

nella giurisprudenza di legittimità, che – in linea con gli insegnamenti della dottrina più sensibile³⁷⁵⁷ – tende a ravvisare in essa un'espressione del principio solidaristico (art. 2 cost.)³⁷⁵⁸, e, sul piano pratico applicativo, si mostra incline ad un impiego della stessa non soltanto alla stregua di mero criterio di valutazione della condotta delle parti nella fase attuativa del rapporto³⁷⁵⁹, bensì anche quale clausola con funzione integratrice del contenuto contrattuale³⁷⁶⁰.

TITOLO IV La finanza di progetto

Art. 193 (Procedura di affidamento)

1. *L'affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto può avvenire su iniziativa privata, nelle ipotesi di cui al comma 3, anche per proposte non incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, ovvero su iniziativa dell'ente concedente, nelle ipotesi di cui al comma 16, per proposte incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1.*

2. *Ai fini della presentazione di una proposta ai sensi comma 1, un operatore economico può presentare all'ente concedente una preliminare manifestazione di interesse, corredata dalla richiesta di informazioni e dati necessari per la predisposizione della proposta. L'ente concedente comunica all'operatore economico la sussistenza di un interesse pubblico preliminare all'elaborazione della proposta; in tale ipotesi, i dati e le informazioni richiesti sono trasmessi all'operatore economico e sono resi disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.*

3. *Gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti, in qualità di promotore, proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, elaborate su iniziativa privata per la realizzazione di interventi anche non inclusi nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1. Le proposte presentate ai sensi del primo periodo non sono soggette all'obbligo di preventiva presentazione di una manifestazione di interesse ai sensi del comma 2 e alla preventiva pubblicazione di un avviso ai sensi del comma 16. Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, redatto in coerenza con l'articolo 6-bis dell'allegato I.7., una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e l'indicazione dei requisiti del promotore. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015 e gli altri operatori economici interessati, possono formulare le proposte di cui al primo periodo salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorzarsi con altri operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi ne siano privi. Gli investitori istituzionali e gli altri operatori economici interessati, in sede di gara, possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario,*

di vaghezza, perché non hanno un significato proprio; sì che la clausola generale è un frammento vago di una disposizione dalla quale si deve ancora ricavare un significato applicabile e, soltanto dopo aver risolto tale problema, la norma si può dire individuata».

³⁷⁵⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto* (1974), rist. 2° ed., Roma, 2004, 150 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, 477.

³⁷⁵⁸ Secondo CASS., 27 ottobre 2006, n. 23273, «la buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *'neminem laedere'*, trovando in tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte, nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico».

³⁷⁵⁹ Come ritenuto, invece, da L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, II, Torino, 1988, 171 s. e, precedentemente, da U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu e Messineo, Milano, 1988, 170.

³⁷⁶⁰ V., da ultimo, CASS., Sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *BBTC*, 2018, II, 304, con nota di G. FAUCEGLIA, in cui si chiarisce che «la buona fede è criterio di integrazione del contenuto contrattuale rilevante ai fini dell'«esecuzione del contratto» stesso (art. 1375 cod. civ.), vale a dire della realizzazione dei diritti da esso scaturenti. La violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio in concreto, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso».

tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali e gli altri operatori economici interessati possono altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore sia comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

4. Previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, l'ente concedente dà notizia nella sezione «Amministrazione trasparente» del proprio sito istituzionale della presentazione della proposta e provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici, in qualità di proponenti, di proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3.

5. Entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 4, l'ente concedente, sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I, individua in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte, presentate ai sensi del comma 3 o del comma 4, da sottoporre alla procedura di valutazione di cui al comma 6.

6. L'ente concedente comunica ai soggetti interessati la proposta o le proposte individuate ai sensi del comma 5, ne dà notizia sul proprio sito istituzionale e invita, se necessario, il promotore e i proponenti ad apportare al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario e allo schema di convenzione le modifiche necessarie per la loro approvazione. In tale fase, l'ente concedente ha facoltà di indire una conferenza di servizi preliminare ai sensi dell'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Se il promotore o i proponenti non apportano le modifiche e integrazioni richieste per recepire le indicazioni dell'ente concedente entro il termine dallo stesso indicato, le proposte sono respinte con provvedimento motivato. Entro sessanta giorni, differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie, l'ente concedente conclude, con provvedimento motivato, la procedura di valutazione, che, in caso di pluralità di proposte ammesse, si svolge in forma comparativa. Il provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'ente ed è comunicato ai soggetti interessati.

7. Il progetto di fattibilità selezionato ai sensi del comma 6 è integrato, se necessario in funzione dell'oggetto dell'intervento, con gli ulteriori elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'allegato I.7 anche ai fini della relativa sottoposizione al procedimento di approvazione ai sensi dell'articolo 38. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica per i lavori o il progetto di cui all'articolo 4-bis dell'Allegato 1.7 per i servizi, una volta approvati, sono inseriti tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

8. All'esito dell'approvazione, il progetto di fattibilità tecnica ed economica, per gli affidamenti di lavori, ovvero il progetto di cui all'articolo 4-bis dell'Allegato 1.7, per gli affidamenti di servizi, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico finanziario, sono posti a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione. Gli obblighi di trasparenza sono assolti ai sensi dell'articolo 28, nel rispetto delle disposizioni sulla riservatezza di cui all'articolo 35 e delle deroghe relative ai contratti secretati di cui all'articolo 139. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo.

9. La configurazione giuridica del promotore ovvero del proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte. Nel bando l'ente concedente dispone che il promotore ovvero il proponente può esercitare il diritto di prelazione, nei termini previsti dal comma 12.

10. I concorrenti, compreso il promotore e il proponente, in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico economica e le eventuali modifiche allo schema di convenzione posti a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando. Le offerte sono corredate delle garanzie di cui all'articolo 106.

11. L'ente concedente:

- a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- b) redige una graduatoria e nomina aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta;
- c) pone in approvazione il successivo livello progettuale elaborato dall'aggiudicatario.

12. Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore

dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore ovvero il proponente esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore ovvero del proponente, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo.

13. In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente può prevedere criteri di aggiudicazione premiali, volti a valorizzare l'apporto di ciascuna offerta agli obiettivi di innovazione, sviluppo e digitalizzazione.

14. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dagli stessi perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte di cui ai commi 3, 4 e 16, ferma restando la loro autonomia decisionale.

15. Il soggetto aggiudicatario presta la garanzia di cui all'articolo 117. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è dovuta una cauzione, rinnovabile annualmente, a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 117. La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

16. L'ente concedente può, mediante avviso pubblico, sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, interventi inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, tramite la presentazione, entro un termine non inferiore a sessanta giorni, di proposte redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3. Gli operatori economici interessati a rispondere all'avviso possono richiedere all'ente concedente di fornire integrazioni documentali per una migliore formulazione delle proposte. Le eventuali integrazioni documentali predisposte dall'ente concedente sono trasmesse all'operatore economico e sono rese disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.

17. L'ente concedente valuta le proposte presentate ai sensi del comma 16 e pone a base di gara il progetto di fattibilità selezionato, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico finanziario, nel rispetto delle disposizioni di cui ai commi 5, 6, 7 e 8. La procedura di gara si svolge in conformità ai commi 10, 11, 12 e 13. Il soggetto aggiudicatario presta le garanzie di cui al comma 15.

SOMMARIO: 1. La nuova dimensione economica della finanza di progetto. - 2. Il procedimento di affidamento. - 2.1. La proposta di finanza di progetto. - 2.2. La valutazione della proposta e le richieste di modifica. - 2.3. La gara e i diritti del promotore.

1. La nuova dimensione economica della finanza di progetto. - La disciplina del *Project financing* è contenuta nel Titolo IV del Libro IV dedicato al Partenariato pubblico privato e delle concessioni del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 Codice dei contratti pubblici ("Codice") espressamente dedicato alla *finanza di progetto*, nel testo modificato con il d.lgs. 31 dicembre 2024, n. 209 ("correttivo"), in vigore dalla medesima data. La principale novità della nuova disciplina, che esprime la diversa dimensione concettuale nella quale l'operazione di PF viene inserita è rappresentata dalla definizione della stessa. Il Codice, infatti la definisce come una *operazione economica* fondata su un contratto di lunga durata, nell'ambito della quale al privato spetta di realizzare e gestire, a fronte dell'assunzione del rischio operativo, un progetto e non più, come era in passato, un'opera pubblica, garantendo in misura maggioritaria la copertura del fabbisogno finanziario. Dunque, non solo, come era in passato, lavori, ma anche per i servizi.

Il ricorso all'espressione economica rappresenta una novità rilevante, non meramente terminologica, in quanto appare funzionale a rendere più agevole il ricorso alle forme "atipiche" di partenariato, senza addivenire necessariamente alla stipula di un contratto rigidamente definito nei contenuti, in ragione anche del principio dell'autonomia contrattuale della P.A. espressamente indicato all'art. 8 tra i principi generali del nuovo Codice. Principio, quest'ultimo, che trova una sua specificazione proprio nel comma 3 dell'art. 174, secondo cui il "partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, anche nelle forme della finanza di progetto, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione delle soglie e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179". Dunque, una formula elastica tesa a garantire la realizzabilità di una operazione contrattuale a struttura complessa.

In linea generale, il *project financing*, nella sistematica del Codice, viene ricondotto al contratto di concessione, rappresentandone una *species* che, in ragione delle sue peculiarità, è oggetto di una disciplina dedicata. Interpretazione confermata dall'intervento integrativo operato in sede di correttivo al Codice attraverso l'inserimento dell'inciso "anche nelle forme della finanza di progetto" che, appunto chiarisce espressamente che costituendo una forma di concessione, l'istituto della finanza di progetto rientra all'interno del *genus* del partenariato pubblico privato.

2. Il procedimento di affidamento. – L'art. 193 del Codice, rubricato procedura di affidamento, è stato interamente sostituito in sede di correttivo. Più che di una vera e propria sostituzione, in realtà, si tratta di una integrazione, in alcuni casi sostanziale, che, come chiarito nella stessa relazione illustrativa e nella relazione tecnica, risponde alla duplice finalità di allineare la disciplina alle esigenze contingenti degli impegni assunti con il PNRR e di chiarire le modalità applicative dell'istituto, incentivandone l'utilizzo e superando le perplessità espresse dalla Commissione europea in sede di procedura di infrazione relative alla trasparenza e pubblicità delle procedure nonché alla compatibilità con il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi. L'articolo disciplina il procedimento di affidamento in concessione di lavori e servizi mediante finanza di progetto introducendo una serie di obblighi di trasparenza in capo alle amministrazioni sin dalle primissime fasi del *project financing*.

A differenza del precedente Codice (d.lgs. 50/2016), nella attuale disciplina si registrano alcune differenze significative, confermate anche in sede di correttivo, che ne rimarcano le peculiarità in termini di una operazione "economica" più che contrattuale.

2.1. La proposta di finanza di progetto. – Il primo comma dell'art. 193 chiarisce in apertura, a differenza della precedente disciplina, che *project financing* può essere a iniziativa privata o a iniziativa pubblica, richiamando espressamente il comma 16 dell'art. 193 nel quale è stata espressamente disciplinata l'ipotesi di iniziativa dell'ente concedente, a differenza della previsione contenuta nel testo antecedente al correttivo che contemplava solo il *project financing* a iniziativa privata.

L'intervento correttivo ha chiarito le fasi procedurali, aprendo già la semplice manifestazione di interesse dell'operatore economico al mercato. È, infatti previsto, al comma 2 dell'art. 193 che, ove l'operatore economico, presenti una "preliminare manifestazione di interesse" alla elaborazione di una proposta di *project financing*, l'ente debba effettuare una valutazione della sussistenza di un interesse pubblico alla elaborazione della proposta da parte del soggetto privato. In caso tale preliminare valutazione abbia esito positivo, l'ente deve darne comunicazione, attraverso la pubblicazione nella sezione "amministrazione trasparente" del proprio sito, a tutti i soggetti potenzialmente interessati. La comunicazione deve riguardare anche gli eventuali dati e informazioni richieste dal soggetto privato al fine di predisporre la proposta.

Lo schema normativo, con riferimento a *project financing* ad iniziativa privata, prevede, al comma 3, che il privato possa presentare agli enti concedenti proposte finalizzate alla realizzazione di lavori o servizi in concessione anche non contemplati nella programmazione del partenariato pubblico privato di cui all'articolo 175, comma 1. Le proposte presentate non sono soggette all'obbligo di preventiva manifestazione di interesse di cui al comma 2, e agli oneri correlati, né alla preventiva pubblicazione di un avviso ai sensi del comma 16.

Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dagli stessi perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte (comma 14).

Pur rimanendo immutata la previsione contenuta al comma 1 dell'art. 175 del Codice ai sensi del quale «le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato»³⁷⁶¹, nella disciplina specifica relativa all'affidamento, è stata reintrodotta la previsione secondo cui al privato era consentito presentare proposte di finanza di progetto anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, è previsto che l'amministrazione possa sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative per la realizzazione di progetti inclusi nella programmazione attraverso la pubblicazione di un avviso pubblico di sollecitazione di proposte. In particolare, il comma 16, dell'art. 193 del Codice espressamente prevede che «l'ente concedente, mediante avviso pubblico, può sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, interventi inclusi negli strumenti di programmazione

³⁷⁶¹ Si tratta di una innovazione introdotta per far fronte alla criticità rappresentata dalla scarsa specializzazione delle stazioni appaltanti nella valutazione della fattibilità dei progetti.

del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1». In ottemperanza al più generale intento di garantire la massima trasparenza nelle operazioni di *project financing*, in sede di correttivo il legislatore ha disciplinato con maggiore dettaglio tale eventualità. È previsto, infatti, che l'invito debba essere contenuto in un avviso pubblico e che, in ossequio al principio del *favor participationis*, il termine concesso agli operatori eventualmente interessati per la presentazione delle proposte non possa essere inferiore a 60 gg. È poi concessa la possibilità, agli operatori interessati a rispondere all'avviso, di «richiedere all'ente concedente di fornire integrazioni documentali per una migliore formulazione delle proposte. Integrazioni che, come per le ipotesi previste al comma 2, devono essere «trasmesse all'operatore economico e (...) rese disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "amministrazione trasparente"» del sito (comma 16). Avviso i cui contenuti debbono essere elaborati con cautela in modo da evitare che possa essere configurato in termini di un vero e proprio bando, assumendo, quale riferimento, l'art. 182 del Codice che espressamente prevede che «il bando di concessione contiene le informazioni indicate dall'allegato IV.1 e, ove opportuno di ogni altra informazione ritenuta utile dall'ente concedente, anche secondo il formato dei modelli uniformi predisposti dall'Autorità di regolazione del settore» (comma 2)³⁷⁶², fin quando questo non sarà sostituito da un apposito decreto. In particolare, la disciplina richiamata prevede che «il bando indica i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione» (comma 4), e che «i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. I bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore» (comma 5).

Confermando lo schema precedente, al comma 3 è previsto che la proposta debba contenere (i) il progetto di fattibilità; (ii) la bozza di convenzione; (iii) il piano economico-finanziario asseverato; (iv) le caratteristiche del servizio e della gestione e (v) l'indicazione dei requisiti del promotore.

Con il correttivo il legislatore ha cercato di superare l'impasse della precedente versione del Codice, dalla cui lettura non risultava chiara la collocazione del progetto di fattibilità rispetto ai livelli di progettazione contemplati dall'art. 41 del Codice, non menzionando la fattibilità tecnico economica e, quindi, lasciando ipotizzare che il legislatore avesse richiesto in livello di approfondimento minore³⁷⁶³. In sede di correttivo, infatti, si è specificato che il progetto di fattibilità deve essere redatto in conformità ai requisiti e contenuti espressamente disciplinati nel neo introdotto articolo 6 bis, dell'Allegato I.7 relativo ai «contenuti minimi del quadro esigenziale, del documento di fattibilità delle alternative progettuali, del documento di indirizzo della progettazione, del progetto di fattibilità tecnica ed economica e del progetto esecutivo».

L'articolo 6-bis riguarda proprio il *progetto di fattibilità per la finanza di progetto* e prevede dei contenuti minimi distinguendo tra concessioni di lavori e concessioni di servizi. Per le prime è previsto che il progetto di fattibilità sia composto «almeno» da una relazione generale (lett. a); una relazione tecnica relativa al contesto territoriale nel quale l'opera è inserita, contenente anche una descrizione dell'opera medesima, corredata dagli approfondimenti eventualmente richiesti dal RUP in funzione della natura e dell'ubicazione dell'intervento (lett. b); una relazione preliminare di sostenibilità dell'opera (lett. c); gli elaborati grafici tipologici delle opere (planimetrie, prospetti e sezioni tipo) (lett. d); il computo metrico estimativo preliminare dell'opera, coerente con gli elaborati grafici tipologici delle opere (lett. e); il cronoprogramma. Mentre per le concessioni di servizi è previsto che il progetto di fattibilità sia composto almeno da una relazione tecnico-illustrativa, che identifica gli elementi tecnici, economici e finanziari dell'investimento e specifica i costi del servizio in rapporto alle sue componenti, come identificate nel documento di specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché agli elementi evidenziati nel piano economico finanziario della proposta (lett. a); e dal cronoprogramma di attuazione dei servizi (lett. b). Dunque, un documento contenutisticamente più ridotto, rispetto al PFTE che, come noto, costituisce lo sviluppo progettuale della soluzione, ma che contiene degli elementi essenziali tali da consentire non solo una compiuta valutazione della proposta da parte dell'Ammi-

³⁷⁶² Nel correttivo si specifica che «in sede di prima applicazione del Codice, l'allegato IV.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al Codice».

