

Autorità per la vigilanza

sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Parere n. 24

del 31.01.2008

PREC36/08/S

Oggetto: istanze di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentate dall'Azienda U.L.S.S. 15 "Alta Padovana" e dall'Unione Industriale di Torino – locazione finanziaria per la realizzazione della nuova piastra emergenze per le UU.OO.AA. di accettazione, pronto soccorso e radiologia presso l'Ospedale di Cittadella. S.A.: dall'Azienda U.L.S.S. 15 "Alta Padovana".

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio Affari Giuridici

Considerato in fatto

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 21.09.2007, Suppl. 182, la U.L.S.S. 15 "Alta Padovana" ha indetto una procedura di gara per la realizzazione della nuova piastra emergenze per le UU.OO.AA. di accettazione, pronto soccorso e radiologia presso l'Ospedale di Cittadella mediante l'istituto della locazione finanziaria ai sensi dell'art. 160 bis del D.Lgs. 163/2006. Il bando, al punto II.1.2), classifica l'affidamento come appalto di servizi e riconduce l'appalto nell'alveo della locazione finanziaria.

In data 13 e 19 novembre 2007 sono pervenute all'Autorità due istanze di parere in relazione al suddetto bando, presentate rispettivamente dall'Azienda U.L.S.S. 15 "Alta Padovana" e dall'Unione Industriale di Torino, con le quali viene rappresentato quanto segue.

L'Azienda sanitaria espone di aver ricevuto in data 29 ottobre 2007 una richiesta, da parte dell'Unione Industriale di Torino, di revocare in autotutela il bando di gara per la presenza di profili di illegittimità relativamente alla natura dell'appalto che non sarebbe di servizi, ma di lavori. A seguito di detta richiesta la stazione appaltante ha deciso di rivolgersi a questa Autorità, al fine di chiarire se, nel caso in cui l'appalto fosse stato rubricato quale appalto di lavori, avrebbe dovuto essere diretto alle sole imprese di costruzioni, ovvero ad altri soggetti, quali una banca e/o società di intermediazione finanziaria di cui al Testo Unico Bancario, che appaiono soggetti legittimati a concludere tale contratto, fatto salvo che, come previsto nel bando, gli stessi dovranno dimostrare di possedere tutti i requisiti propri del costruttore.

Con l'istanza di parere formulata dall'Unione Industriale di Torino viene evidenziato come, classificando l'affidamento in oggetto come appalto di servizi, venga riservata la partecipazione alla gara a banche ed intermediari finanziari, pur prevedendo che, per l'esecuzione delle opere, il soggetto concorrente sia qualificato ad effettuare lavori pubblici, conformemente alla vigente normativa. Detta classificazione, secondo quanto esposto, si basa su una normativa regionale del Veneto del 7 novembre 2003, n. 27, che assoggetta le procedure per gli affidamenti secondo la formula del *leasing in costruendo* alla disciplina dei servizi. L'Unione Industriale di Torino esprime le proprie riserve in ordine a tale inquadramento, richiamando a proprio supporto, la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio, sez. quater, 27 luglio 2007 n. 5993), secondo la quale oggetto del contratto non è il semplice leasing, bensì il leasing immobiliare, finalizzato anche alla realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria. Ad avvalorare tale tesi, viene, altresì, richiamata la revoca operata in autotutela dal Ministero di Giustizia, a seguito della procedura di infrazione avviata dalla Commissione delle Comunità Europee (parere n. 2518 del 28 giugno 2006) per l'applicazione della disciplina in materia di servizi.

In data 31 gennaio 2008 si è tenuta l'audizione, alla quale hanno partecipato le parti che hanno ribadito quanto già esposto in via documentale.

Ritenuto in diritto

La questione sottoposta a questa Autorità attiene all'inquadramento giuridico dell'istituto della locazione finanziaria immobiliare (cd. "*leasing in costruendo*") che, in questi ultimi anni, ha ingenerato un forte dibattito legato agli interventi specifici del legislatore che, in forma derogatoria rispetto al principio generale contenuto all'art. 19, comma 1, della L. n. 109/1994 per cui "*i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto e di concessione di lavori pubblici*", hanno riconosciuto il leasing immobiliare con leggi speciali per particolari tipologie di opere pubbliche (ad esempio nel caso delle carceri o delle caserme).

Su tali provvedimenti legislativi derogatori, l'Autorità si è pronunciata in più occasioni, modificando, via via, il proprio orientamento che, se in un primo momento, si è dimostrato essere restrittivo e rigido verso l'istituto, considerando l'unica normativa applicabile la L. n. 109/1994 (si vedano le deliberazioni n. 337 del 4 dicembre 2002 e deliberazione n. 19 del 29 gennaio 2003), successivamente si è ammorbidito affermando che, fermo restando il principio di tassatività delle procedure di cui alla L. n. 109/1994, potevano ammettersi deroghe alla stessa, dettate per far fronte a situazioni di necessità ed urgenza, ove norme speciali ne prevedessero l'uso (si veda la deliberazione n. 145 del 23 settembre 2004).

Con la decisione del 13 aprile 2005, adottata in merito alla costruzione di un parcheggio interrato da realizzarsi nel centro storico di Lucca utilizzando l'istituto del *leasing in costruendo*, per il quale non vi era alcuna copertura normativa di deroga, questa Autorità si è espressa in modo innovativo ed anticipatore di quanto successivamente il legislatore ha previsto. In particolare, l'Autorità ha considerato l'opera da realizzare un contratto di tipo misto, con prevalenza della parte lavori, con conseguente applicazione della L. n. 109/994. Il finanziamento mediante leasing è stato, dunque, ritenuto prestazione strumentale per la realizzazione dell'opera, con l'obbligo di costituzione di una ATI tra soggetto esecutore e soggetto finanziatore.

