cui all'art. 53, comma 2, lett. c).

Trattasi, infatti, di un'opportunità per la stazione appaltante e non di un obbligo la richiesta della progettazione definitiva agli offerenti in sede di gara: occorrerà valutare, in base alle circostanze concrete, la convenienza effettiva dell'acquisizione della progettazione definitiva da parte degli offerenti, tenuto anche conto che l'art. 155, comma 5, in caso di appalto concorso, prevede

l'obbligo, a carico del promotore aggiudicatario, di versare agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla gara il rimborso delle spese sostenute e documentate (peraltro nei limiti di quanto previsto dall'art. 153, comma 1, quinto periodo)². Da ciò sembra evincersi, a *contrario*, che ove risulti aggiudicatario un altro soggetto, questi non sia tenuto al pagamento nei confronti dell'altro soggetto non promotore (mentre a favore di quest'ultimo gioca il disposto di cui all'art. 155, comma 4, secondo cui al promotore non aggiudicatario occorre riconoscere il rimborso delle spese sostenute, sempre nei limiti sopraindicati).

In altre parole, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà valutare se sia opportuno far gravare sui partecipanti l'onere economico della progettazione definitiva, tenuto conto delle limitazioni sopra evidenziate alla possibilità di rimborso. Il rischio evidente consiste nella possibile individuazione di un ulteriore elemento ostativo alla operatività di una procedura di per sé complessa, ma la valutazione, lo si ripete, non può essere fatta in astratto e, pertanto, ben venga la modifica normativa che ha investito l'amministrazione aggiudicatrice di un potere discrezionale in proposito.

La modifica normativa sicuramente di maggiore impatto è, peraltro, quella relativa alla **eliminazione del diritto di prelazione a favore del promotore**.³

Tale modifica prende le mosse, com'è noto, da una procedura d'infrazione comunitaria attivata nei confronti dell'Italia proprio per l'effetto distorsivo della concorrenza insito

² Tale importo, soggetto all'accettazione dell'amministrazione aggiudicatrice e pari all'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno, non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dal piano economico-finanziario.

³ Il diritto di prelazione a favore del promotore era stato previsto, al fine di incentivare l'utilizzo della finanza di progetto, dalla cosiddetta legge Merloni quater (art. 7 della legge n. 166/2002).

nella presenza della prelazione a favore del promotore⁴ ed il Consiglio di Stato, nel proprio parere reso sullo schema di decreto legislativo poi approvato, aveva invitato il Governo a valutare l'opportunità di porre fine a tale procedura mediante espunzione del diritto di prelazione a favore del promotore, in quanto incidente negativamente sulla concorrenza, rendendo meno appetibile la partecipazione alla gara da parte di soggetti differenti rispetto allo stesso promotore.

Il Governo ha fatto propria questa valutazione di opportunità/legittimità e, di conseguenza, è stata espunta anche la disposizione che aveva cercato "di coprire con una foglia di fico" la presenza della prelazione (ossia l'espressa indicazione nell'avviso dell'esistenza di tale diritto a favore del promotore)⁵.

Quale commento fare in proposito ?

Indubbiamente la presenza di un diritto di prelazione a favore del promotore rendeva oltremodo difficile la presenza di altri concorrenti, scoraggiati dalla preferenza accordata allo stesso promotore e, quindi, disincentivati dall'effettuare spese di partecipazione alla procedura quasi sicuramente a fondo perduto.

Dall'altro, peraltro, occorre tenere presente che il p.f. non è uno strumento di utilizzo diffuso e che, quindi, le poche iniziative intraprese potrebbero essere ridotte ulteriormente di numero, in mancanza di soggetti promotori disposti a rischiare di vedersi soffiare la torta da un potenziale concorrente.

⁴ Trattasi del procedimento C 412/04 Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana; in data 8 novembre 2006 sono state depositate davanti alla Corte di Giustizia Europea le conclusioni dell'avvocato generale Damaso Ruiz-Jarabo Colomer ed esse sono nel senso di ritenere che l'Italia sia venuta meno agli obblighi che le incombono ai sensi degli artt. 43 e 49 del Trattato.

⁵ Soltanto una certa dose di ingenuità poteva far pensare che dichiarare apertamente ed *ex ante* la colpa potesse consentire di andare esenti dalle relative conseguenze comunitarie.