³⁷⁶³ Sul punto giova ricordare che l'ANAC, nell'Atto dirigenziale 5 settembre 2023, con riferimento alla previgente disciplina, nella quale espressamente si fa riferimento alla fattibilità tecnico-economica ha rilevato «Nella gara per l'affidamento della concessione non è legittima la richiesta della stazione appaltante ai concorrenti di produrre con l'offerta tecnica un livello di progettazione successivo a quello di fattibilità tecnico-economica».

nistrazione interessata, ma anche una sua comparazione con altre proposte eventualmente presentate da altri soggetti interessati.

È stata confermata la eliminazione della previsione che poneva in capo al proponente il versamento di una cauzione provvisoria quantificata nella misura del 2,5% del valore del contratto, ossia del prezzo base indicato dal bando a corredo della proposta. I

Inoltre, è previsto che il piano economico finanziario debba comprendere l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta nonché dei diritti sulle opere dell'ingegno, e ciò evidentemente per garantire le fasi successive, e soprattutto il corretto adempimento degli obblighi previsti nelle ipotesi di esercizio della prelazione.

A differenza della previgente disciplina che stabiliva che i promotori dovessero presentare i medesimi requisiti dei concessionari, o i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi, nella attuale disciplina non è più contenuta tale previsione. La norma prevede che gli investitori istituzionali e gli altri operatori economici interessati possono formulare le proposte, salva la necessità, ove siano privi dei necessari requisiti, di associarsi o consorziarsi con altri operatori economici in possesso dei requisiti che saranno richiesti dal bando, ove ne siano privi, indicando anche la possibilità di subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore sia comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

Inoltre, nel Codice, al comma 10 si conferma la previsione secondo cui «i concorrenti, compreso il promotore e il proponente, in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e le varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico economica e le eventuali modifiche allo schema di convenzione posti a base di gara secondo gli indicatori previsti dal bando».

La proposta può essere presentata anche da investitori istituzionali di cui all'art. 32, comma 3, del decreto legge 31 maggio 2019, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, n. 3, del Regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 giugno 2015, tra i quali, ad esempio, la Cassa Depositi e prestiti s.p.a., i quali possono formulare le proposte «salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi» rammentata in precedenza (art. 193, comma 3)³⁷⁶⁴.

Una volta presentata la proposta, ove l'Amministrazione concedente valuti la sussistenza di un pubblico interesse alla sua realizzazione, e la coerenza con la programmazione del partenariato pubblico privato di cui all'art. 175, comma 1, l'Amministrazione concedente è tenuta a darne notizia, sempre nella sezione "Amministrazione trasparente" sul proprio sito istituzionale. Si tratta di una previsione, introdotta in sede di correttivo, volta a garantire, in linea con quanto già indicato nei commi precedenti, la massima partecipazione dei soggetti interessati. Infatti, al quarto comma è previsto che l'amministrazione ne dia notizia, indicando un termine, non inferiore a sessanta giorni, in ragione della complessità del progetto, affinché gli altri operatori economici potenzialmente interessati possano presentare proposte relative al medesimo intervento.

2.2. La valutazione della proposta e le richieste di modifica. – La disciplina della valutazione della proposta è stata radicalmente rivista in sede di Correttivo, e integrata sotto molti profili. Le proposte dell'investitore, e degli altri operatori economici interessati, con i contenuti essenziali sopra indicati, una volta presentate all'ente concedente, secondo quanto previsto al comma 5, fanno sorgere in capo a quest'ultimo un obbligo di concludere la valutazione con provvedimento espresso, pubblicato sul sito istituzionale e, contestualmente, comunicato ai soggetti interessati.

Secondo quanto previsto al comma 5 dell'art. 193, decorso il termine assegnato dall'Amministrazione concedente per la presentazione di proposte da parte di altri operatori economici interessati, nei successivi 45 giorni questa deve procedere a una valutazione comparativa delle proposte, tenendo conto della loro fattibilità e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente. All'esito di tale valutazione comparativa, l'Amministrazione concedente può selezionare una o più proposte da sottoporre alla procedura di valutazione di cui al successivo comma 6³⁷⁶⁵.

³⁷⁶⁴ La norma, a differenza del passato, contiene una formulazione tesa a promuovere il ricorso del project financing da parte degli investitori istituzionali, non più costretti ad associarsi con operatori qualificati già in fase di presentazione della proposta.

³⁷⁶⁵ Nel parere 1427/2024 il Consiglio di Stato aveva sottolineato la necessità di specificare che «l'individuazione selettiva

Il provvedimento di selezione delle proposte da assoggettare alla procedura di valutazione deve essere comunicato agli operatori economici interessati e ne deve essere data notizia sul sito istituzionale dell'amministrazione.

In tale provvedimento l'Amministrazione concedente può richiedere, al promotore e ai proponenti, che da questo momento vengono menzionati all'unisono e posti in condizioni di *par condicio*, secondo le indicazioni del Consiglio di Stato, di apportare delle modifiche, condizionanti la approvazione della proposta stessa, al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario e allo schema di convenzione.

Una innovazione rispetto alla disciplina originaria è rappresentata dalla previsione espressa della facoltà per l'Amministrazione concedente di convocare una conferenza di servizi preliminare al fine di valutare i diversi aspetti relativi alla fattibilità, generalmente intesa, del progetto. Questa fase della valutazione, affidata al Consiglio comunale, è caratterizzata da ampia discrezionalità in capo all'amministrazione, essendo una fase finalizzata non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma all'accoglimento della proposta formulata dal privato, alla luce di una valutazione correlata alla soddisfazione del pubblico interesse³⁷⁶⁶. Con riferimento ai progetti finanziati dal PNRR, l'art. 175, comma 3, mutato in sede di correttivo introduce una disposizione analoga a quella contenuta all'art. 18-bis del d.l. 30 aprile 2022, n. 36 richiedendo che, per i progetti di interesse statale o per i progetti finanziati con contributo a carico dello Stato per i quali non sia già previsto che si esprima il CIPESS, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico privato, il cui ammontare sia di importo pari o superiore a 50 milioni di euro, «ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2», prima della pubblicazione del bando sono tenuti a chiedere un parere non vincolante, ai fini della valutazione preliminare, al Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità, inviando la documentazione anche al Dipartimento della Ragioneria generale dello stato. Il Nucleo, acquisite le valutazioni del Dipartimento della ragioneria dello stato entro 25 gg. dalla richiesta, deve

della proposta (o delle proposte) di interesse pubblico avvenga in ogni caso, quando ne ricorrano le condizioni, in forma effettivamente comparativa e con modalità oggettive e trasparenti, sulla base di criteri predeterminati e con formale esito provvedimento costitutivo, suscettibile di impugnazione da parte degli operatori controinteressati».

³⁷⁶⁶ Sul punto, *ex multis*, Cons. Stato, V, 27 ottobre 2023, n. 9298, in www.giustizia-amministrativa.it: «nella procedura di project financing occorre distinguere la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: la prima fase, ancorché in qualche misura proceduralizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore. La seconda fase costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica». Cfr. anche V, 26 maggio 2023, n. 5184; TAR Friuli-Venezia Giulia, I, 2 gennaio 2023, n.1, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui, in caso di una pluralità di proposte presentate ai sensi dell'art. 183, comma 15, D.lgs. n. 50/2016, valutare preliminarmente il maggior interesse pubblico rispetto alla fattibilità tecnico-economica risponde ad esigenze di economicità dell'azione amministrativa, atteso che non collimerebbe con criteri di logicità e ragionevolezza provvedere alla fattibilità tecnica ed economica di ciascuno degli interventi proposti.

Allorquando l'amministrazione abbia ritenuto che una proposta risulti quella più rispondente all'interesse perseguito dall'Amministrazione, ancorché necessitante di aggiustamenti e/o integrazioni riconducibili al potere (ampiamente) discrezionale attribuito all'Amministrazione, può poi seguire una più mirata e decisiva interlocuzione con la sola proponente, al fine di addivenire alla definitiva dichiarazione di fattibilità e pubblico interesse della proposta di P.P.P. e la conseguente costituzione in capo alla medesima della qualifica di "promotore". In senso analogo, TAR Friuli-Venezia Giulia, I, 16 dicembre 2022, n. 549, in www.giustizia-amministrativa.it.

Si segnala poi Cons. Stato, V, 24 agosto 2023, n. 7930, secondo cui la revoca della dichiarazione di pubblico interesse (da adottarsi da parte dello stesso organo che ha dato impulso alla procedura – TAR Sardegna, II, 31 ottobre 2022, n. 730, in www.giustizia-amministrativa.it) del progetto non dà diritto ad alcun risarcimento per il proponente, né ad alcun indennizzo ex art. 21 quinquies della L. n. 241 del 1990, nel caso in cui il procedimento di project financing non sia giunto alla successiva fase dell'indizione della gara per l'affidamento della concessione. Ed infatti, la dichiarazione di pubblico interesse della proposta di progetto di finanza pubblica, anche se differenzia la posizione giuridica del proponente, riconoscendogli un'aspettativa e una posizione tutelata nei confronti di altri operatori o di proposte concorrenti, assume maggiore consistenza giuridica dando luogo al diritto di prelazione e ai correlati diritti patrimoniali, ove il procedimento si sviluppi nella fase di indizione della gara per l'affidamento della concessione. Inoltre, nel caso di abbandono del progetto da parte dell'Amministrazione, che non abbia dato avvio ad alcuna procedura per la selezione del promotore, né abbia posto tale studio di fattibilità alla base di alcun bando, la stessa non può essere condannata a risarcire il danno nemmeno per responsabilità precontrattuale, atteso che nella procedura di project financing la fase precontrattuale, nella quale le parti contraenti possono essere chiamate a rispondere di eventuali scorrettezze reciproche, inizia solo dopo l'espletamento della gara, quando si apre la fase negoziale coinvolgente il promotore finanziario e le imprese prime classificate nella procedura di selezione. Sul punto cfr. Cons. Stato, IV, 3 luglio 2023, n. 6441, in www.giustizia-amministrativa.it.

pronunciarsi nei successivi 20 gg. Il parere reso dal Nucleo non è vincolante, ma affinché l'ente se ne discosti è tenuto a darne «adeguata motivazione, dando conto delle ragioni della decisione e indicando, in particolare, la modalità di contabilizzazione adottata».

L'ente concedente, ove il promotore o i proponenti non apportino le modifiche richieste dall'ente concedente nel termine indicato, dovrà respingere la proposta con provvedimento motivato. È inoltre previsto che il proponente o il proponente possono modificare e integrare la loro configurazione giuridica «sino alla data di presentazione delle offerte» (comma 9).

Seguendo lo schema proprio di qualsiasi procedimento, anche in questo caso è previsto un obbligo di conclusione dello stesso attraverso la emanazione di un provvedimento espresso che approvi (o meno) il progetto di fattibilità che, in caso di approvazione, eventualmente integrato in funzione dell'oggetto dell'intervento con gli ulteriori elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'Allegato I.7, sarà inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente (comma 7). Il provvedimento oltre ad essere comunicato ai soggetti interessati, dovrà essere pubblicato sul sito dell'Amministrazione concedente.

2.3. La gara e i diritti del promotore. – Quanto alla procedura da seguire nel procedimento, lo schema normativo non si differenzia molto dalla previgente disciplina.

Al comma 8 è previsto che il progetto di fattibilità tecnico-economica per i lavori, disciplinato dall'articolo 6 dell'Allegato I.7, o il progetto di cui all'articolo 4 bis dell'Allegato I.7³⁷⁶⁷ per gli affidamenti di servizi, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico finanziario, una volta approvato, viene posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione, aggiudicata secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo, tenendo conto, al fine di incentivare l'innovazione, della quota di investimenti destinata in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica. I criteri devono essere espressamente indicati nel bando di gara. È infatti specificato, al comma 13, che l'ente concedente può prevedere criteri di aggiudicazione premiali volti a valorizzare l'apporto di ciascuna offerta agli obiettivi di innovazione, sviluppo e digitalizzazione.

L'offerta, contenente il piano economico finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le possibili varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico economia posto a base di gara, secondo quanto previsto al comma 10, deve essere presentata dai concorrenti, ivi incluso il promotore e il proponente.

Nella precedente versione sembrava esclusa dalla documentazione, la bozza di convenzione che, però, è, innegabilmente un documento rilevante anche in relazione alla verifica della corretta allocazione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato, ai fini del mantenimento delle caratteristiche necessarie alla qualificazione del contratto come concessione. In sede di correttivo è stato esplicitato che i concorrenti debbano presentare anche le eventuali modifiche allo schema di convenzione posto a base di gara assieme agli altri documenti prima indicati, secondo gli indicatori previsti nel bando. Inoltre, è espressamente previsto che l'offerta sia corredata dalle garanzie di cui all'art. 106 del Codice (comma 6), cioè la garanzia provvisoria, nella misura del 2% del valore complessivo del contratto, cui vanno poi ad aggiungersi le garanzie che deve prestare il soggetto aggiudicatario, ai sensi dell'art. 117 del Codice, cioè la garanzia definitiva pari al 10% dell'importo contrattuale, e la cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali da prestarsi, alla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario, pari al 10% del costo annuo operativo di esercizio (comma 15).

La mancata prestazione delle cauzioni costituisce, per espressa previsione del comma 15, grave inadempimento contrattuale.

Le offerte pervenute nel termine sono valutate dall'ente concedente che, secondo quanto prescritto al comma 11, «redige una graduatoria e nomina l'aggiudicatario, ponendo in approvazione i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario».

«Qualora il soggetto promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario, entro quindici giorni dalla comunicazione della aggiudicazione, può esercitare il diritto di prelazione, dichiarando di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario» (comma 8). La prelazione, secondo quanto previsto al comma 9, deve essere prevista nel bando.

Il comma 12, poi, espressamente riconosce il diritto al promotore o al proponente non aggiudicatario, nel

³⁷⁶⁷ L'articolo 4-bis, rubricato progettazione di servizi e forniture espressamente prevede che «la progettazione di servizi e forniture è articolata in un unico livello ed è predisposta dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti mediante propri dipendenti. I contenuti minimi del progetto sono costituiti almeno da una relazione generale illustrativa, da capitolato tecnico e da documento di stima economica secondo le previsioni di cui all'articolo 41, commi 12 e 14 del Codice».

caso in cui non eserciti la prelazione, di ottenere il pagamento, posto a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno, nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.

Viceversa, nell'ipotesi in cui il promotore o il proponente eserciti la prelazione sarà tenuto a versare all'aggiudicatario l'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta, sempre nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara (comma 12).

Art. 194 (Società di scopo)

1. Per gli affidamenti superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto prevede che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile.

Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

2. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di scopo si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, originari o subentrati, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

3. La società di scopo, senza che ciò costituisca cessione di contratto, subentra nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa. Essa sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte dell'ente concedente, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di scopo nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di scopo può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di scopo, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di scopo e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali, di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

4. Il contratto di concessione disciplina altresì le modalità di sostituzione dei soci della società di scopo che, nel corso dell'esecuzione del contratto, perdano i requisiti di qualificazione.

5. Il bando-tipo per l'affidamento di un contratto ai sensi del comma 1 reca anche lo schema della convenzione da allegare agli atti di gara.

SOMMARIO: 1. La società di scopo. – 2. Natura della società di scopo. – 3. La cessione delle partecipazioni e le categorie di soci.

1. La società di scopo. – Al fine di collocare correttamente la società di scopo disciplinata dall'articolo 194 del Codice, occorre fare riferimento alla struttura che il nuovo Codice dà del partenariato pubblico privato in termini di un'operazione economica in cui devono necessariamente essere presenti quattro caratteristiche essenziali:

- (i) un rapporto contrattuale di lungo periodo instaurato per raggiungere un risultato di interesse pubblico;
- (ii) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proveniente in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata anche in ragione del rischio operativo che la stessa assume;
- (iii) l'affidamento alla parte privata del compito di realizzare e gestire il progetto secondo gli obiettivi definiti dalla parte pubblica cui spetta anche la verifica della sua attuazione;
- (iv) l'allocazione in capo al soggetto privato del rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori e alla gestione dei servizi.

Il ricorso alla società di scopo non è limitato alla finanza di progetto ma nella sistematica del nuovo Codice viene esteso a tutti gli strumenti di partenariato pubblico privato, trattandosi di una figura il cui ricorso è obbligatorio però a valle dell'aggiudicazione della concessione nella forma della finanza di progetto per gli affidamenti di valore superiore alle soglie di rilevanza europea.

Per tutti i progetti con valore superiore alla soglia europea il Codice impone la costituzione della società di scopo, in modo da isolare i rischi connessi al progetto in un veicolo appositamente costituito nella forma della società per azioni, o della società a responsabilità limitata o anche consortile. La scelta della formula della società di capitali ben si comprende se si riflette sull'autonomia patrimoniale di tali società che essendo perfetta è l'unica in grado di realizzare quella separazione patrimoniale dei flussi di cassa a cui la stessa società di scopo è finalizzata. Va evidenziato comunque che in sede di bando l'amministrazione ben può discrezionalmente stabilire l'ammontare minimo del capitale sociale della costituenda società di progetto che, pure in assenza di una espressa previsione normativa, è evidente che dovrà attenersi ai limiti di legge fissati con riferimento al capitale minimo.

Una volta costituita, la società subentra a titolo originario all'aggiudicatario in tutti i rapporti con la pubblica amministrazione senza necessità di una approvazione da parte dell'amministrazione. La costituzione della società di scopo rileva in quanto consente di realizzare una doppia separazione patrimoniale: da un lato i flussi di cassa generati dalla realizzazione o dalla gestione dell'opera o del servizio, facenti capo dunque a un ente organizzativamente e contabilmente separato dai soggetti che lo hanno costituito, con la conseguenza di garantirne la sottrazione alle pretese dei creditori dell'aggiudicatario, dall'altro garantisce lo stesso aggiudicatario impedendo che i creditori della società di scopo possano aggredire le dotazioni patrimoniali dello stesso che non siano state dedicate alla società di scopo.

Si tratta di uno strumento preposto alla raccolta dei mezzi finanziari necessari per l'esecuzione dell'opera pubblica o per la gestione del servizio e rappresenta al contempo, il veicolo finanziario per la realizzazione dell'intervento e la modalità di gestione del servizio, dunque, un meccanismo finalizzato a garantire i soggetti finanziatori indotti così a valutare l'opportunità di impiegare il capitale di rischio o effettuare dei prestiti con esclusivo riferimento alla redditività dell'iniziativa programmata assenza essere condizionati dalla situazione patrimoniale ed economica dei proponenti.

2. Natura della società di scopo. – Giova rilevare come l'ANAC abbia sottolineato che la società di veicolo non costituisce una società atipica bensì una peculiare ipotesi di disciplina transtipica, applicabile cioè a più tipi sociali, pensata dal legislatore per adeguare i modelli societari tradizionali al perseguimento degli specifici fini individuati nella disciplina dei contratti pubblici, con deviazione dallo schema tipico relative soprattutto alla autonomia patrimoniale, alla cedibilità delle partecipazioni, e alla emissione di strumenti finanziari.

In linea con la precedente disciplina è il comma 3 dell'articolo 194, il quale precisa che «i lavori e i servizi prestati dalla società di scopo si intendono realizzati e prestati in proprio anche se affidati direttamente dalla società di scopo ai propri soci a condizione che questi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalla normativa di riferimento». A ciò si aggiunga che, sempre per espressa previsione normativa, «restano ferme le norme che impongono l'evidenza pubblica per l'affidamento a terzi dei servizi oggetto della concessione».

In altri termini, una volta che i soci abbiano costituito la società di progetto che subentra nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, qualsiasi soggetto terzo risulta estraneo al rapporto di concessione³⁷⁶⁸. L'attuale formulazione del secondo comma dell'articolo 194 chiarisce che l'affidamento diretto può avvenire non solo nei confronti dei soci che hanno partecipato alla procedura di gara, ma anche di quelli subentrati, perché questi siano in possesso dei requisiti di qualificazione generali e speciali.

La costituzione di una società di scopo è oggetto di un diritto potestativo dell'aggiudicatario, pertanto, la mancata previsione nel bando dovrebbe ritenersi integrata ex lege senza necessità di dover contestare la legittimità del bando stesso.

3. La cessione delle partecipazioni e le categorie di soci. – Un discorso a parte va fatto con riferimento alla cessione delle partecipazioni. Se in sede di costituzione della società di scopo possono subentrare altri soggetti finanziatori, una volta costituita la società la cessione delle partecipazioni può avvenire solo se autorizzata nel contratto dovendosi comunque assicurare che i soci che abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, cioè i soci qualificanti, rimangano comunque nella compagine sociale garantendo il buon adempimento degli obblighi della società concessionaria, entro il limite della propria quota, fino alla data di emissione del certificato di collaudo. Tale limite di cessione delle quote non opera per banche e investitori istituzionali che non abbiano contribuito a formare i requisiti di qualificazione.

³⁷⁶⁸ Sul punto il Consiglio di Stato, V, del 18 aprile 2023 n. 3886, in www.giustizia-amministrativa.it, ha evidenziato che la costituzione di una società di progetto a valle dell'aggiudicazione, con il subentro di un soggetto diverso da quello che aveva partecipato alla gara prestando i requisiti di qualificazione, integra una alterazione soggettiva ai sensi dell'articolo 176, comma 1, lett. c) Del vecchio codice, tale da imporre la cessazione del rapporto concessorio.

Si individuano così diverse categorie di soci:

(i) i soci qualificanti, cioè quelli che devono mantenere integra la propria quota di partecipazione finale emisione del certificato di collaudo quantomeno nei limiti della porzione dei lavori da eseguire e quindi dell'ammontare no dei corrispondenti ai requisiti di qualificazione (a delibera 19 novembre 2009 numero 32);

(ii) i soci che non hanno concorso a formare i requisiti e che possono, dunque, cedere in tutto o in parte la propria quota salvo che ciò non sia espressamente vietato dal contratto;

(iii) I soci istituzionali cioè banche e investitori istituzionali che non hanno concorso a formare i requisiti e che pertanto possono cedere la propria partecipazione societaria o fare ingresso nella società in qualunque momento, senza limitazioni poste dalla legge o dal contratto di concessione (AVCP, parere sulla normativa 24 ottobre 2012 numero 20).

Si tratta di una disciplina articolata che è essenzialmente finalizzata a garantire la qualificazione dei soci esecutori.

Analogo discorso va fatto con riferimento alla cessione dell'azienda parte del contratto pubblico eseguito dalla società di progetto. L'articolo 194, differenziandosi rispetto al passato, contempla poi espressamente l'ipotesi della perdita dei requisiti da parte del socio qualificante. Espressamente previsto, infatti, che il contratto debba disciplinare le modalità di sostituzione trattandosi di una eventualità che in astratto rientra all'interno della cessione delle quote.

Art. 195 (Obbligazioni delle società di scopo)

1. Le società di scopo possono emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori istituzionali e dei clienti professionali indicati nell'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e nei regolamenti attuativi o delle loro controllanti e controllate ai sensi dell'articolo 1, commi 6-bis.1 e 6-bis.2 dello stesso testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998. Le obbligazioni e i titoli di debito di cui al primo periodo possono essere dematerializzati e non possono essere trasferiti a soggetti che non siano investitori istituzionali o clienti professionali. In relazione ai titoli emessi ai sensi del presente articolo non si applicano gli articoli 2413, 2414-bis, commi primo e secondo, e da 2415 a 2420 del codice civile.

2. L'emissione di obbligazioni è ammessa esclusivamente per finanziare ovvero rifinanziare il debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità.

3. La documentazione di offerta contiene in modo chiaro ed evidente l'avvertimento circa il grado di rischio associato all'operazione.

4. Il collocamento delle obbligazioni e altri titoli di debito emessi dalla società di scopo avviene nel termine massimo di diciotto mesi, ovvero in quello inferiore fissato dal contratto di concessione, decorso il quale il contratto è risolto di diritto salvo che, nel frattempo, siano state reperite altre forme di finanziamento.

5. Le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario, ovvero fino alla scadenza delle obbligazioni e dei titoli medesimi, possono essere garantiti secondo modalità disciplinate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del codice. Fino all'entrata in vigore di tale decreto, si applica il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 7 agosto 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 210 dell'8 settembre 2012.

6. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 5 si applicano anche alle società operanti nella gestione dei servizi di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture di trasporto di gas e delle concessioni di stoccaggio di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture facenti parte del Piano di sviluppo della rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica, alle società titolari delle autorizzazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica di cui al codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 e alle società titolari delle licenze individuali per l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche di cui al predetto codice delle comunicazioni elettroniche, nonché a quelle titolari delle autorizzazioni di cui all'articolo 46 del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222. Per le finalità relative all'applicazione del presente comma il decreto di cui al comma 5 è adottato di concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy.

7. Le garanzie reali, personali e di qualunque altra natura, incluse le cessioni di credito a scopo di garanzia

che assistono le obbligazioni e i titoli di debito, possono essere costituite in favore dei sottoscrittori o anche di un loro rappresentante che sarà legittimato a esercitare in nome e per conto dei sottoscrittori tutti i diritti, sostanziali e processuali, relativi alle garanzie medesime.

SOMMARIO: 1. Obbligazioni della società di scopo. I project bond.

1. Obbligazioni della società di scopo. I project bond. – La società di progetto può poi sempre, al fine di agevolare l'afflusso di liquidità, emettere obbligazioni e titoli di debito i cosiddetti *project bond*.

Rispetto a questo profilo, stante il fallimento della previgente disciplina, in ragione della deroga prevista all'articolo 2412 del Codice civile e delle lacune incertezze interpretative che ne erano derivate, l'articolo 195 del Codice espressamente prevede che la sottoscrizione non sia aperta ai risparmiatori ma sia consentita soltanto a soggetti autorizzati ad operare nei mercati finanziari che, pertanto, si presume siano in grado di valutare i rischi che secondo quanto riportato al comma 3, devono essere chiaramente evidenziati nella documentazione di offerta che, tra l'altro, deve contenere in modo chiaro ed evidente l'avvertimento circa il grado di rischio associato alla operazione. Nella riscrittura dell'articolo 195 viene espressamente prevista la deroga agli articoli 2413 e 2414 bis del Codice civile nonché degli articoli 2415 e 2420 del Codice civile. Deroghe che altro non sono che una conseguenza logica della deroga primaria dell'articolo 2412 c.c.

Al fine di incentivare l'emissione dei *project bond*, la legge ha introdotto un sistema di garanzie all'interno della disciplina dettata con il d.m. 7 agosto 2012 in forza della quale nel momento che precede l'avvio della gestione dell'infrastruttura, e cioè fino a quando l'opera finanziata non cominci a produrre i flussi di cassa destinati alla remunerazione del capitale, i titoli possono essere garantiti dai soggetti sopra indicati, e questo anche dopo l'avvio della gestione dell'infrastruttura per il rifinanziamento del debito precedentemente contratto. Soggetti che sono espressamente individuati e identificati nelle banche italiane e comunitarie, nonché nelle banche extracomunitarie autorizzate ad operare in Italia con o senza stabilimento di succursale; negli intermediari finanziari iscritti all'albo di cui all'articolo 106 del TUB; nelle imprese di assicurazione autorizzate ovvero ammesse in regime di libera prestazione dei servizi all'attività di assicurazione relativa al ramo danni per classificazione 14 (credito) e 15 (cauzione) di cui all'articolo 2 del decreto legislativo n. 209 del 2005, iscritte all'albo delle imprese istituito presso l'ISVAP oggi IVASS; nella cassa depositi e prestiti Spa; nella Sace Spa; nella banca europea degli investimenti di cui all'articolo 308 del trattato sul funzionamento dell'unione europea. La norma espressamente prevede che le garanzie sono rilasciate sulla base della valutazione del merito di credito del soggetto emittente e dell'adeguata sostenibilità economico finanziaria degli investimenti, tenendo conto della redditività potenziale dell'opera, anche sulla base del relativo piano economico finanziario (art. 4).

Al riguardo preme sottolineare la necessità, nei casi in cui si è in presenza di garanzie pubbliche che comportano una redistribuzione dei rischi tra le parti, di verificare se l'effetto combinato delle garanzie e del contributo pubblico, concorre a coprire più del 50% del costo dell'opera, al fine della corretta contabilizzazione nel bilancio pubblico.

Alla luce delle osservazioni riportata in precedenza, dunque, lo schema tipico prevede che finanziatori e investitori si basino esclusivamente o parzialmente sul flusso di cassa che viene generato dal progetto per rimborsare i prestiti e ottenere un ritorno sugli investimenti.

Dunque, la struttura finanziaria deve essere progettata in modo da ottimizzare i costi del finanziamento necessario per la realizzazione del progetto evidenziando l'allocazione dei rischi tra soggetto pubblico e soggetto privato, così come definita nel contratto di *project*. Inoltre, essa deve assicurare una buona gestione dei rischi finanziari.

La centralità dell'allocazione dei rischi rileva non soltanto nell'ambito del rapporto tra settore pubblico e quello privato ma ha una fondamentale importanza anche l'allocazione dei rischi tra le varie parti del settore privato.

Il richiamo a questi profili è importante soprattutto per la definizione dei criteri e delle ragioni che hanno spinto l'amministrazione alla scelta della formula del *project financing*, ciò in quanto devono emergere alcuni elementi come chiarito anche dallo stesso DIPE nella guida del 2022 (PPP: 100 D7R - IV edizione 2022):

- i flussi e i ricavi devono risultare sufficienti alla copertura dei costi di gestione e alla remunerazione del capitale investito da soci e banche;
- la componente gestionale deve rivestire un'importanza considerevole;
- il soggetto privato deve assumersi l'onere del finanziamento con rivalsa del soggetto finanziatore limitato all'attività finanziaria, cioè senza alcuna garanzia pubblica;
- il soggetto privato deve assumere una parte consistente dei rischi connessi alla realizzazione gestione del progetto.

Inoltre, devono essere evidenziati quei vantaggi per l'amministrazione che giustificano il ricorso all'operazione di *project financing*:

- la possibilità di realizzare un'iniziativa di notevole interesse per la collettività limitandone l'impatto sul bilancio pubblico senza assumere il rischio di costruzione, finanziario di mercato, che dovrebbero essere posti a carico dei privati.

- l'opportunità di perseguire una più elevata qualità della progettazione, tempi ridotti di realizzazione e maggiore efficienza gestionale.

L'insieme delle analisi che vengono svolte per individuare la possibilità e il vantaggio per la pubblica amministrazione di ricorrere a uno strumento di partenariato pubblico privato e in particolare al *project financing* viene comunemente indicato come PPP test con il quale si verifica la presenza di alcune condizioni necessarie per l'utilizzazione degli schemi di *project* e di partenariato in generale:

- un quadro normativo e regolatorio compatibile;
- l'esistenza di rischi trasferibili al soggetto privato;
- la capacità organizzativa e la presenza di competenze da parte dell'amministrazione concedente per intraprendere un'operazione di PPP;
- la possibilità di praticare meccanismi di pagamento riconducibili a precisi livelli quantitativi e qualitativi di performance del servizio;
- l'eventuale tariffabilità dei servizi da erogare e la verifica del consenso della collettività a pagare tali servizi.

PARTE III *Della locazione finanziaria*

Art. 196 (Definizione e disciplina)

1. *Per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (leasing).*

2. *La società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.*

3. *Se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell'articolo 177, si applicano, per quanto non previsto dal presente articolo, le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato. In caso contrario si applicano le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori.*

4. *Per l'aggiudicazione del contratto di cui al comma 1 l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario. L'aggiudicatario predispone i successivi livelli progettuali ed esegue l'opera.*

5. *Se l'offerente è un raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto. Il soggetto finanziatore può presentare l'offerta anche singolarmente, ricorrendo in tal caso all'avalimento del soggetto realizzatore.*

6. *Uno o più soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione, possono essere sostituiti in fase di gara o di esecuzione con altri soggetti aventi medesimi requisiti e caratteristiche. L'ente concedente può negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto indicato a subentrare non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi e oggettivi.*

7. *L'adempimento delle obbligazioni dell'ente concedente resta in ogni caso condizionato all'esito positivo del collaudo, ovvero della verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite. Il soggetto aggiudicatario assicura la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto.*

8. *L'opera oggetto di locazione finanziaria segue il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi a condizione che, nel contratto medesimo, sia stabilito che al termine del periodo di locazione il committeente è obbligato al riscatto.*

L'ente concedente può concedere il diritto di superficie sull'area pubblica dove realizzare l'opera.

9. *L'opera può essere realizzata anche su un'area nella disponibilità dell'aggiudicatario. Si applica, anche in tal caso, il primo periodo del comma 8.*

10. *Il contratto prevede la facoltà di riscatto anticipato.*

SOMMARIO: 1. Il contratto di *leasing* pubblico. – 2. L'art. 196. – 3. Tipologie di *leasing* immobiliare. – 4. L'operazione di *leasing* immobiliare. – 5. La dualità del contratto di *leasing*. – 6. Gara unica e studio di fattibilità. – 7. Il raggruppamento temporaneo eterogeneo. – 8. L'avvalimento atipico. – 9. I beni e i diritti reali oggetto di *leasing*. – 10. Il regime dell'opera e delle arce. Il riscatto. – 11. Il canone. L'esecuzione e i rapporti tra finanziatore e realizzatore. – 12. La contabilizzazione delle operazioni di *leasing*.