L'obbligo di avviso era stato introdotto dall'art. 24 della l. 18 aprile 2005 n. 62 (legge comunitaria per il 2004) e reso operativo (anche per i bandi già pubblicati) dal decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 25 ottobre 2005 (G.U. del 28 dicembre 2005 n. 301), il cui contenuto risulta ora confluito nell'art. 253, comma 26, del codice.

Credo, comunque, che sia un rischio che debba essere corso necessariamente; infatti, a ben riflettere, lo sfondo culturale nel quale si inserisce questa problematica è sempre il solito: l'Italia non è terra dove il rischio è ben accetto. Occorre sempre che esista un paracadute o una ciambella di salvataggio che attenui le conseguenze del rischio puro.

E', infatti, innegabile che anche in questo ambito si faccia sentire il vento del corporativismo italiano e della competizione "controllata".

Forse è giunto il momento di attrezzarci per rischiare veramente e quello del p.f. potrebbe essere un importante banco di prova, ma già sento i "rumors" dei critici che, sulla base della scarsa propensione al rischio dei nostri operatori, sono pronti a giurare che in questo modo si è decretata la morte della finanza di progetto nel nostro ordinamento.

Torniamo alla esegesi del testo in esame per evidenziare una possibile incoerenza della scelta normativa in tema di p.f.

Infatti, il diritto di prelazione a favore del "promotore" non è scomparso del tutto: all'art. 32, comma 1, lett. g), è previsto che, relativamente alle **opere di urbanizzazione** (cosiddette a scomputo, totale o parziale, dei relativi oneri) d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria (e anche per le opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia), il titolare del permesso di costruzione possa assumere la veste di promotore; ebbene, all'esito della gara, bandita ed effettuata dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire, il promotore può esercitare il diritto di prelazione (in questo caso pagando all'aggiudicatario il 3% del valore dell'appalto).

Ove il "promotore" di cui si parla nel testo dell'art. 32 fosse della stessa natura di quello contemplato dall'art.

153, la scelta di fare sopravvivere (nell'ambito in questione) il diritto di prelazione porrebbe non pochi problemi di coerenza sistematica. Infatti, dovrebbe ritenersi venuto meno il diritto di prelazione come istituto afferente alla finanza di progetto e, quindi, dovrebbe considerarsi precluso che all'esito della gara il promotore, anche se l'oggetto riguarda opere di urbanizzazione a scomputo, possa avvalersi del diritto di prelazione.

Peraltro, seri dubbi ostano a tale ricostruzione, tenuto conto della peculiarità della disciplina del promotore dettata dall'art. 32, comma 1, lett. g): trattasi, difatti, di un mero proponente che offre di realizzare direttamente delle opere di pubblico interesse, che sicuramente non gestirà e, quindi, non appare configurabile alcun flusso finanziario che possa "ripagare" l'investimento iniziale che, occorre ricordarlo, va comunque a scomputo di oneri economici dovuti a fronte del permesso di costruire.⁶

Un'ulteriore ipotesi di prelazione a favore del promotore appare contemplata nello schema di regolamento attuativo del codice, attualmente all'esame del Consiglio di Stato. Infatti, all'art. 287 di tale schema, che disciplina la **finanza di progetto nella concessione di servizi**, è attualmente previsto che *"il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In tal caso il promotore risulterà aggiudicatario della concessione"*.

Trattasi, probabilmente, di un difetto di coordinamento dovuto al fatto che la modifica relativa alla finanza di progetto per i lavori è intervenuta successivamente alla

⁶ Occorre, altresì, evidenziare che la figura del promotore contemplata dall'art. 32, comma 1, lett. g, come interpolato dal d.lgs. n. 113/2007, proprio perché ipotizza la realizzazione "in proprio" da parte del promotore presenta una ulteriore peculiarità rispetto alla figura del promotore prevista dalla disciplina sulla finanza di progetto: infatti, il promotore "urbanizzatore" deve possedere i requisiti di qualificazione previsti dall'art. 40 in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione, mentre, ai sensi dell'art. 153, comma 2, promotore può anche essere un soggetto non direttamente realizzatore. Ciò corrobora ulteriormente l'ipotesi ermeneutica secondo cui la figura del promotore disciplinata dal legislatore delegato per le opere di urbanizzazione non ha nulla a che fare con la finanza di progetto, ma che si tratta di una mera omonimia lessicale in due fattispecie ben distinte.

redazione dello schema di regolamento e che, con tutta probabilità, sarà eliminato in sede di redazione finale del testo regolamentare in esame.⁷

Altra importante innovazione in materia di p.f.⁸ concerne l'esplicitazione della possibilità di prevedere un corrispettivo a fronte del valore residuo degli investimenti al termine di periodo concessorio.