1. Il contratto di *leasing* pubblico. – La natura contrattuale del *leasing* è stata oggetto di un processo di tipizzazione socio-giurisprudenziale nel corso del tempo. Inoltre, la dottrina e la giurisprudenza civilistica e commerciale hanno dedicato notevole attenzione alle numerose e complesse questioni problematiche che hanno circondato questo tipo di contratto nel corso degli anni disciplinato sporadicamente da norme di settore in contesti specifici e pertanto privo di una disciplina unitaria. In effetti, come nota la dottrina³⁷⁶⁹, il *leasing* finanziario pur nominato con una prima definizione normativa³⁷⁷⁰ e poi regolato in diversi campi³⁷⁷¹, «si è caratterizzato, tuttavia, per lungo tempo come una figura negoziale che ha fondato una parte importante della propria disciplina sulla prassi, in particolare sulle condizioni generali di contratto predisposte dalle società concedenti, nonché sui numerosi interventi giurisprudenziali negli anni susseguiti in relazione alle più rilevanti e controverse questioni in merito emerse»³⁷⁷².

Questa figura comincia ad affermarsi anche nel settore pubblico per una serie di ragioni. La prima ragione è data dalla difficoltà nel reperire fondi per l'acquisto dei beni³⁷⁷³. La seconda si individua nei vincoli di finanza pubblica a cominciare dai vincoli di derivazione euro-unitaria che nonostante la presenza di fondi non hanno permesso di superare i predeterminati livelli quantitativi di indebitamento. La terza ragione che è la conseguenza e la reazione alla seconda si individua nell'ingegneria finanziaria volta ad applicare strumenti destinati ad evitare o aggirare i vincoli di finanza pubblica.

In effetti, la maggiore e migliore prassi sul *leasing* pubblico, e il conseguente adattamento del legislatore, si è formata in seno alla Corte dei conti nell'esercizio delle sue funzioni consultiva e di controllo, e che per ragioni di «materia di contabilità pubblica», hanno affrontato l'istituto quando parte ne è la pubblica amministrazione e, in particolare, gli enti locali per i quali la Corte dei conti in sezioni regionali di controllo presta attività consultiva. Le determinazioni del giudice contabile hanno avuto un importante impatto sull'inquadramento e sul conseguente sistema di contabilizzazione di questo tipo di operazioni, considerandole imputabili, o non, a bilancio, e quindi *on-balance* o *off-balance sheet*, e perciò ascrivibili, o non, a indebitamento.

Se in passato, la discussione si concentrava principalmente sulla scarsità delle risorse, sui vincoli di bilancio e sulle sfide legate alla disponibilità di finanziamenti per soddisfare i bisogni pubblici, oggi la situazione è quasi paradossale e senza precedenti, in considerazione dell'ingente *stock* di denaro a disposizione della Nazione per effetto dei fondi europei di Next Generation EU nei quali si inserisce il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e altresì il Piano nazionale complementare (PNC). Anche in situazioni di eccesso di finanziamento lo strumento del *leasing* si potrebbe rivelare utile in particolare come forma di anticipazione

³⁷⁶⁹ Così V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma, 2018, 19.

³⁷⁷⁰ La prima definizione è riconducibile all'art. all'art. 17 della l. 2 maggio 1976, n. 183, Disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno per il quinquennio 1976-80, il quale al comma 2 ha previsto che «Per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili e immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore, che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest'ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro versamento di un prezzo prestabilito».

³⁷⁷¹ Le altre le disposizioni di settore che nel corso degli anni hanno regolato specifici profili di *leasing* finanziario in campo fiscale e tributario, agevolativo, antinfortunistico, penale si individuano con: l'art. 15, l. 24 maggio 1977, n. 227; l'art. 8, l. 2 maggio 1977, n. 675; il D. Ministero del tesoro 4 agosto 1977 sulla determinazione del tasso di attualizzazione del contributo in conto canoni sulle operazioni di locazione finanziaria, l'art. 17, lett. b, l. 21 maggio 1981, n. 240; l'art. 7, l. 2 maggio 1983, n. 178; gli artt. 91 e 196, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285; la l. 14 luglio 1993, n. 259 di ratifica ed esecuzione della Convenzione Unidroit fatta ad Ottawa il 28 maggio 1988, nel cui titolo si fa espreso riferimento al «*leasing* finanziario internazionale», il D. Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato 12 luglio 1988 sui contratti di *leasing* agevolato, la l. 7 marzo 1996, n. 108, gli artt. 121 ss. del t.u.b. in tema di credito al consumo, l'art. 72-*quater* e l'art. 169-*bis* l. fall., nonché il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 sul *rent to buy*, gli artt. 1341 e 1342 c.c. in tema di condizioni generali di contratto, gli artt. 117, 118 e 119 del t.u.b. sulla trasparenza delle condizioni contrattuali, gli artt. 10 e 106 del t.u.b. contenenti prescrizioni in tema di requisiti soggettivi necessari per l'esercizio delle attività finanziarie, la Legge di Stabilità 2016, l. 28 dicembre 2015, n. 208, sul *leasing* immobiliare abitativo.

³⁷⁷² V. VITI, *o.l.u.c.*

³⁷⁷³ A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche*, 13 ed, I, 2018, 49 ss. La questione dei bisogni pubblici e dei metodi di finanziamento è sempre stata al centro del dibattito tra gli esperti, ma oggi assume contorni particolarmente complessi e inediti. Questo dibattito coinvolge aspetti economici, finanziari e politici, ed è amplificato dalla situazione contingente in cui si trova il Paese.

della provvista ma anche come strumento alternativo all'appalto sia per una maggiore velocità di affidamento sia per ragioni contabili³⁷⁷⁴.

Nel settore pubblico la disciplina del *leasing* immobiliare non era tipizzata fino alla sua espressa previsione con la Legge finanziaria per il 2007. Per agli appalti di forniture pubbliche vi era invece l'inclusione esplicita della locazione finanziaria, della locazione e dell'acquisto a riscatto con o senza opzioni per l'acquisto, negli artt. 2, d.lgs. n. 358/1992 e 1, d.P.R. n. 573/1994 che riflettevano le disposizioni delle direttive CEE n. 88/295 e n. 93/36.

Per lungo tempo, è stata oggetto di discussione la questione relativa alla possibilità di utilizzare il *leasing* nel settore pubblico³⁷⁷⁵. Il *leasing*, d'altra parte, rappresentava un contratto atipico, non disciplinato in modo specifico da norme di legge, e aveva una natura contrattuale basata sulla libertà negoziale delle parti³⁷⁷⁶.

In base ad una prima teoria il *leasing*, essendo un contratto atipico, non poteva essere utilizzato dalla pubblica amministrazione, in quanto essa dovrebbe regolarsi esclusivamente attraverso atti amministrativi tipici³⁷⁷⁷. I fautori di tale teoria ritenevano di escludere l'applicabilità del *leasing* pubblico almeno fino a quando esso non avesse acquisito dignità di contratto normativo e non ne fossero individuati i relativi procedimenti dell'evidenza pubblica nella loro tipicità³⁷⁷⁸.

Posizione diventata recessiva e criticata sulla scorta dell'assunto che le persone giuridiche pubbliche avessero la stessa soggettività piena e la legittimazione illimitata di quelle private, tranne il caso in cui ci fosse una norma che le derogasse. Il solo limite che il soggetto pubblico poteva incontrare era quello di perseguire il fine pubblico³⁷⁷⁹.

Anche la Corte dei conti riconosceva la piena autonomia contrattuale degli enti pubblici territoriali e la loro legittimazione a stipulare contratti di locazione finanziaria nel rispetto della finalizzazione al perseguimento dei fini istituzionali³⁷⁸⁰. Perciò il limite (anche per la Corte dei conti) non risiedeva nello strumento contrattuale utilizzabile, bensì nel fine da perseguire. Oltretutto veniva accolto correttamente il principio in base al quale la natura del contratto di *leasing* si conciliava con le procedure dell'evidenza pubblica, con particolare risalto al criterio dell'economicità³⁷⁸¹. Da questo ordine di idee si poteva dedurre che il *leasing* doveva rientrare a pieno titolo tra i contratti (normativi o innominati) di cui la pubblica amministrazione poteva

³⁷⁷⁴ Nell'ottica del PNRR i settori di possibile operatività del *leasing* sono: efficienza energetica riqualificazione edifici scolastici ed edifici giudiziari, servizi di istruzione che riguardano la costruzione di nuovi asili nido, alloggi per studenti, riqualificazione edilizia scolastica, impianti sportivi e ammodernamento parco tecnologico e digitale ospedaliero, cfr. F. PASTORE, *Il leasing come strumento complementare per l'attuazione del PNRR*, in *Rivista di informazione dell'Associazione Italiana Leasing*, 3, 2021, 2-8.

³⁷⁷⁵ Per una ricostruzione si v. S. BONPADRE, *Il bilanciamento degli interessi tra le parti giustifica l'immediato trasferimento del rischio*, in *GDs*, n. 39, 1995, 42; A. ELEFANTE, *Il leasing operativo e la sua problematica giuridica*, in *ImA*, 1975, 688 ss.; R. CLARIZIA, *I contratti di finanziamento. Leasing e factoring*, Torino, 1989, 91; Id., *Note in tema di leasing pubblico*, in *RTApp.* 3, 1988, 5; V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Il leasing profili civilistici e tributari*, Milano, 1975, 3 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, 3 ed., Milano, 1995, 19; Id., *Nuovi contratti*, Torino, 1990, 193; V. CALANDRA BUONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *RDC*, II, 1978, 181 ss.; G. TUCCI, *Aspetti contrattuali nel leasing pubblico*, in *RTApp.*, I, 1989, 5; G. MOR, *Il Leasing e la pubblica amministrazione*, in *Il leasing pubblico*, 89 ss.; F. CINTIOLI, *Locazione finanziaria*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, *Trattato sui contratti pubblici, V, Concessioni di lavori e servizi, Partenariati, Precontenzioso e Contenzioso*, Milano, 2019, 280-290.

³⁷⁷⁶ Sul punto sia consentito il rinvio a A. CRISMANI, *Il leasing pubblico*, in *CSEP*, 4, 1996, 305-315.

³⁷⁷⁷ S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 17 ss. Posizione non affatto pacifica, che richiamava la normativa sui contratti pubblici all'epoca vigente ed elaborava la teoria del c.d. principio positivo secondo la quale la capacità degli enti pubblici era circoscritta alle sole ipotesi contrattuali previste positivamente dal legislatore.

³⁷⁷⁸ S. ZAMBARDI, *Contratti atipici e responsabilità dei pubblici amministratori, nota a sent. Corte dei conti, Sez. giurisdiz. per la Regione siciliana*, in *CSEP*, I, 1994, 61 ss.; G. VICICONTE, *I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019.

³⁷⁷⁹ L'esistenza in capo a ciascun ente pubblico di una generale capacità di diritto privato è da ritenersi un dato ormai acquisito in dottrina e anche in giurisprudenza, tra tanti si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, 344 ss.; M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 414; V. CERULI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, p. 18; CCE, Sez. un. 16 aprile 1952, n. 983; CONS. DI ST., Sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374; CONS. DI ST., Sez. VI, 4 dicembre 2001 n. 6073.

³⁷⁸⁰ CCo, Sez. Enti locali, *Relazione sui risultati dell'esame della gestione finanziaria e dell'attività degli enti locali per l'esercizio finanziario 1986*, Del. n. 686/1988; T. PARENZAN, *I principi generali della contabilità pubblica*, Lezioni, Università, Trieste, 1991, 20 ss.

³⁷⁸¹ G. MORBIDELLI, *Realizzazione di opere pubbliche tramite contratti di leasing finanziario: profili procedurali*, in *RTApp.*, I, 1988, 5.

servirsi³⁷⁸².

2. L'art. 196. – L'introduzione nella materia dei contratti pubblici della locazione finanziaria, e quindi la sua tipizzazione e generalizzazione, si deve all'art. 1 commi 907 ss. della l.f. per il 2007³⁷⁸³ in base al quale «per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria».

Con il d.lgs. 113/2007 (secondo correttivo al Codice De Lise del 2006) la locazione finanziaria è stata inserita all'art. 160bis del Codice del 2006, quale mezzo per «la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità», consolidandosi come una figura tipica³⁷⁸⁴.

Successivamente con il d.lgs. n. 152/2008 il legislatore ha qualificato la locazione finanziaria di cui all'art. 160bis quale «appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo».

In proposito, è stato osservato che «se si realizza un collegamento stretto tra il *leasing* e l'appalto dei lavori, la prestazione principale è individuabile nella realizzazione dell'opera – destinata ad entrare a far parte del patrimonio dell'amministrazione – mentre il *leasing* è il mezzo per conseguire il finanziamento. In questo senso il terzo correttivo nel Codice ha esplicitamente puntualizzato che la locazione finanziaria di cui si avvale la pubblica amministrazione costituisce ordinariamente "appalto pubblico di lavori", salvo che essi rivestano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale contratto»³⁷⁸⁵.

I contenuti dell'art. 160bis Codice del 2006 sono stati in seguito ripresi dall'art. 187 Codice del 2016³⁷⁸⁶.

Con il nuovo Codice del 2023 la disciplina è stata ripresa nell'art. 196 con le differenze che seguono.

L'art. 196 si distingue, sotto il profilo della definizione e qualificazione dell'istituto in esame, dalle precedenti disposizioni in quanto:

- il comma 1 esplicita la finalità dell'istituto, ovvero sia quella di finanziamento della realizzazione, acquisizione e completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità. Fornisce altresì una chiarificazione terminologica con la parentesi "*(leasing)*" che viene utilizzata per indicare che il termine "*leasing*" è un sinonimo o una spiegazione del concetto di locazione finanziaria.

- il comma 2 individua la modalità operativa dell'istituto e riconosce espressamente l'utilizzabilità dell'istituto anche in relazione ad un bene già esistente: "La società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori";

- il comma 3 evidenzia la diversa configurazione che il contratto di locazione finanziaria può assumere, disponendo che "Se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell'art. 177, si applicano, per quanto non previsto dal presente articolo, le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato. In caso contrario si applicano le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori".

- i commi 8 e 9 prevedono la condizione obbligatoria del riscatto ove l'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria segue il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi e quando l'opera è realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario.

- il comma 10 prevede la facoltà del riscatto anticipato.

3. Tipologie di leasing immobiliare. – L'articolo 196 ha ad oggetto solamente la locazione finanziaria di

³⁷⁸² A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, in *RGE*, 6, 2023, 451.

³⁷⁸³ L. 27 dicembre 2006, n. 296, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007) abrogata dal d.gs. 31 luglio 2007, n. 113 che prevedeva "Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62".

³⁷⁸⁴ T.A.R. LOMBARDIA, Brescia, Sez. II, 5 maggio 2010, n. 1675.

³⁷⁸⁵ Sull'applicabilità in generale delle norme sull'appalto di lavori anche G. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *FATAR*, 3, 2012, 1039 ss.

³⁷⁸⁶ Nell'art. 1, comma 1, lett. ss), l. 28 gennaio 2016, n. 11 (recante la delega per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) viene prescritto al legislatore delegato di provvedere alla «razionalizzazione ed estensione dei contratti di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria delle opere pubbliche e di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici per il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti».

opere pubbliche o di pubblica utilità (*leasing* immobiliare) mentre non si occupa degli altri possibili utilizzi di questa tipologia contrattuale, quali l'acquisizione della disponibilità di beni mobili (*leasing* mobiliare).

Il *leasing* immobiliare previsto nel Codice si suddivide nel *leasing immobiliare in costruendo*, quando è finalizzato alla realizzazione o al completamento dei beni oggetto di intervento e nel *leasing immobiliare costruito*, laddove sia diretto alla sola acquisizione di opere pubbliche.

Entrambe le tipologie citate di *leasing* immobiliare generano un rapporto trilaterale che vede coinvolti: il *lessee* (utilizzatore) che è la pubblica amministrazione interessata al godimento di un bene, il *lessor* (concedente) che è il soggetto costruttore o quello che aliena il bene e la società di *leasing* (finanziatore) che acquista il bene e ne mantiene la proprietà fino al momento del riscatto da parte dell'utilizzatore.

Il *leasing* immobiliare *in costruendo* è l'operazione contrattuale mediante la quale un ente pubblico demanda ad un soggetto terzo la costruzione o il completamento di un'opera pubblica e, contestualmente, procede alla sua locazione finanziaria per un determinato periodo ad un canone prefissato, riservandosi alla scadenza l'opzione di acquisto definitivo del bene, ad un prezzo prestabilito³⁷⁸⁷.

La procedura ad evidenza pubblica può vedere, quindi, coinvolti tre soggetti: la pubblica amministrazione, che svolge il ruolo di committente, esegue la progettazione dell'opera da porre a base di gara, sceglie gli altri due soggetti (società di *leasing* e costruttore), controlla l'esecuzione dell'opera e ne verifica la regolare esecuzione; la società di *leasing*, che partecipa alla gara con il costruttore-appaltatore e assume tutti i rischi di realizzazione dell'investimento, mentre trasferisce al costruttore tutti i rischi non finanziari; il costruttore, che realizza l'opera.

Il *leasing* immobiliare *in costruendo* è stato ricondotto alla figura del *leasing* traslativo, in quanto un soggetto finanziatore anticipa alla pubblica amministrazione i fondi necessari per eseguire l'opera pubblica e assume i relativi rischi economico-finanziari, mentre la pubblica amministrazione provvede al pagamento dei canoni e al riscatto dell'opera alla scadenza del contratto, effettuando anche un fondamentale ruolo in fase di progettazione e controllo nel corso dell'esecuzione dell'opera³⁷⁸⁸.

La complessità nell'oggetto del contratto di *leasing in costruendo* ha storicamente determinato dubbi sul carattere unitario di tale figura contrattuale. Il *leasing in costruendo* presenta un oggetto composito dato che esso ricomprende sempre al suo interno sia un appalto di lavori, che una fornitura di servizi finanziari, ma può prevedere anche ulteriori servizi aggiuntivi³⁷⁸⁹. Nell'ambito del bando, sarà onere dell'amministrazione appaltante definire con chiarezza se il contratto ha per oggetto solamente il finanziamento e la realizzazione dell'opera o se sono previsti pure altri servizi quali, per esempio, la manutenzione o la gestione dell'opera³⁷⁹⁰.

Il *leasing* immobiliare costruito, rivolto all'acquisto di immobili già esistenti, invece, sarebbe connotato dalla componente di finanziamento puro. Si è, dunque, evidenziato in proposito che, ai sensi dell' (allora vigente) art. 19, d.lgs. n. 163/2006 (oggi, art. 56 d.lgs. n. 36/2023) il Codice dei contratti pubblici non poteva applicarsi al contratto avente per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili, rimanendo tuttavia i soli contratti di servizi finanziari, conclusi anteriormente, contestualmente o successivamente all'acquisto o alla locazione, nel campo di applicazione del Codice. Di conseguenza, è stato ritenuto 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*³⁷⁹¹.

Nel *leasing* immobiliare costruito l'amministrazione non stipula due distinti contratti (la compravendita e il contratto di finanziamento), ma un unico contratto atipico il quale, al contempo, realizza di fatto l'acquisizione della disponibilità di un immobile da parte dell'amministrazione (senza determinare nei suoi confronti la compravendita) e il finanziamento della stessa da parte della società di *leasing* (che acquista l'immobile e lo concede in godimento all'amministrazione)³⁷⁹².

³⁷⁸⁷ CCo, Sez. contr. Emilia Romagna, 19 gennaio 2012, n. 5/2012/PAR.

³⁷⁸⁸ T.A.R. LOMBARDIA, Brescia, Sez. II, 5 maggio 2010, n. 1675.

³⁷⁸⁹ Secondo un primo indirizzo, prevalente nella giurisprudenza della Cassazione, si sarebbe in presenza di un collegamento funzionale tra due diversi contratti (si veda, in tal senso, CCA., civ., Sez. III, 8 marzo 2005, n. 5003 e T.A.R. BRESCIA, Sez. II, 5 maggio 2010, n. 1675). Secondo un diverso orientamento, si tratterebbe, invece, di una figura contrattuale unitaria, qualificata in termini di contratto plurilaterale (così, ad esempio, Cassazione civ., II, 26 gennaio 2000, n. 854). 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 CCA, Sez. II, 26 marzo 2010, n. 7305).

³⁷⁹⁰ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing, o.c.*

³⁷⁹¹ AVCP, det., 22 maggio 2013, n. 4, *Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità*.

³⁷⁹² A. CRISMANI, R. FUSCO, *Locazione finanziaria di opere pubbliche*, in *L'Amministrativista.it*, 30 dicembre 2016.

Tali conclusioni appaiono mantenere validità ancor oggi, nonostante l'art. 196 del Nuovo Codice, pur ricomprendendo nella locazione finanziaria il contratto finalizzato all'acquisizione di un bene già esistente (commi 1 e 2), introduca una sorta di alternatività, nella qualificazione dell'operazione, solo tra partenariato pubblico-privato e appalto di lavoro (comma 3), non citando, invece, l'appalto di servizi.

4. L'operazione di leasing immobiliare. – In base all'art. 196, comma 2, uno degli elementi connotanti l'istituto è la presenza in capo alla pubblica amministrazione di un canone che è periodico e fisso ed è “comprensivo di eventuali servizi accessori”.

La previsione di “eventuali servizi accessori” nel canone periodico presuppone che il contratto di *leasing* possa comprendere non solo il semplice utilizzo del bene, ma anche servizi aggiuntivi o correlati, come manutenzione, assicurazione o altri servizi specifici legati al bene. Questione non di poco ai fini dell'imputazione della spesa tra quella corrente o quella d'investimento come si vedrà appresso.

Questo aspetto porta a individuare gli ambiti nei quali l'operazione possa collocarsi. La locazione finanziaria, si presta in particolare alla realizzazione delle c.d. “opere fredde” – improduttive, destinate all'utilizzazione diretta da parte della pubblica amministrazione³⁷⁹³, specie quando risulti assente o marginale l'aspetto gestionale o quando sia più complesso prevedere l'erogazione dei servizi a carico del privato (quali, ad esempio, scuole, uffici, carceri, ospedali). In teoria si potrebbe utilizzarlo anche per le opere calde tuttavia resterebbero in carico dell'amministrazione tutti le incombenze relative alla gestione (che spesso non rientra tra le finalità o capacità immediate dell'amministrazione stessa). Per le opere calde si predilige lo strumento del *project financing*. Quest'ultimo, invece, se applicato alle opere fredde a prescindere dal dato nominale attribuito dalle parti, sarà di fatto un mero contratto di *leasing*.

In effetti, la locazione finanziaria meglio si adatta alle opere che possono prevedere l'erogazione di servizi a favore della stessa amministrazione o dei cittadini-utenti, da parte del concessionario (come, ad esempio, le strutture ospedaliere in cui la gestione dei servizi non medicali rappresenta la controprestazione a favore del concessionario, anche se accompagnata da un “prezzo”) oppure – e soprattutto – alle opere in cui sia assente o scarso (di norma limitato alle sole attività di manutenzione e di assistenza tecnica sugli impianti) l'aspetto gestionale e/o per le quali sia più complesso prevedere l'erogazione dei servizi a carico del privato (es. scuole, uffici pubblici, carceri)³⁷⁹⁴.

Tenendo conto di tali caratteristiche il *leasing* può essere un efficace strumento di finanziamento per gli investimenti pubblici, in aggiunta alla concessione di costruzione e gestione per alcune tipologie di opere pubbliche. Questo permette all'amministrazione di mantenere il controllo sulla gestione delle opere pubbliche.

Quando si opta per un'operazione di *leasing*, ci sono diversi vantaggi da considerare. Innanzitutto, la pubblica amministrazione può reperire le risorse finanziarie necessarie da un soggetto privato³⁷⁹⁵.

La collaborazione tra la società di *leasing* e il soggetto costruttore consente di ottenere il capitale richiesto per la realizzazione dell'investimento in linea con l'avanzamento del progetto.

Inoltre, l'opera deve essere consegnata “chiavi in mano” all'amministrazione senza dover espletare plurimi procedimenti di gara (per progettazione, mutuo, realizzazione, arredo, manutenzione, fornitura di energia elettrica e gas, etc.), pronta all'uso e completa in ogni sua parte, compresi impianti, allacciamenti e autorizzazioni.

La manutenzione, oggi prevista per legge (cfr. infra comma 7, art. 196) deve essere inclusa per tutta la durata del contratto di *leasing*. Il *leasing* elimina anche i rischi finanziari legati alla progettazione, costruzione, perizie, revisioni dei prezzi e caratteristiche tecniche dell'opera. Inoltre, semplifica il processo grazie a un *iter* procedurale unificato per la ricerca del finanziatore e del costruttore. Il costo dell'opera è definito sin dall'aggiudicazione del contratto di *leasing*, e la rata comprende eventuali servizi accessori come assistenza tecnica e coperture assicurative.

La società finanziatrice inizia a incamerare i canoni solo dopo il collaudo dell'opera, garantendo così la

³⁷⁹³ CCo, Sez. reg. contr., Lombardia, 1° marzo 2017 n. 36; T.A.R. LOMBARDIA, Brescia, sez. II, 5 maggio 2010, n. 1675.

³⁷⁹⁴ In tal senso, anche Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), *La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il partenariato pubblico privato*, Roma, Maggio 2008. L'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP) è stata istituita dalla legge 17 maggio 1999 n. 144, art. 7 presso il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE), trasferita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in seno al Dipartimento per la programmazione e coordinamento della politica economica, con il DPCM 31 gennaio 2017, ha operato fino all'entrata in vigore della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (Legge di Stabilità 2016) che, all'art. 1, comma 589, ha soppresso l'UTFP e trasferito al DIPE le relative funzioni in tema di Partenariato Pubblico Privato (PPP) e Finanza di Progetto.

³⁷⁹⁵ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, cit.

consegna nei tempi stabiliti. L'uso del *leasing* offre anche flessibilità nell'impatto sul bilancio pubblico e la possibilità di trasferire alcuni rischi alla società finanziatrice. In sintesi, il *leasing* rappresenta una soluzione vantaggiosa per finanziare investimenti pubblici, semplificando la gestione, garantendo il controllo dei costi e riducendo i rischi finanziari per l'amministrazione³⁷⁹⁶.

I vantaggi economici derivabili, in concreto, da tale contratto dipendono dall'importo del canone (che, oltre al costo di costruzione del bene, comprende gli interessi sul capitale investito dal privato, la remunerazione del suo utile d'impresa, etc.), dai costi accessori, sia iniziali che successivi (per esempio, di eventuale indicizzazione della rata), dalle penalità in caso di ritardo nella corresponsione, dalla presenza della facoltà ovvero dell'obbligo di riscattare il bene (e relativo ammontare), dalla concessione di garanzie da parte dell'amministrazione committente nella fase di realizzazione o gestione dell'opera, etc.³⁷⁹⁷.

5. La dualità del contratto di leasing. – Nell'attuale Codice la locazione finanziaria è espressamente ricompresa tra i contratti con i quali può essere realizzata un'operazione di partenariato pubblico-privato questo dato è importante a fini di contabilizzazione dell'opera e si adatta, come vedremo appresso, agli orientamenti del Controllore contabile.

Per inciso il comma 3 dell'art. 174 prevede che: «Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela»³⁷⁹⁸.

Inoltre la locazione finanziaria per effetto dell'art. 198, comma 1, può costituire oggetto di partenariato pubblico-privato ad iniziativa privata («Le proposte di cui all'art. 193, comma 1, primo periodo, possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato»)³⁷⁹⁹.

Tuttavia, la qualificazione precisa di un contratto di locazione finanziaria rispettivamente come partenariato pubblico-privato o appalto pubblico di lavori, dipende dalle condizioni specifiche, in particolare, dal trasferimento del rischio operativo.

In effetti, per quanto riguarda la qualificazione del *leasing* finanziario come contratto di partenariato pubblico-privato o piuttosto come appalto di lavori interviene il comma 3 dell'art. 196. Quest'ultimo dispone che: «Se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell'art. 177, si applicano, per quanto non previsto dal presente articolo, le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato. In caso contrario si applicano le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori».

Del pari l'art. 177 al comma 6 nel secondo periodo prevede che: «Non si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto».

L'art. 196 fa, dunque, dipendere la qualificazione del contratto (e la disciplina applicabile) dall'allocatione del rischio. Questa doppia valenza del contratto inoltre si riflette sulla contabilizzazione delle spese generate e l'art. 196 opera l'auspicata armonizzazione tra la disciplina sostanziale del Codice e quella finanziario-contabile³⁸⁰⁰.

In tal modo si viene a creare un'efficace «correlazione tra la disciplina dei contratti di partenariato pubblico privato e la definizione delle fonti di indebitamento ai sensi dell'art. 3, comma 17, della l. n. 350/2003» nonché con il Principio contabile n. 3.25, All. 4/2 al d.lgs. n. 118/2013 e le disposizioni del Regolamento (UE) n. 549/2013 relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali dell'Unione europea - SEC 2010.

Va altresì notato, sulla scorta delle determinazioni del Giudice contabile, che le disposizioni codicistiche non stabiliscono le condizioni di legittimità specifiche per i contratti di partenariato pubblico-privato, ma

³⁷⁹⁶ Il *leasing* permette un accesso più rapido ai beni necessari, senza l'onere immediato di un grosso esborso di capitale, e facilita una migliore gestione contabile, essendo spesso associato a vantaggi fiscali e a un impatto contabile ottimizzato. Tuttavia, potendo costituire una forma di indebitamento, essa deve essere utilizzato solo dove ricorrano particolari condizioni di convenienza e non al fine di eludere vincoli o limiti posti dalle regole di finanza pubblica, cfr. CCo, Sez. riun. contr., 16 settembre 2011 n. 49 e anche A. CRISMANI, *Il leasing pubblico*, in *CSEP*, 4, 1996, cit.

³⁷⁹⁷ CCo, Sez. reg. contr., Lombardia, 1° marzo 2017 n. 36.

³⁷⁹⁸ In materia, si v. questo Commentario *sub* art. 174.

³⁷⁹⁹ In materia, si v. questo Commentario *sub* art. 193.

³⁸⁰⁰ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, cit.

definiscono piuttosto le caratteristiche strutturali e sostanziali che devono essere presenti in un determinato accordo contrattuale affinché possa essere considerato conforme al modello negoziale del partenariato pubblico-privato³⁸⁰¹.

In virtù della regola della natura effettiva dell'operazione, qualora in un contratto di locazione finanziaria manchino uno o più di questi requisiti, ciò non implica automaticamente l'illegittimità dell'operazione, ma rende impossibile classificare l'operazione come un partenariato pubblico-privato, con l'applicazione delle relative normative, inclusa quella contabile³⁸⁰². In sostanza, queste disposizioni stabiliscono i criteri e gli *standard* che devono essere rispettati per qualificare un contratto come partenariato pubblico-privato, ma la mancanza di uno o più di questi requisiti non conduce necessariamente alla nullità dell'accordo³⁸⁰³.

La corretta allocazione dei rischi è, dunque, un elemento cruciale del *leasing* immobiliare *in costruendo* sia sotto il profilo della qualificazione dell'operazione come partenariato pubblico-privato o come appalto 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 profilo³⁸⁰⁴. Diversamente trovano applicazione le disposizioni sugli appalti³⁸⁰⁵.

La disposizione in questione richiama gli orientamenti presenti nell'attività consultiva e di controllo del Giudice contabile³⁸⁰⁶, secondo i quali la locazione di opere pubbliche prevista dall'art. 187 (del precedente Codice del 2016) rientra nella disciplina del contratto di partenariato pubblico-privato solo se la realizzazione dell'opera, la sua disponibilità e il beneficio ottenuto dall'operatore economico seguono il tipico schema negoziale del partenariato. Inoltre, il regolamento delle clause del contratto deve rispecchiare tutti i parametri e i criteri stabiliti nell'art. 180 (del precedente Codice)³⁸⁰⁷.

Alla base di tali determinazioni vi è dato contabile del SEC 2010, come interpretato in base all'Eurostat³⁸⁰⁸: «affinché le operazioni di partenariato pubblico privato possano essere considerate neutre ai fini del calcolo dell'indebitamento netto dello Stato membro, occorre che siffatti interventi incentivanti da parte delle amministrazioni siano contenuti in una misura inferiore al cinquanta per cento dei costi di capitale sostenuti dal privato, poiché, diversamente, il superamento di tale valore di fatto annullerebbe il maggior rischio a quel punto assunto solo formalmente dall'operatore economico privato».

Sul punto il Codice del 2016 all'art. 180, comma 6, prevedeva che il prezzo, che può anche consistere in un contributo pubblico, eventualmente riconosciuto in sede di gara dalla amministrazione aggiudicatrice nell'ambito di una procedura di affidamento di un contratto di partenariato, «sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari».

Attualmente nel Nuovo Codice vi è il rinvio esterno ad opera del comma 7 dell'art. 177 in virtù del quale: «Ai soli fini di contabilità pubblica si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat» (un simile rinvio si rinveniva già nell'art. 3, comma 1, lett. eee) del Codice del 2016). Inoltre la stessa norma specifica che: «In ogni caso, l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio» (*off-balance*). Quindi il rinvio alla percentuale ora è esterno e quindi alla normativa Eurostat.

³⁸⁰¹ *Ibidem*.

³⁸⁰² In effetti, ad avviso della giurisprudenza (CCo, Sez. riun. contr., 16 settembre 2011 n. 49): «Se l'operazione non rispetta i criteri indicati sopra non può essere considerata quale partenariato pubblico-privato e dovendo essere inserita nel calcolo del disavanzo e del debito nazionale, analogamente deve essere qualificata come operazione di indebitamento dell'ente territoriale». Pertanto l'assunzione dell'obbligo di pagamento del canone, ove non sussistano i requisiti indicati per il riconoscimento di operazione di partenariato pubblico-privato, rientra a pieno titolo nella nozione di indebitamento.