La precedente versione della norma in esame contemplava la possibilità di indicare negli atti contrattuali relativi alla concessione (in particolare nel piano economico-finanziario) un valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione. Una mera indicazione, pertanto, senza alcuna conseguenza necessitata sul piano patrimoniale; peraltro, ci si era posti la domanda relativa alla *ratio* di tale indicazione: perché prevederla, se non comportava conseguenze economiche? Da ciò la considerazione che potesse implicare un corrispettivo di restituzione al termine del periodo concessorio e che, quindi, la presente modifica abbia il carattere più di una norma di interpretazione autentica che di reale e sostanziale modifica della precedente disciplina.

Il Consiglio di Stato, nel proprio parere, non la pensa peraltro in questo modo: infatti, ha ritenuto che la modifica in esame incida sulla sostanza dell'istituto, riducendo sensibilmente il rischio del concessionario. Inoltre, sempre ad avviso del Consiglio di Stato, in questo modo si corre il rischio di avviare opere per le quali non sussista una intera copertura finanziaria, con le conseguenze distorsive ben note.

⁷ Interessante, nell'art. 287 dello schema di regolamento, è il fatto che viene notevolmente semplificata la procedura di individuazione del contraente: non più un procedimento basato su due fasi distinte, ma un'unica gara informale ai sensi dell'art. 30, comma 3, del codice.

⁸ Per la precisione la modifica concerne l'art. 143, comma 7, che disciplina l'istituto della concessione di lavori pubblici; peraltro, poiché il p.f. opera mediante "il contratto di concessione" (art. 153, comma 1), ne consegue che la modifica si rende applicabile anche alla finanza di progetto.

Preoccupazioni analoghe sono state espresse nel parere reso dalla VIII Commissione del Senato (parere del 19 luglio 2007), ma il Governo le ha ritenute infondate: infatti, si tratterebbe di un semplice meccanismo di evidenziazione del pagamento del costo dell'investimento, senza oneri aggiuntivi, e finalizzato all'agevolazione dell'uso dello strumento della finanza di progetto.

La modifica in esame sicuramente rappresenta un incentivo a ricorrere allo strumento del p.f. Peraltro, l'individuazione di un eccessivo prezzo di restituzione rispetto al valore complessivo dell'investimento potrebbe effettivamente incidere sull'allocazione del rischio dell'operazione, con conseguente imputabilità della spesa al bilancio pubblico⁹ e correlato aggravamento della spesa pubblica (e, quindi, con una sostanziale vanificazione del ricorso stesso al capitale privato).

Dal punto di vista temporale si pone ora il quesito dell'applicabilità delle modifiche intervenute **solo alle nuove procedure di finanza di progetto o anche a quelle già in itinere**.

Ed invero, poiché il d.lgs. n. 113/2007 non contiene alcuna norma specifica al riguardo, occorre ricorrere alla disciplina transitoria prevista in via generale per le nuove disposizioni dallo stesso codice degli appalti e ai principi affermati in precedenti occasioni.

L'art. 253 del codice prevede in via generale (e, quindi, salvo le eccezioni espressamente contemplate) che le relative disposizioni si applicano alle procedure e ai contratti i cui bandi con cui si indice una gara siano stati pubblicati successivamente alla sua entrata in vigore.

⁹ EUROSTAT, con determinazione dell'11 febbraio 2004, ha consentito di limitare l'impatto sul bilancio pubblico della spesa per la costruzione di opere pubbliche destinate a rendere fruibili servizi per la collettività, a condizione che il rischio concernente la costruzione delle opere ricada sul soggetto realizzatore e che a quest'ultimo si imputi un ulteriore rischio, consistente, alternativamente, nella domanda da parte degli utenti finali oppure nella disponibilità del servizio connesso con la realizzazione del progetto.

Poiché nel caso di specie non risulta prevista eccezione alcuna al riguardo, si deve ritenere che ad essere applicata sia la regola generale.

Di conseguenza, sembra doversi fare riferimento al momento di pubblicazione del bando per l'individuazione dei concorrenti del promotore, ossia all'avvio della prima fase di gara, ai sensi dell'art. 155, comma 1, lett. a).