³⁸⁰³ CCo, Sez. reg. contr. Liguria, 20 gennaio 2022, n. 10.

³⁸⁰⁴ AVCp, det., 22 maggio 2013, n. 4, *Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità*.

³⁸⁰⁵ CONS. DI ST., Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", III, Relazione agli articoli e agli allegati, 7 dicembre 2022.

³⁸⁰⁶ CCo, Sez. reg. contr. Emilia Romagna, 21 gennaio 2021, n. 3.

³⁸⁰⁷ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, cit.

³⁸⁰⁸ EUROSTAT, *Manual on Government Deficit and Debt - Implementation of ESA 2010-2022*, Luxembourg, ed. 2022. Le regole contenute nel Manuale si occupano del trattamento contabile riservato alle operazioni di partenariato pubblico privato degli Stati membri ai fini del computo relativo al rispetto dei vincoli finanziari derivanti dall'appartenenza all'Unione europea ed esaminano gli elementi e gli indici da considerare ai fini dell'analisi dell'allocazione "in concreto" dei relativi rischi. Esse attribuiscono rilievo anche all'eventuale esistenza di forme di finanziamento o di garanzia da parte della pubblica amministrazione aggiudicatrice per il progetto in PPP.

Altro aspetto decisivo per qualificare un contratto come partenariato pubblico-privato, che non sia rilevante ai fini dell'indebitamento, è la presenza esplicita di accordi che prevedano che il privato si assuma i rischi connessi all'operazione³⁸⁰⁹.

Non è comunque richiesto, ai fini della qualificazione come partenariato pubblico-privato, che tutti i rischi ricadano sul privato: i rischi devono essere ripartiti, caso per caso, in relazione alla capacità di sopportazione dei soggetti coinvolti³⁸¹⁰.

Affinché una certa operazione possa essere considerata di partenariato pubblico privato almeno due delle tre categorie di rischi costituite dal: a) rischio di costruzione, b) rischio di domanda e c) rischio di disponibilità, devono essere trasferiti a carico del partner privato.

Questa dualità del contratto, partenariato pubblico-privato o appalto, influenza sulla corretta contabilizzazione delle spese coinvolte come si vedrà nei paragrafi successivi.

6. Gara unica e studio di fattibilità. – L'art. 196 depone a favore di una ricostruzione in termini unitari del *leasing* pubblico sia sotto il profilo della tipicità della disciplina sia sotto il profilo della procedura da utilizzare. Il Codice prefigura l'esperimento di una gara unica e, a fronte di una gara unica la stipulazione di due contratti diversi creerebbe inevitabili difficoltà gestionali di rapporti tra l'ente pubblico e i contraenti, nonché indebolirebbe la cointeressenza dei medesimi sul risultato finale, determinando una parcellizzazione delle situazioni giuridiche e, di conseguenza, degli interessi in gioco³⁸¹¹.

Ai sensi del comma 4: «Per l'aggiudicazione del contratto di cui al comma 1 l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario. L'aggiudicatario predispose i successivi livelli progettuali ed esegue l'opera».

Ci sono due aspetti da considerare nella nuova normativa rispetto a quella precedente.

A differenza del precedente Codice va notato che non è stata riprodotta la disposizione dell'art. 187, comma 2, del Codice del 2016 secondo cui «il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa».

Trova quindi applicazione la disposizione generale contenuta nell'art. 174, comma 3, per il quale: «l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di partenariato pubblico-privato sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II»³⁸¹².

Inoltre rispetto al Codice del 2016 viene ora precisato che il progetto comprende anche il piano finanziario.

La tipologia di documentazione da porre a base di gara, il progetto di fattibilità comprensivo del piano finanziario, e la circostanza che gli operatori hanno la facoltà di presentarsi in raggruppamento temporaneo di imprese, depone ulteriormente a favore della teoria dell'unicità della gara e dell'unicità del contratto stipulato dall'amministrazione.

La norma non appare, tuttavia, coordinata con la riduzione da tre a due dei livelli progettuali.

L'art. 41 e il coordinato allegato I.7 del Nuovo Codice prevede che la progettazione in materia di lavori pubblici, si articola in due livelli di successivi approfondimenti tecnici: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo³⁸¹³.

L'art. 23 del precedente Codice invece prevedeva che la progettazione in materia di lavori pubblici si articola(va), secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo.

La Relazione allo Schema di Codice afferma che il comma 4 «conferma l'attuale previsione» ovverosia la previsione di cui all'art. 187 Codice 2016, che tuttavia si basava su una progettazione a tre livelli come da

³⁸⁰⁹ Sulla centralità del concetto di rischio nei contratti di PPP anche: G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *RTDP*, 2, 2018, 599 ss., il quale evidenzia che «la corretta allocazione dei rischi rappresenta non solo il rispetto di un paradigma normativo, ma, altresì, la garanzia dell'efficiente esecuzione del contratto nella prospettiva del perseguimento del pubblico interesse».

³⁸¹⁰ G. FIDONE, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *FATAR*, 3, 2012, 1039 ss.

³⁸¹¹ AVCp, det. 22 maggio 2013, n. 4/2013, cit.; sulle criticità della doppia gara si v. Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), *La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità e il partenariato pubblico privato*, cit.

³⁸¹² CONS. DI ST., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, III, *Relazione agli articoli e agli allegati*, 7 dicembre 2022, 236.

³⁸¹³ In materia, si v. questo Commentario *sub* art. 41 e il relativo allegato.

citato art. 23³⁸¹⁴.

L'ulteriore difficoltà si riscontra nel fatto che in alcuna parte del Nuovo Codice viene definito il «progetto di fattibilità». Vi sono alcune disposizioni in cui «progetto di fattibilità» sembra essere utilizzato con lo stesso significato di «progetto di fattibilità tecnico-economica»³⁸¹⁵.

Interpretare il «progetto di fattibilità» nel senso di «progetto di fattibilità tecnico-economica» (con conseguente rimanenza a carico dell'operatore di un solo livello progettuale, quello esecutivo), oltre che ad un'esigenza sistematica, potrebbe rispondere all'esigenza, rilevata in dottrina con riferimento al Codice del 2016, di privilegiare la predisposizione della gara con un livello di progettazione più elevato al fine di innalzare il livello di concretezza e veridicità sui costi delle offerte, abbattendo il loro rischio di oscillazione e predisponendo il mondo creditizio a finanziare le operazioni³⁸¹⁶.

L'assunto che la preparazione di una gara con un livello di progettazione più dettagliato miri a migliorare la precisione e l'affidabilità delle stime dei costi nelle offerte, riducendo il rischio di variazioni significative nei costi e rendendo più attraente l'interesse del settore finanziario nel finanziare le operazioni, tuttavia, potrebbe male adattarsi all'ipotesi specifica e non remota di un di partenariato pubblico-privato a iniziativa privata di locazione finanziaria di cui all'art. 193³⁸¹⁷ e applicabile anche alla locazione finanziaria ai sensi dell'art. 198³⁸¹⁸.

In tal caso, rispetto al passato³⁸¹⁹, sin dall'inizio sarebbe richiesto al proponente di presentare un progetto che contenga sostanzialmente gli elementi di quella che in precedenza era la «progettazione definitiva», che impiega un'analisi molto più approfondita rispetto al «progetto di fattibilità» di cui al Codice del 2016, senza che sia stato elevato l'importo delle spese rimborsabili nel caso di mancata aggiudicazione o siano stati apportati alla procedura diversi correttivi³⁸²⁰.

7. Il raggruppamento temporaneo di imprese eterogeneo. – Secondo il Nuovo Codice, gli operatori economici idonei a presentare offerte per la locazione finanziaria possono essere un raggruppamento temporaneo di imprese, costituito da finanziatori e realizzatori, oppure solo il finanziatore che ricorre all'avvalimento del soggetto realizzatore. Non è più contemplata la possibilità che il concorrente sia anche un contraente generale. La figura del contraente generale è stata oggetto di una revisione ed è ora regolamentata nella Parte VI del Libro IV del Codice.

In questo paragrafo si tratterà il raggruppamento temporaneo atipico nel *leasing* finanziario.

Nella prima parte del comma 5, art. 196, infatti, è previsto che: «Se l'offerente è un raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto».

L'articolo in questione rappresenta una deroga significativa alla normativa ordinaria sulle associazioni temporanee d'impresa. Questa deroga è giustificata dalla diversità dei partecipanti del raggruppamento temporaneo, che provengono da settori molto diversi, come la finanza e l'edilizia, e mira a creare i presupposti giuridici per la validità dell'offerta in considerazione degli ambiti prestazionali completamente diversi³⁸²¹.

Mentre la regola generale è la responsabilità solidale tra i membri di un raggruppamento temporaneo, questa disposizione consente una maggiore flessibilità considerando la varietà di prestazioni fornite dai diversi membri del gruppo per consegnare un'opera completa e finanziata, garantendone la funzionalità nel tempo³⁸²². In base a questa disposizione, ogni soggetto del raggruppamento è responsabile per gli obblighi specifici che ha assunto nel contratto.

In relazione alla disposizione simile contenuta nel precedente codice del 2016 all'art. 187³⁸²³, e ancora

³⁸¹⁴ CONS. DI ST., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, cit.

³⁸¹⁵ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, o.c.

³⁸¹⁶ M. RICCHI, *L'architettura dei contratti di concessione di partenariato pubblico privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs. 50/2016*, in *RGMe*, 3, 2016, 811-828.

³⁸¹⁷ In materia, si v. questo Commentario *sub* art. 193.

³⁸¹⁸ In materia, si v. questo Commentario *sub* art. 198.

³⁸¹⁹ Si consideri che il codice del 2006 (come aggiunto dal d.lgs. n. 152/2008) prevedeva all'art. 160*bis*, comma 4*ter* che la stazione appaltante potesse a base di gara un progetto di livello almeno preliminare e l'aggiudicatario provvedesse alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera.

³⁸²⁰ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, o.c.

³⁸²¹ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, cit.

³⁸²² G. LA ROSA, *Il leasing immobiliare in costruendo: dai profili contabili alla disciplina amministrativa*, in *UA*, 5, 2018, 623.

³⁸²³ Art. 187 Codice 2016 al comma 3: «L'offerente di cui al comma 2 può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione

prima nell'art. 160bis del Codice del 2006³⁸²⁴, la giurisprudenza ha sottolineato che l'associazione temporanea d'impresa tra un costruttore e un finanziatore, è una figura diversa da un raggruppamento temporaneo comune³⁸²⁵.

Essa ha inoltre delineato alcune differenze chiave che si possono riassumere nei seguenti aspetti.

Il primo aspetto riguarda il riparto di responsabilità. Nel raggruppamento temporaneo comune, la responsabilità tra i partecipanti è di tipo solidale, il che significa che ciascun membro del gruppo è responsabile per l'intero progetto. Nel caso del *leasing in costruendo*, non esiste alcun vincolo di solidarietà, e ogni partecipante è responsabile solo per gli obblighi specifici che ha assunto. Questo tipo di associazione coinvolge soggetti che svolgono attività molto diverse tra loro e che non sarebbero in grado di coprire gli obblighi reciproci.

Il secondo aspetto si riferisce alla netta distinzione dei ruoli. Nel raggruppamento temporaneo comune, la distinzione tra mandatario e mandante è meno chiara, poiché entrambi i soggetti agiscono su un piano paritario e assumono responsabilità autonome e separate. Nel *leasing in costruendo*, i ruoli di costruttore e finanziatore sono nettamente separati, senza implicazioni significative sulla posizione giuridica del capogruppo³⁸²⁶.

Il terzo aspetto riguarda il momento di scioglimento naturale del raggruppamento. Dopo il collaudo dell'opera, il raggruppamento temporaneo comune si scioglie e termina il suo rapporto con la stazione appaltante. Nel *leasing in costruendo*, il rapporto contrattuale persiste tra la stazione appaltante che eroga i canoni e il finanziatore che li riceve.

Infine, il quarto aspetto, attiene ad un evento meramente accidentale ed eventuale che è quello della crisi d'impresa. Nel caso di fallimento di uno dei mandanti nel raggruppamento temporaneo comune, l'obbligo di eseguire i lavori assunti in appalto viene trasferito al mandatario, a meno che non sia indicato un altro operatore idoneo a subentrare. Nel *leasing in costruendo*, se uno dei due soggetti fallisce, l'altro può sostituirlo solo previo consenso della committenza, ma non può assumersi direttamente l'obbligo della prestazione precedentemente affidata al fallito³⁸²⁷.

8. L'avvalimento atipico. – Il quinto comma nella parte seconda dell'art. 196 invece contempla l'alternativa al raggruppamento temporaneo d'impresa prevedendo la possibilità che il finanziatore possa presentare l'offerta "anche" singolarmente, ricorrendo in tal caso all'avvalimento del soggetto realizzatore.

L'espressa previsione della possibilità di presentare "singolarmente" l'offerta da parte del soggetto finanziatore rappresenta una peculiarità³⁸²⁸. È da chiedersi se sia superato l'orientamento secondo cui la partecipazione individuale alla gara del finanziatore – con ricorso all'avvalimento per assicurare la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera – mal si concilia con la qualificazione del *leasing in costruendo* quale appalto di lavori e con i caratteri propri dell'avvalimento, soprattutto con riferimento al profilo della responsabilità solidale³⁸²⁹.

In tema di avvalimento nella locazione finanziaria, la giurisprudenza ha ritenuto che l'avvalimento previsto nella disciplina della locazione finanziaria non corrisponde all'avvalimento di cui all' (allora) art. 49 Codice del 2006 e quindi è da considerarsi "atipico"³⁸³⁰.

L'istituto generale dell'avvalimento, infatti, consente agli operatori economici di utilizzare requisiti e risorse appartenenti ad altri imprenditori che agiscono nell'ambito della stessa area di mercato. Poiché l'avvalimento in generale è previsto per soggetti economici che esercitano attività nello stesso ramo o comunque in ambiti affini tra loro, l'inadempimento di una delle parti coinvolte nel meccanismo collaborativo comporta che l'altra possa essere chiamata ad eseguire l'intera prestazione.

assunta, ovvero un contraente generale. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche".

³⁸²⁴ Art. 160bis del Codice del 2006 al comma 3: "L'offerente di cui al comma 2 può essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale".

³⁸²⁵ T.A.R. LOMBARDIA, Brescia, Sez. II, 5 maggio 2010, n. 1675.

³⁸²⁶ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing, o.c.*

³⁸²⁷ *Ibidem*.

³⁸²⁸ L'AVCP, det. 1 agosto 2012, n. 2, *L'avvalimento nelle procedure di gara*, aveva escluso la possibilità che la società di *leasing* partecipi da sola alla gara poiché una simile evenienza mal si concilia sia con la configurazione del *leasing in costruendo* quale appalto di lavori, sia con le caratteristiche generali dell'avvalimento di cui all'art. 49 Codice del 2006. Quindi si diceva che alla gara dovranno partecipare due diversi soggetti: il finanziatore e il realizzatore dell'opera.

³⁸²⁹ AVCP, det. n. 4/2013, cit.

³⁸³⁰ T.A.R. LOMBARDIA, Brescia, sez. II, 5 maggio 2010, n. 1675.

Nel contesto della locazione finanziaria, l'avvalimento assume una forma atipica poiché coinvolge prestazioni (costruzione e finanziamento) che sono molto distanti tra loro, e quindi il principio di solidarietà non può applicarsi. Dato che queste prestazioni sono completamente diverse, l'avvalimento non può comportare l'esclusione totale dell'impresa costruttrice dalla procedura di gara e dal contratto per l'esecuzione dei lavori. Questa situazione si verifica poiché, nell'ambito della realizzazione di un'opera pubblica, l'impresa costruttrice collabora con il soggetto finanziatore. Tuttavia, il soggetto finanziatore non può esercitare un controllo completo sull'intero processo, essendo estraneo all'esecuzione dei lavori e non disponendo dell'organizzazione tipica delle imprese di costruzioni. Tale organizzazione viene invece fornita dall'impresa ausiliata nell'avvalimento.

9. I beni e i diritti reali oggetto di leasing. – Ai sensi del punto 3.25 del «Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria» di cui all'Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011, non possono formare oggetto del *leasing*, proprio per l'incompatibilità giuridica e/o naturale i beni demaniali di cui all'art. 822 c.c., comma 1 e i beni del patrimonio indisponibile *ex art.* 826 c.c.³⁸³¹.

Mentre i beni di cui all'art. 822 comma c., comma 2, sono suscettibili di essere dedotti in *leasing*, poiché fanno parte del demanio pubblico solo se appartengono allo Stato (cfr. art. 822 c.c., comma 2). Questi ultimi, essendo suscettibili di formare oggetto di proprietà privata nell'ipotesi di un accordo di *leasing*, sono di proprietà dell'impresa fino a che l'ente non esercita l'opzione d'acquisto³⁸³².

Possono formare oggetto di *leasing*: 1) beni che siano suscettibili di proprietà privata; 2) non abbiano una destinazione sulla quale non può interferire il privato ovvero sui quali può decidere esclusivamente lo Stato o altro ente pubblico³⁸³³, anche se sono astrattamente idonei a formare oggetto di proprietà privata³⁸³⁴. Infatti: 3) bisogna sempre tener conto della funzione e dell'uso che il bene è destinato ad assolvere e ciò: 4) va poi accertato in concreto e alla stregua delle norme che regolano l'attività del singolo ente³⁸³⁵.

Per superare l'ostacolo dell'indisponibilità dei beni nell'ambito del *leasing* pubblico, soprattutto quando si tratta di beni in operazioni *in costruendo*, si potrebbe considerare l'applicazione dell'istituto civilistico del diritto di superficie³⁸³⁶.

Secondo un orientamento del Giudice contabile, in sede di controllo viene negata la possibilità della concessione della superficie su un bene demaniale poiché essi devono rimanere sotto il controllo diretto dell'amministrazione pubblica e non sono suscettibili di diventare di proprietà privata³⁸³⁷.

Invece la giurisprudenza civile è di diverso avviso. Se da un lato essa ritiene innegabile che i beni demaniali non possono essere trasferiti tra privati e, da questa prospettiva, non possono essere oggetto di commercio, dall'altro lato, quando viene concessa un'area demaniale, è possibile costituire un diritto di superficie su quel

³⁸³¹ Il punto 3.25 del "Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria" (Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011) dispone che "il bene concesso in locazione finanziaria all'amministrazione pubblica deve essere suscettibile di formare oggetto di proprietà privata, poiché il locatore è proprietario del bene sino all'eventuale opzione di riscatto da parte dell'amministrazione pubblica. Infatti, il locatore, in caso di mancato riscatto, conserva, anche dopo il periodo di locazione, la proprietà del bene; conseguentemente, non possono costituire oggetto del contratto beni rientranti nel demanio pubblico necessario ovvero facenti parte del patrimonio indisponibile delle amministrazioni pubbliche, in quanto non commerciabili".

³⁸³² V. CAIANIELLO, M. EROLI, (voce) *Leasing pubblico*, in *ED*, Agg. II, 489 ss.

³⁸³³ Come esempio sempre attuale si richiama il caso delle apparecchiature di computerizzazione dei dati relativi alla difesa o al fenomeno del terrorismo. Ben potrebbero costituire oggetto di *leasing*, ma si pensi al caso in cui l'ente si renda inadempiente nel pagamento dei canoni pattuiti: il concedente potrebbe pretendere ed ottenere la restituzione con evidenti e pesanti conseguenze.

³⁸³⁴ A. CRISMANI, *Il leasing pubblico*, in *CSEP*, 4, 1996, 310.

³⁸³⁵ S. BUSCEMA, A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 2008; V. CAIANIELLO, cit., 62, stabilisce che, sotto il profilo ora evidenziato, possono formare oggetto di *leasing*: a) i beni di cui lo Stato e gli enti pubblici possono diventare proprietari indipendentemente dall'uso e dalla funzione che essi sono destinati ad assolvere; b) i beni che possono essere destinati ad una pluralità di funzioni; c) i beni che in concreto sono destinati ad una funzione suscettibile di essere svolta anche se la proprietà di essi appartenga ai privati e la cui interruzione non lede interessi generali dello Stato, come avviene ad es. per gli edifici che gli enti pubblici utilizzano con la locazione ordinaria (scuole, uffici, case di cura, ecc.).

³⁸³⁶ G. COLOMBINI, F. NUGNES, E. PUCCIARELLI, E. BANI, F. MARTINI, F. DE BARI, A. CANEPA, F. MARZANO, F. GIULIANO, L. AZZENA, F. MONCERI, C. BERTOLINI, A. BERTELLI, S. MARINAI, L. PASQUALI, *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, 2009, VIII-632; S. AVANZI, *Il nuovo demanio*, Padova, 2000, XX-408; A. BUSCEMA, *Patrimonio dello stato e degli enti pubblici*, in *DDpu*, Torino, 1996, vol. XI, 27; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, in *EGT*, Roma, vol. V.

³⁸³⁷ CCo, Sez. reg. contr., Marche, 29 marzo 2011, n. 14/2011/PAR; Sez. reg. contr., Lombardia, 22 settembre 2009 n. 1139/2009/PRSE.

bene demaniale, consentendo così la realizzazione di opere edilizie sull'area concessa. Allo stesso modo, secondo questo orientamento, è possibile procedere alla trasformazione delle costruzioni esistenti su tale area demaniale³⁸³⁸. La questione pare essere affrontata ricorrendo per similitudine a quella più volte affrontata dalla giurisprudenza, civile e amministrativa, sulle concessioni in godimento di suolo pubblico per scopi come la costruzione di chioschi per la vendita di giornali, stabilimenti balneari, impianti sportivi, e altri simili³⁸³⁹.

Inoltre, il comma 8, parte seconda, attualmente stabilisce che: «L'ente concedente può autorizzare il diritto di superficie su un'area pubblica per la realizzazione dell'opera», senza specificare il tipo di area pubblica. Ciò implica che, se le condizioni lo consentono, potrebbe essere possibile considerare l'uso del contratto della locazione finanziaria con la cessione del diritto di superficie al soggetto privato, anche su aree demaniali o di patrimonio indisponibile³⁸⁴⁰.

10. Il regime dell'opera e delle aree. Il riscatto. – I commi 8 e 9 dell'art. 196 ricalcano la versione iniziale dell'art. 160bis, comma 4quater del Codice del 2006 e quella successiva di cui all'art. 187 comma 7 del Codice del 2016 che in sostanza prevedevano che ai fini urbanistici, espropriativi ed edilizi l'area sulla quale andrà a sorgere l'opera pubblica o di pubblica utilità gode dello stesso regime delle aree sulle quali sorgono le opere pubbliche anche se durante tutta la durata del contratto di locazione finanziaria l'opera appartiene ad un soggetto privato e, inoltre, prevedevano che l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario.

La versione corrente è frutto dell'adeguamento principalmente alle previsioni del Giudice contabile in sede consultiva e ai principi contabili che evidenziavano le perplessità ed eccessiva genericità delle richiamate disposizioni dei passati Codici.

Infatti, con il corrente comma 8 dell'art. 196 alla previsione ripresa dei precedenti Codici che: «L'opera oggetto di locazione finanziaria segue il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi» è stata aggiunta la «condizione che, nel contratto medesimo, sia stabilito che al termine del periodo di locazione il committente è obbligato al riscatto». Inoltre nello stesso comma è stato previsto che: «L'ente concedente può concedere il diritto di superficie sull'area pubblica dove realizzare l'opera».

Inoltre, al comma 9 successivo, si precisa che l'opera può essere realizzata anche su un'area di proprietà dell'aggiudicatario, con l'applicazione della condizione di riscatto obbligatorio come indicato nel primo periodo del comma 8.

Il comma 8 nella versione rinnovata e completa disciplina una situazione che altrimenti sarebbe rimasta in contrasto con i principi dell'ordinamento, in quanto consentirebbe che un'opera pubblica, che implica aspetti urbanistici, edilizi e anche espropriativi, rimanga sotto il controllo di un soggetto privato una volta scaduto il contratto di *leasing*, soprattutto se il privato può successivamente disporre in termini di commerciabilità, specialmente quando i canoni di *leasing* precedentemente pagati coprono quasi completamente il valore delle opere stesse. Quindi la scelta normativa risiede nel fatto di non vanificare le aspettative pubbliche e introdurre mire speculative dei soggetti privati³⁸⁴¹.

In questi casi il canone di *leasing* deve essere adeguato alla natura e alla funzione specifica del bene oggetto del contratto e alla prospettiva in questi casi del suo riscatto obbligatorio alla scadenza del periodo di locazione.

La disposizione menzionata così integrata è in linea di massima in accordo con l'assunto contabile di cui al punto 3.25 del «Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria» (Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011) in base al quale «l'area sulla quale deve essere realizzata l'opera pubblica mediante *leasing* immobiliare o in costruendo, in linea di principio, non potrebbe essere di proprietà dell'ente pubblico ma deve essere acquisita dal locatario che è proprietario del bene a tutti gli effetti sino all'eventuale esercizio del diritto di opzione da parte dell'amministrazione. (...) Alla fine del contratto di *leasing*, la spesa per l'esercizio del riscatto è registrata tra le spese di investimento».

Un'importante differenza tra la disciplina corrente, quella precedente e i principi contabili si individua nell'obbligatorietà dell'opzione di riscatto oggi prevista dal comma 8 e ripresa dal comma 9.

Sul punto il Giudice contabile ha ritenuto che la clausola di riscatto debba configurare un diritto potestativo di riscattare (o non) l'opera ad un prezzo predeterminato. In base a questa posizione della Corte la previ-

³⁸³⁸ Tribunale Sassari, n. 1204/2018, secondo quale ancora: «Anche a voler ritenere la nullità dell'atto di vendita se inteso come relativo a bene demaniale, questo si convertirebbe comunque in atto di vendita del diritto di superficie».

³⁸³⁹ CCa, 4 maggio 1998 n. 4402, Sez. Un., 16 febbraio 2009 n. 3692, 9 marzo 2004 n. 4769, 26 gennaio 2007 n. 1718.

³⁸⁴⁰ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing, o.c.*

³⁸⁴¹ *Ibidem.*

sione invece di un obbligo di riscatto per l'amministrazione non era condivisibile per due motivi principali.

Il primo risiede nel fatto, oggi però superato, che tale possibilità non sia prevista nella disciplina specifica del Codice dei contratti pubblici.

Il secondo motivo presuppone che l'obbligo di riscatto si porrebbe in contrasto con lo schema contrattuale della locazione finanziaria e ne determinerebbe la trasformazione in un contratto di finanziamento innominato³⁸⁴².

Si ritiene che, in linea di principio, la regola generale sia quella di consentire la possibilità di riscatto nei contratti di locazione finanziaria. Tuttavia, ci sono alcune eccezioni a questa regola, in particolare quando si tratta di locazioni che riguardano opere pubbliche finalizzate a scopi urbanistici, edilizi o espropriativi. Queste eccezioni si applicano principalmente alle opere che sono essenziali per l'erogazione di servizi pubblici e che sono difficilmente sostituibili o reperibili altrove³⁸⁴³.

I vincoli e le condizioni della prima parte del comma 8 si applicano ai sensi del comma 9 anche quando l'opera è realizzata su un'area nella disponibilità dell'aggiudicatario.

La disponibilità dell'area potrà essere acquisita direttamente dallo stesso aggiudicatario che ne individui l'area e proceda all'acquisto ovvero per il tramite di procedura espropriativa disposta dal soggetto pubblico in favore del soggetto realizzatore dell'opera, ovvero ancora se l'opera è da realizzare su un'area di proprietà del soggetto pubblico la stessa dovrebbe essere ceduta al soggetto aggiudicatario della gara³⁸⁴⁴. In alternativa però, il soggetto pubblico anziché trasferire la proprietà dell'area o dell'immobile esistente al finanziatore aggiudicatario ha la possibilità di individuare *ex ante* un'area di sua proprietà (o una zona soggetta a esproprio) su cui far realizzare l'opera e prevedere la costituzione del diritto di superficie, ai sensi della parte seconda del comma 8, in favore dell'aggiudicatario del contratto di *leasing*³⁸⁴⁵.

Anche per questa parte il legislatore si è allineato alle previsioni contabili di cui al punto 3.25 cit. in base al quale: "È ammissibile la concessione di un diritto di superficie da parte dell'ente pubblico al soggetto che procederà alla realizzazione dell'opera pubblica nell'ambito del contratto di locazione finanziaria, purché il diritto reale sia concesso per un periodo considerevolmente più lungo di quello previsto per il contratto di locazione finanziaria".

Sul punto anche il controllore contabile ritiene opportuno che: "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"³⁸⁴⁶. Questo assunto tuttavia deve essere inteso in un'ottica di ragionevole proporzionalità non potendo essere il termine eccessivamente lungo e tale da risultare sconveniente il riscatto o l'espletamento dell'operazione per eccessiva onerosità di tassi da pagare.

Infine, è da notare il successivo comma 10 che introduce il riscatto anticipato, che di fatto modifica l'aspetto relativo al periodo di riscatto di cui sopra. In quest'ipotesi sarà necessario prevedere il riscatto anticipato già nel piano economico finanziario (PEF) e attestarne la sostenibilità³⁸⁴⁷.

³⁸⁴² CCo, Sez. contr., Lombardia 21 dicembre 2009, n. 1139.

³⁸⁴³ La dottrina si era già espressa in tal senso in occasione del commento alla precedente normativa del 2016 esprimendo l'auspicio: F. ANGELINI, *Art. 187. Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*, in *Codice dei contratti pubblici commentato* (a cura di L. PERFETTI), II, Milano 2017, 1512.

³⁸⁴⁴ In tale ipotesi – come chiarito dall'Avcp nella citata determinazione n. 4/2013 – 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.).

³⁸⁴⁵ CONS. DI ST., *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, III, *Relazione agli articoli e agli allegati*, 7 dicembre 2022, 236.

³⁸⁴⁶ CCo, Sez. riun. contr., 16 settembre 2011 n. 49.

³⁸⁴⁷ In sostanza, i fautori del Nuovo Codice hanno cercato di mantenere gli elementi fondamentali del *leasing*, al fine di preservare la figura tipica del contratto, ma hanno introdotto specifici vincoli e disposizioni che altrimenti sarebbero stati soggetti alla discrezionalità delle parti contraenti. Questo è stato fatto al fine di limitare la discrezionalità dell'amministrazione da un lato, e dall'altro per fornirle regole chiare e definite all'amministrazione stessa di fronte agli interventi, non sempre uniformi e chiari, della prassi contabile, cfr. A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing, o.c.*

11. Il canone. L'esecuzione e i rapporti tra finanziatore e realizzatore. – Lo svolgimento dei lavori spetta al soggetto costruttore il quale sarà remunerato direttamente dal soggetto finanziatore sulla base dei vari avanzamenti dei lavori. Il finanziatore diventa una sorta di committente per la realizzazione del bene (pur restando la stazione appaltante il vero committente dell'intera operazione economico-finanziaria). Il costruttore deve consegnare l'immobile completo e pronto per essere utilizzato.

Per quel che riguarda l'esecuzione del contratto, il comma 7, prevede che l'adempimento delle obbligazioni dell'ente concedente (il pagamento del canone di locazione) resta in ogni caso condizionato all'esito positivo del collaudo, ovvero della verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite. Il canone periodico invece è individuato dall'art. 196, comma 2, quale prestazione a carico dell'amministrazione.

L'eterogeneità delle prestazioni (costruzione e finanziamento) che caratterizza il *leasing* immobiliare pubblico si riflette sulle diverse componenti del canone.

Il canone di *leasing*, infatti, ha una composizione articolata in quanto include una quota di interessi e altre quote relative a diverse tipologie di spesa (costi di realizzazione dell'opera, di espropriazione o di costituzione del diritto superficie, premi assicurativi, oneri finanziari e fiscali, consulenze...), risultando comunque onnicomprensivo³⁸⁴⁸.

Nel caso di *leasing in costruendo* il pagamento di un canone non è il corrispettivo per la locazione del bene, quanto una modalità pattizia per la restituzione di un finanziamento che si presuppone avvenuto per una somma corrispondente al valore dell'operazione economica posta in essere, il quale è la risultante del costo del bene comprensivo dell'ammortamento, dell'interesse sul capitale investito, dell'utile e delle spese sostenute.

Nello schema del *leasing in costruendo* il soggetto pubblico committente darà inizio al pagamento del canone solo dopo il collaudo e la consegna dell'opera. Nel frattempo, la società di *leasing* ha anticipato pagamenti all'impresa costruttrice per gli stati di avanzamento dei lavori, e pertanto ha diritto agli interessi sulle somme anticipate secondo quanto concordato contrattualmente³⁸⁴⁹. Quindi, al fine di garantire l'efficienza complessiva dell'operazione, è necessario che il soggetto pubblico committente predisponga adeguati meccanismi di controllo relativi all'intero ciclo di realizzazione dell'opera.

È possibile altresì che, in corso di esecuzione, il canone venga rimodulato in caso di ridotta o mancata disponibilità dell'opera o del servizio.

In merito alla relazione tra la rimodulazione del canone e l'eterogeneità dei soggetti e delle prestazioni coinvolte, è da notare che il canone stesso è composto da diverse componenti.

Di solito, include una quota per il rimborso del capitale, una quota di interessi e un'altra quota per i servizi forniti per garantire la manutenzione e l'erogazione dei servizi correlati all'opera.

Le prime due componenti del canone (capitale e interessi) rappresentano il compenso per il finanziamento fornito dal soggetto finanziatore. La terza componente rappresenta il compenso per le attività svolte dal soggetto responsabile della manutenzione e del corretto funzionamento dell'opera.

Costituisce una novità, rispetto alla formulazione del Codice previgente, la previsione del comma 7 nella parte in cui prevede che il soggetto aggiudicatario assicura la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto. Questo implica l'obbligo del soggetto aggiudicatario di mantenere l'opera in uno stato di efficienza e funzionalità durante tutto il periodo contrattuale, garantendo che sia pronta per il suo scopo previsto.

In caso di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, la riduzione o l'annullamento del canone andrebbe di pari passo con l'individuazione delle responsabilità.