Tale soluzione appare coerente con quanto affermato dall'Autorità di Vigilanza¹⁰ in occasione della introduzione del diritto di prelazione a favore del promotore (con la legge Merloni *quater*): infatti, in tale occasione l'Autorità aveva affermato che la normativa di gara deve rimanere insensibile alle modifiche intervenute dopo la pubblicazione del bando e che nella procedura di p.f. il momento della pubblicazione del bando corrisponde con l'indizione della gara per la scelta dei concorrenti del promotore.

D'altronde, che le due procedure di gara contemplate nella finanza di progetto si atteggiino a mere fasi di un unico procedimento selettivo è affermato dalla giurisprudenza amministrativa¹¹, con conseguente irrilevanza, una volta pubblicato il bando della prima fase, che la procedura negoziata non sia stata ancora attivata.

Discende dalle considerazioni appena espresse che la normativa sopravvenuta, che ha espunto il diritto di prelazione, dovrebbe trovare applicazione nelle procedure di p.f. in cui sia stato pubblicato l'avviso e presentata la proposta da parte del promotore e magari sia anche intervenuta la valutazione positiva da parte

¹⁰ Aut. Vig. Lav. Pubbl., determinazione del 16 ottobre 2002 n. 27. Tale determinazione risulta coerente con quanto affermato dalla giurisprudenza in proposito: C.d.S., V, 20 ottobre 2004 n. 6847, infatti, ha affermato che *“il momento della pubblicazione del bando non può essere individuato nell'avviso, che si limita ad evidenziare l'avvenuto inserimento nella programmazione triennale dei lavori pubblici dell'amministrazione dell'intervento in questione, da realizzare con la finanza di progetto. Viceversa, la qualificazione di bando spetta all'atto che indice la gara per la scelta dei soggetti competitori con il promotore, in quanto ad esso si deve l'introduzione della effettiva procedura di gara, con il relativo invito alla presentazione delle offerte”*.

¹¹ Cfr. C.d.S., V, n. 5316/2005; T.a.r. Sicilia, Palermo, I, 20 giugno 2005 n. 1016 ha, in particolare, precisato che la normativa in tema di finanza di progetto non prevede alcun procedimento di gara per l'individuazione del soggetto che assume la veste di promotore.

dell'amministrazione aggiudicatrice, purché non sia ancora intervenuta la pubblicazione del bando.¹²

Al contrario, dovrebbero rimanere insensibili alla nuova disciplina le gare in cui sia stato pubblicato il bando per la scelta dei concorrenti del promotore, ancorché non si sia giunti alla fase negoziata di cui all'art. 155, comma 1, lett. b).

Non v'è dubbio che tale ricostruzione interpretativa, fondata su una lettura "in vitro" delle norme citate, in concreto possa comportare non pochi problemi operativi: infatti, un promotore potrebbe avere presentato la propria proposta fidando anche sulla presenza del diritto di prelazione. Orbene, ove il bando di gara non sia stato ancora emanato, egli potrebbe vedersi bandita una gara che non contempla più il diritto di prelazione a proprio favore e rimanere vincolato alla propria proposta o perché non vi sono altre offerte in gara (ai sensi dell'art. 155, comma 2, del codice) o perché (in base ad un'ipotesi ricostruttiva affermata in passato dall'Autorità di Vigilanza)¹³ il promotore abbia già versato la cauzione richiesta dall'amministrazione prima dell'indizione della gara, in tal modo rendendo vincolante la propria proposta modificata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

In tale situazione si potrebbe configurare uno squilibrio nella convenienza dell'offerta del promotore, il quale potrebbe non essere più interessato a proseguire nella procedura; da ciò la possibilità di individuare nel caso di specie una ipotesi di modificazione oggettiva della base negoziale tale da giustificare una possibilità di recesso

¹² La ricostruzione interpretativa operata nel testo, peraltro, potrebbe essere differente ove si accedesse ad una diversa impostazione: infatti, secondo Corte Gust. CE, III, 20 ottobre 2005 C-264/03, qualsivoglia scelta, anche preliminare o prodromica, va fatta nell'ambito di una procedura concorrenziale. Da ciò la conseguenza che il bando/avviso utile per far decorrere l'efficacia della normativa sopravvenuta dovrebbe essere individuato nell'avviso indicativo iniziale. In proposito appare utile richiamare quanto affermato da T.A.R. Liguria, II, 4 aprile 2005 n. 430, secondo cui anche nella fase preliminare occorre fare applicazione del disposto di cui all'art. 12 della legge n. 241/1990, ai sensi del quale qualsiasi concessione di vantaggi economici a soggetti privati è subordinata alla predeterminazione e pubblicazione, da parte delle amministrazioni procedenti, dei criteri e delle modalità cui attenersi nell'attribuzione del beneficio stesso.

¹³ Aut. Vig. Lav. Pubbl., deliberazione del 21 marzo 2001 n. 79.

dall'offerta, ancorché divenuta vincolante ai sensi della sopra citata ricostruzione (se non altro, al fine di evitare ulteriori spese connesse alle fasi di gara).¹⁴

3. In materia di **leasing immobiliare**, il d.lgs. n. 113/2007 ha operato l'inserimento nel codice della relativa disciplina, contenuta nella legge finanziaria per il 2007 (art. 1, commi 907, 908, 912, 913 e 914 della l. 27 dicembre 2006 n. 296), mediante interpolazione con inserimento di una norma *ad hoc* (art. 160 bis). In questo modo il Governo ha seguito il suggerimento espresso dal Consiglio di Stato, che aveva invitato (per motivi di coerenza sistematica) ad inserire la disciplina della locazione finanziaria nella *sedes materiae* naturale.

Nella trasposizione non sono state effettuate modifiche sostanziali di sorta e, quindi, la disciplina è rimasta invariata.

Peraltro, come ha correttamente notato la collega De Nictolis in uno dei primissimi commenti relativi al secondo correttivo¹⁵, la mera trasposizione della previgente disciplina nel corpus del codice comporta notevoli difetti di coordinamento. Infatti, all'art. 3, comma 7, che detta la definizione generale di *appalto pubblico di lavoro*, è prevista la possibilità di far rientrare nell'oggetto del contratto l'esecuzione "con qualsiasi mezzo", ipotesi nella quale deve ritenersi annoverabile la locazione finanziaria, limitatamente alle infrastrutture strategiche.

Che, poi, la locazione finanziaria rappresenti un esempio annoverabile al *tertium genus* delle modalità di realizzazione dei lavori pubblici, è reso evidente dalla stessa

¹⁴ Le conseguenze negative di tale ricostruzione potrebbero essere sensibilmente ridotte ove fosse adottata l'opzione interpretativa indicata *supra*, sub nota 12.

Al riguardo potrebbe anche rendersi opportuna l'introduzione, a livello legislativo, di qualche elemento compensativo, che possa rifondere il promotore delle spese effettuate fidando su di un assetto normativo successivamente cambiato in corso di procedura.

¹⁵ R. DE NICTOLIS, *Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urb. e app.*, 2007, 1061 ss.

configurazione del leasing immobiliare come lo strumento tramite cui l'amministrazione (ovviamente da intendersi in senso lato) ricorre ad un soggetto (privato) finanziatore per la realizzazione dell'opera che, peraltro, viene posta a disposizione dello stesso committente appena ultimata, per la sua fruizione secondo l'uso prestabilito. In questo modo viene evitato l'impatto della spesa complessiva su un singolo esercizio finanziario¹⁶ anche per le opere cosiddette fredde o tiepide, ossia non in grado, di per sé, di ripagare l'investimento finanziario iniziale.¹⁷

Quello appena evidenziato, peraltro, non è l'unico difetto di coordinamento con l'impianto della normativa nella quale è stata inserita la disciplina in esame: infatti, una incoerenza va registrata rispetto alla disciplina del **contraente generale** che, com'è noto, non è stata dettata come istituto di carattere generale, essendo stata tale disciplina inserita nell'ambito della specifica regolamentazione delle infrastrutture strategiche.¹⁸

Orbene, l'art. 160 bis, comma 3, prevede che accanto all'associazione temporanea formata dal finanziatore e dal realizzatore¹⁹, a ricoprire il ruolo di offerente possa essere anche un contraente generale. Poiché la figura del contraente generale è disciplinata solo in relazione alla realizzazione di infrastrutture strategiche, le interpretazioni possibili del testo in esame possono essere le seguenti:

¹⁶ Ovviamente tale effetto resta comunque subordinato al rispetto dei presupposti individuati da EUROSTAT e richiamati *sub* nota 9.

¹⁷ A dire il vero non è chiara la linea di demarcazione sul piano operativo (con particolare riferimento alla concreta convenienza per il committente) rispetto alla finanza di progetto nell'ipotesi in cui solo parte della spesa ricada sul promotore, magari con la previsione di un prezzo di "restituzione" finale. Infatti, anche in questi casi l'opera realizzata non è in grado di "ripagarsi" mediante l'utilizzazione nel corso del tempo. La prassi concreta delle singole stazioni appaltanti chiarirà se e quando è conveniente ricorrere all'uno o all'altro strumento.