Questo significa che se il soggetto responsabile della manutenzione e del funzionamento dell'opera non adempie, causando l'indisponibilità totale o parziale dell'opera, dovrebbe essere l'unico a subire una riduzione o un annullamento della quota di canone correlata alle proprie prestazioni. In altre parole, il rischio e le conseguenze dell'indisponibilità dell'opera dovrebbero ricadere esclusivamente sul soggetto responsabile di tale situazione³⁸⁵⁰.

In pratica, se il soggetto responsabile della manutenzione e del funzionamento dell'opera non adempie in tutto o in parte, causando l'indisponibilità, il suo canone potrebbe essere ridotto o neutralizzato a compensazione delle sue prestazioni. Inoltre, esso dovrebbe essere tenuto a risarcire la pubblica amministrazione con penali automatiche garantite da fidejussione per l'importo corrispondente a ciò che l'amministrazione è tenuta a pagare al soggetto finanziatore per l'intero periodo di indisponibilità dell'opera³⁸⁵¹.

³⁸⁴⁸ CCo, Sez. riun. contr., 16 settembre 2011 n. 49; CS., Sez. I, 28 aprile 2020, n. 823.

³⁸⁴⁹ CCo, Sez. riun. contr., 16 settembre 2011, n. 49.

³⁸⁵⁰ G. LA ROSA, *Il leasing immobiliare in costruendo: dai profili contabili alla disciplina amministrativa*, in *UE*, 2018, 5, 623.

³⁸⁵¹ *Ibidem*.

In questo modo, si cerca di mantenere un equilibrio tra il compenso corrisposto e la funzionalità effettiva dell'opera, trasferendo le responsabilità in modo proporzionato e incentivando il rispetto degli obblighi contrattuali³⁸⁵².

A ciò si collega un'ulteriore forma di controllo indiretto sulla corretta esecuzione dell'opera che è prevista dal comma 6. Il comma 6 dell'art. 196 prevede la possibilità di sostituire uno o più dei soggetti che costituiscono l'associazione con altri soggetti che hanno gli stessi requisiti e caratteristiche, in situazioni come liquidazione giudiziale, inadempimento o l'insorgenza di qualsiasi altra causa che impedisca l'adempimento degli obblighi. Questa sostituzione è consentita durante la fase di gara o durante l'esecuzione del contratto, offrendo una soluzione dinamica per affrontare cambiamenti o problemi inaspettati all'interno del gruppo. L'ente concedente ha il diritto di negare l'assenso solo se il soggetto proposto per il subentro non soddisfa i requisiti necessari, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo (la sostituzione è ammessa a condizione che il nuovo soggetto sia adeguato sotto tutti gli aspetti richiesti per l'adempimento dell'obbligazione contrattuale). In sostanza, il comma 6 prevede un sistema di sostituzione che costituisce una forma efficace di controllo reciproco o incrociato tra le parti del contratto. Questo non solo in caso di eventi esterni, come crisi d'impresa, ma anche e soprattutto per gestire situazioni legate ai rapporti tra il finanziatore e l'esecutore, comprese le inadempienze interne tra le due parti o l'inadempimento di una di esse nei confronti del committente pubblico. Inoltre, questo meccanismo è concepito per affrontare qualsiasi altra inadeguatezza che potrebbe influire sulla corretta esecuzione delle prestazioni o sulle dinamiche tra le parti³⁸⁵³.

12. La contabilizzazione delle operazioni di leasing. – La questione relativa al trattamento contabile della spesa sostenuta dall'amministrazione per i canoni di locazione finanziaria è un tema di notevole rilevanza ed è stato oggetto di varie pronunce del Giudice contabile in sede consultiva per le materie contabilità pubblica e in sede di controllo. Questo aspetto assume una particolare importanza poiché determina come tali pagamenti debbano essere registrati nei bilanci pubblici e, di conseguenza, influisce sulla percezione dell'indebitamento dell'ente pubblico e sulla sua gestione finanziaria complessiva.

Il *leasing*, come strumento finanziario, ha un ruolo significativo nella finanza pubblica, specialmente quando le pubbliche amministrazioni lo utilizzano per acquisire beni o servizi. Nel contesto della finanza pubblica, il *leasing* è visto come un metodo per distribuire i costi di un bene nel tempo, permettendo alle pubbliche amministrazioni di bilanciare meglio i loro budget. È importante capire come il *leasing* influenzi il bilancio pubblico, in termini di debiti e obbligazioni, e come sia registrato e gestito nelle finanze pubbliche.

Si tratta di indagare come le definizioni del Codice degli appalti si relazionino con il Sistema Europeo dei Conti (SEC) 2010³⁸⁵⁴, che incide sulla registrazione e classificazione delle operazioni finanziarie, inclusi i partenariati pubblico-privato³⁸⁵⁵. La finalità dei criteri dettati è evidenziare le componenti dell'indebitamento della pubblica amministrazione. Secondo il SEC 2010 assunzione dei rischi e trasferimento della proprietà economica sono due prospettive di lettura di fenomeni negoziali qualificabili come *leasing* finanziario. In base al principio della natura effettiva dell'operazione va fatta una verifica "in concreto" dell'allocazione dei relativi rischi come anche un'analisi complessiva e coordinata del sinallagma contrattuale e quindi di tutte le previsioni contrattuali che regolano i reciproci rapporti tra amministrazione pubblica e soggetto privato affinché sia il soggetto privato a farsi carico della maggior parte dei rischi. Come notato il Nuovo Codice prevede un rinvio

³⁸⁵² G. LA ROSA, cit., il quale notava con riferimento al precedente Codice: "Ne deriva che laddove, in caso di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, fosse, corrispondentemente, ridotto o annullato l'intero canone, il soggetto finanziatore risponderrebbe degli inadempimenti mettenti capo al soggetto manutentore o gestore, a cui solo spetta garantire la piena e costante funzionalità dell'opera. E ciò, oltre che porsi in palese contrasto con il richiamato art. 187, comma 3, nella parte in cui esclude espressamente la solidarietà tra i membri del raggruppamento, determinerebbe la concreta inutilizzabilità dell'istituto, essendo assai inverosimile – se non addirittura impossibile – che un soggetto finanziatore sottoponga il proprio credito al rischio di non essere ripagato per fatto e colpa altrui".

³⁸⁵³ A. CRISMANI, R. FUSCO, *Locazione finanziaria di opere pubbliche*, in *L'Amministrativista.it*, 30 dicembre 2016.

³⁸⁵⁴ Il regolamento (UE) n. 549/2013 stabilisce il Sistema europeo dei conti 2010 (SEC 2010) che è una struttura contabile internazionalmente compatibile adottata dall'Unione europea per descrivere sistematicamente e in dettaglio l'economia di un Paese. Successivamente, il regolamento (UE) n. 2023/734 ha modificato il regolamento originale, abrogando 11 atti giuridici che riguardavano la precedente versione del SEC (SEC 1995), che era diventata obsoleta con l'introduzione del SEC 2010.

Il SEC 2010 si basa su una metodologia dettagliata, delineata nell'allegato A, che definisce norme, definizioni, nomenclature e regole contabili comuni per l'elaborazione di conti e tabelle in modo comparabile all'interno dell'Unione. Inoltre, il regolamento (UE) n. 549/2013 stabilisce un programma di trasmissione, descritto nell'allegato B, che fissa le scadenze entro cui gli Stati membri devono inviare i loro conti e tabelle a Eurostat, l'ufficio statistico dell'Unione.

³⁸⁵⁵ A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing*, cit.

esterno ai soli fini di contabilità pubblica alle decisioni Eurostat (art. 177, comma 7, e sul punto si rinvia ai paragrafi di commento del comma 3 dell'art. 196 e del comma 6 dell'art. 177)³⁸⁵⁶.

Ulteriore aspetto riguarda la correlazione tra i contratti di partenariato pubblico-privato, *leasing* incluso (oggi per effetto espresso dell'art. 174, comma 3), e la nozione normativa di indebitamento pubblico che si rinvia nel principio contabile 4/2 punto 3.25 allegato al d.lgs. n. 118/2011 e l'art. 3, comma 17, della l. n. 350/2003.

Il punto 3.25 del Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria (Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118/2011) come modificato dal d.lgs. n. 124/2014 prevede che «il *leasing* finanziario e i contratti assimilati (*leasing* immobiliare, *leasing in costruendo*, *sale and lease-back*, ecc.) sono contratti di finanziamento» e «ai sensi dall'art. 3, comma 17, della l. n. 350/2003, le operazioni di *leasing* finanziario costituiscono indebitamento». Inoltre «per il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, come previsto dal SEC 95, dallo IAS 17 e dalla giurisprudenza consolidata, il *leasing* finanziario e i contratti assimilati costituiscono debito che finanzia l'investimento». Infine «il *leasing* finanziario e le operazioni assimilate, sono registrate con le medesime scritture utilizzate per gli investimenti finanziati da debito, secondo il c.d. metodo finanziario al fine di rilevare sostanzialmente che l'ente si sta indebitando per acquisire un bene».

L'art. 3, comma 17, della l. n. 350/2003, in particolare come modificato a seguito dei correttivi introdotti dal d.lgs. n. 124/2014 al d.lgs. n. 118/2001 come ora evidenziati, introduce la definizione delle fonti di indebitamento per gli enti pubblici. In base a questa norma, a partire dal 1° gennaio 2015, le operazioni di *leasing* finanziario sono considerate forme di indebitamento ai sensi dell'articolo 119, sesto comma, della Costituzione. Quindi, in un certo senso, il *leasing* finanziario viene inserito tra le fonti di indebitamento. È di fondamentale importanza comprendere come i contratti di partenariato pubblico-privato siano classificati e gestiti in relazione a questa normativa, in particolare per quanto riguarda la determinazione se debbano essere considerati indebitamento o meno. Prima di questa modifica normativa, prevaleva il criterio stabilito in sede di regolamentazione contabile, che richiedeva una valutazione caso per caso per determinare se un'operazione di *leasing* potesse essere qualificata come indebitamento o meno, a seconda delle circostanze specifiche³⁸⁵⁷.

La Corte dei conti in più occasioni ha analizzato in dettaglio la questione, stabilendo che la spesa associata alla costruzione di opere pubbliche non impatta il bilancio dell'ente, a condizione che il rischio legato alla realizzazione dell'opera sia sostenuto dal realizzatore e che esso si assuma un ulteriore rischio significativo, che può consistere sia nella domanda, ossia nell'utilizzo da parte degli utenti finali, sia nella disponibilità del servizio correlato all'opera stessa.

Nel caso in cui l'operazione non rispetti i criteri sopra descritti, non può essere considerata come un partenariato pubblico-privato e deve invece essere inclusa nel calcolo del disavanzo e del debito nazionale. Inoltre, viene classificata come un'operazione di indebitamento dell'ente territoriale.

Secondo il Giudice contabile³⁸⁵⁸ a decorrere dal 1° gennaio 2015 il contratto di *leasing* finanziario può assumere una duplice connotazione: quella ordinaria che è, e resta, quella di operazione di indebitamento (*leasing* finanziario) e quella speciale, di contratto di partenariato pubblico privato, qualora conforme a tutti i requisiti e presupposti come sopra previsti dalla normativa vigente (*leasing* PPP).

In sintesi, l'art. 75, d.lgs. n. 118/2011 ha introdotto un presupposto legale che considera il *leasing* finanziario come una fonte di indebitamento. Inizialmente, questa considerazione era assoluta (cioè, automatica e senza eccezioni) secondo il d.lgs. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 57/2017. Tuttavia, ora si considera che questa considerazione abbia un carattere relativo (cioè, non automatica e soggetta a verifica).

In altre parole, qualsiasi contratto che rientri nella categoria del *leasing* finanziario, in tutte le sue diverse forme, è considerato un'operazione di indebitamento, a meno che l'amministrazione pubblica dimostri rigorosamente, dopo una valutazione della convenienza economica dell'operazione, che i rischi associati sono effettivamente a carico del contraente privato, come indicato dalle norme comunitarie³⁸⁵⁹.

³⁸⁵⁶ CCo, Sez. reg. contr., Lombardia, 30 luglio 2015 n. 266, sul punto prevedeva che la «valutazione (...) deve essere operata in concreto alla luce dello specifico assetto contrattuale predisposto – deve tener conto, a seconda delle diverse ipotesi, del rischio di costruzione (rischio che la realizzazione dell'opera non avvenga nei tempi previsti o secondo il piano economico concordato), del rischio di domanda e del rischio di disponibilità». Notava altresì che: «Un ulteriore elemento rilevante ai fini del trattamento contabile dell'operazione è la presenza di garanzie pubbliche, in quanto anche queste possono incidere sulla distribuzione dei rischi tra le parti: tali garanzie possono infatti comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'asset on balance quando assicurano un'integrale o quantomeno sostanziale copertura del rischio economico dell'operazione, ovvero un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato».

³⁸⁵⁷ CCo, Sez. riun. contr., 16 settembre 2011, n. 49/CONTR/2011.

³⁸⁵⁸ CCo, Sez. Autonomie, 13 giugno 2017, 15/SEZAUT/2017/QMIG.

³⁸⁵⁹ Si veda l'orientamento della CCo, Sez. reg. contr., Lombardia, 1° marzo 2017 n. 36 e, in questi termini, CCo, Sez. reg.

Ciò dovrà risultare sia negli atti preparatori del contratto, sia in modo chiaro e puntuale nel contratto. Non è sufficiente, insomma, che un contratto venga nominalmente qualificato come contratto di partenariato pubblico privato, né che vi siano clausole di mero stile ma prive di chiaro contenuto esplicativo dei rischi e della loro allocazione tra le parti per escluderne l'annoverazione tra le fonti di indebitamento, con quello che ne consegue in termini di modalità di contabilizzazione, di computo ai fini del calcolo del tetto del debito massimo ammissibile, di responsabilità per quanti contribuiscono a porre in essere atti negoziali elusivi del limite di indebitamento³⁸⁶⁰.

La "mappatura dei rischi" e la loro ripartizione tra soggetto pubblico e operatore privato costituisce, quindi, il presupposto essenziale per considerare *on-balance* ovvero *off-balance* anche il contratto di *leasing* finanziario³⁸⁶¹.

Sul punto, vanno prese in debita considerazione anche le Linee guida Anac n. 9/2018³⁸⁶². Con le quali è stata introdotto – quale condizione e presupposto essenziale del contratto in partenariato pubblico-privato – l'obbligo di corredare il contratto con la c.d. "matrice dei rischi", quale parte integrante del contratto medesimo³⁸⁶³.

PARTE IV *Del contratto di disponibilità*

Art. 197 (Definizione e disciplina)

1. Le parti determinano il contenuto del contratto di disponibilità nei limiti imposti dalle disposizioni di cui al presente articolo, tenendo conto dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

2. Il corrispettivo del contratto di disponibilità si compone di un canone di disponibilità, commisurato all'effettivo periodo per il quale l'operatore economico ha garantito il godimento dell'opera, sempre che il mancato o ridotto godimento non rientri nel rischio a carico dell'ente concedente ai sensi del comma 4.

3. Quando è convenuto il trasferimento della proprietà dell'opera all'ente concedente il corrispettivo si compone anche:

- a) di un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell'opera;*
- b) di un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, determinato in relazione al valore di mercato residuo dell'opera e tenendo conto dell'importo già versato a titolo di canone di disponibilità e di eventuale contributo in corso d'opera.*

4. Se non è diversamente convenuto tra le parti e salvo quanto disposto dal comma 5, il rischio del mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni oppure di ogni altro atto amministrativo incidente sul compimento o sulla gestione tecnica dell'opera è a carico dell'ente concedente.

5. Il rischio del mancato o ritardato rilascio di atti di approvazione o di assenso, da parte di autorità diverse dall'ente concedente, attinenti alla progettazione e alle eventuali varianti in corso d'opera è a carico dell'operatore economico.

6. Le varianti in corso d'opera sono comunicate dall'operatore economico all'ente concedente al fine di consentire a quest'ultimo di opporsi quando alterino le caratteristiche specifiche dell'opera indicate nel capitolato prestazionale.

7. Il contratto determina i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo pattuito per il compimento e la gestione dell'opera, derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti dell'autorità.

8. L'ente concedente può attribuire all'operatore economico la qualità di autorità espropriante, come definita all'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica

contr. Puglia, 30 maggio 2018, n. 89.

³⁸⁶⁰ CCo, Sez. Autonomie, 13 giugno 2017, 15/SEZAUT/2017/QMIG.

³⁸⁶¹ CCo, Sez. reg. contr., Lombardia, 24 settembre 2019 n. 359. Sul punto si rinvia a A. CRISMANI, *Strumenti finanziari per l'edilizia pubblica: il leasing, o.c.*

³⁸⁶² Anac, del. 28 marzo 2018, n. 318, Linee Guida n. 9, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, *Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato.*

³⁸⁶³ Per una ricostruzione e spunti si v. G. BIASUTTI, *I problemi di contabilizzazione nel partenariato pubblico-privato: il leasing della pubblica amministrazione*, in *l'Amministrativista.it*, 31 marzo 2016.