¹⁸ Cfr in proposito il riferimento normativo citato *sub* nota 20.

¹⁹ Da rilevare che, rispetto al modello generale dell'associazione temporanea, nel caso di specie è prevista una importante deroga: infatti, il finanziatore e il realizzatore, associati in a.t.i., non sono solidalmente responsabili, bensì ciascuno risponde in relazione alla specifica obbligazione assunta; tale importante deroga appare dettata dall'opportunità di non disincentivare i soggetti finanziatori, che difficilmente avrebbero accettato di accollarsi rischi strettamente connessi alla parte realizzativa.

- a) che il legislatore delegato ha inteso affermare che, ove la locazione finanziaria abbia ad oggetto un intervento strategico, l'offerta possa essere presentata anche da un contraente generale;
- b) che il legislatore delegato ha inteso ampliare l'area di operatività del contraente generale *extra moenia* ossia al di fuori delle opere di rilievo strategico.

La prima delle due ipotesi interpretative indicate appare debole, poiché la disposizione in esame verrebbe a non avere in pratica alcuna funzione se non quella di ribadire che, nel campo delle infrastrutture strategiche, l'offerta può provenire da un contraente generale (che, in quanto, tale non sarebbe quindi tenuto ad associarsi in a.t.i. con un soggetto finanziatore, ipotesi quest'ultima peraltro in contrasto con lo stesso assetto della figura del contraente generale, che verrebbe meno alla sua funzione ove dovesse associarsi con un soggetto terzo).

Più incisiva appare la seconda opzione interpretativa, secondo cui si consentirebbe in pratica al contraente generale di operare anche al di fuori del "recinto" delle infrastrutture strategiche, peraltro in deroga (non espressa) rispetto alla disciplina del contraente generale formulata relativamente alle opere di rilevanza strategica²⁰.

Se quest'ultima fosse l'interpretazione da preferire, ci sarebbe da chiedersi se la peculiarità della disciplina dettata per la qualificazione del contraente generale, proprio in virtù della destinazione ad opere di rilevanza strategica, non debba subire qualche modifica per evitare di circoscrivere eccessivamente l'area dei possibili soggetti legittimati ad operare come contraenti generali nell'ambito del leasing immobiliare (in altre parole, se non si configuri, per così dire, un "eccesso di qualificazione" in

²⁰ All'art. 3 del codice, dove sono contenute le definizioni utili ai fini della normativa in esame, manca una disciplina del contraente generale, che è invece contenuta negli artt. 161 e segg.

relazione ad opere che non hanno la portata, la complessità e la rilevanza di quelle cosiddette strategiche).²¹

Da ultimo, va evidenziata una ulteriore modifica apportata dal d.lgs. n. 113/2007 e attinente alla locazione finanziaria, ancorché relativa a tutt'altro ambito operativo: all'art. 42 (che disciplina la capacità tecnica e professionale dei fornitori e dei prestatori di servizi), è stato aggiunto un comma 4bis, ai sensi del quale, negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, la stazione appaltante considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi.

Ebbene, tale novella appare ultronea, tenuto conto che, in virtù della disciplina dell'avvalimento, contenuta nell'art. 49, avrebbe dovuto ritenersi ammessa anche l'ipotesi del "prestito" da parte di un'impresa ausiliaria dei mezzi tecnici necessari mediante locazione finanziaria.

L'intervenuta espressa menzione di tale ipotesi potrebbe ora portare l'operatore a dubitare dell'ammissibilità di tale strumento al di fuori delle ipotesi espressamente contemplate, ossia quella degli appalti di servizi e dei servizi pubblici locali.

Peraltro, proprio alla luce dell'annoverabilità di tale fattispecie alla disciplina generale dell'avvalimento, deve ritenersi che le ipotesi espressamente disciplinate dal d.lgs. n. 113/2007 si limitino soltanto ad individuare esemplificativamente una delle possibilità applicative della locazione finanziaria per dimostrare la idoneità tecnica dell'operatore economico all'esecuzione del contratto.

²¹ Da tenere presente, poi, che il contraente generale, ai sensi dell'art. 176, comma 6, del codice, opera nei rapporti con i terzi utilizzando gli strumenti del diritto privato, sottratti alla disciplina dello stesso codice dei contratti, se non per limitati aspetti.