Nello stesso senso si è pronunciata la Commissione europea, nel parere motivato C(2006)2518 in relazione ad una gara bandita dal Ministero di Giustizia per l'affidamento dell'appalto, avente ad oggetto la locazione finanziaria *in costruendo* dell'istituto penitenziario di Pordenone, dove ha ritenuto che i lavori di realizzazione dell'opera non potessero essere considerati accessori rispetto al servizio di locazione finanziaria, ma rispondenti alla definizione di appalto pubblico di lavoro. Di conseguenza, la Commissione europea ha contestato il fatto che fossero state invitate a partecipare alla gara le sole imprese che svolgono servizi finanziari e che, pertanto, l'esecuzione dei lavori fosse affidata ad imprese di costruzione scelte direttamente dalle prime.

Quanto sopra evidenziato è stato recepito nei commi 907 e 908, 912, 913 e 914 della Finanziaria 2007 che hanno introdotto, in via generale, la disciplina del *leasing* immobiliare pubblico, che è stata successivamente inserita, con le modifiche introdotte dal D.lgs 113/2007, nel D.Lgs. n. 163/2006.

Il comma 1 dell'articolo 160 bis del D.Lgs. n. 163/2006 prevede, dunque, che *“per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria”*.

Tale disposizione, così formulata, tuttavia, non è idonea a chiarire la questione della qualificazione giuridica di tale istituto e, precisamente, se esso possa considerarsi appalto di lavori o di servizi. Sul punto, a sgombrare i residui dubbi, è intervenuto di recente il regolamento per l'esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006, all'art. 3, lett. c), attualmente in fase di pubblicazione, che definisce il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità come *“il contratto che ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori; il contratto è da qualificare come appalto pubblico di lavori, salvo che gli stessi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo”*.

Tutto quanto sopra premesso, venendo al caso di specie, si osserva che, secondo quanto previsto dal paragrafo II.2) del disciplinare, la gara in questione ha ad oggetto la realizzazione e la locazione finanziaria di un immobile, da destinare a piastra emergenze che l'aggiudicatario dovrà realizzare attraverso l'esecuzione, a propria cura e spese, dell'immobile, secondo quanto specificato nel progetto e nei documenti tecnico- amministrativi. L'art. 1 del contratto di leasing dispone che, una volta ultimati i lavori, *“gli immobili verranno in parte ceduti in proprietà alla stazione appaltante, per quote millesimali indivise corrispondenti ai contributi versati e per la restante parte concessi in leasing alla stazione appaltante dietro pagamento da parte della stessa del canone di leasing periodico”*. Al termine del piano di ammortamento, secondo quanto disposto dall'art. 8 del contratto, *“la stazione appaltante procederà all'esercizio del diritto di riscatto che comporterà ipso iure, il trasferimento a favore della stazione appaltante del diritto di superficie sulle opere realizzate”*.

Da quanto sopra riportato risulta chiaro che l'oggetto del contratto, non è limitato al semplice leasing, bensì si riferisce al *“leasing immobiliare in costruendo”* che, secondo quanto sopra chiarito, costituisce un leasing finalizzato non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo, avvalendosi di un *“finanziamento”* da parte di una società finanziaria, ma anche alla realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria. Appare evidente, dunque, che il ricorso alla locazione finanziaria di per sé non consente la costruzione di un immobile; ne consegue che, ove ciò avvenga, come nel caso in esame, si realizza un indiscutibile abbinamento tra leasing e appalto di lavori. Pur volendo riconoscere alla fattispecie la natura di *“contratto misto”*, alla realizzazione dei lavori, nel caso in esame, deve essere attribuito un ruolo prevalente e, comunque, sulla base dell'articolato sopra riportato, non meramente accessorio. A conferma, è sufficiente considerare che proprio le opere realizzate rappresentano l'oggetto della locazione, che si identificano con quelle di cui l'Amministrazione abbisogna e per le quali

ritiene necessario il finanziamento e, non ultimo, su cui eserciterà il diritto di riscatto che già, di per sé, si presta a ricondurre la fattispecie nell'ambito di operatività della normativa sui lavori.

Alla luce di quanto evidenziato, posto che la prestazione principale è costituita dai lavori, risultano non conformi alla normativa vigente le disposizioni presenti nella documentazione di gara, che si riferiscono alla sola normativa sui servizi e precisamente, limitando a segnalare ad esempio: il punto II.I.2) del bando di gara che qualifica l'appalto come appalto di servizi; il punto II.I.6) che prevede il CPV 66140000 relativo ai soli servizi finanziari e che, pertanto, non indica il CPV dei lavori; ancora il punto III.3.1) che riserva la partecipazione alle banche o agli intermediari finanziari iscritti nei rispettivi albi/elenchi di cui al D.Lgs. 385/1993. Tale ultimo requisito oltre ad essere non conforme alla normativa di settore, si segnala anche per porsi in evidente violazione con il principio di concorrenza, in quanto non assicura la giusta partecipazione di tutte le imprese che possono vedersi interessate alla gara.

In base a quanto sopra considerato, nei limiti di cui in motivazione

Il Consiglio

- ritiene che l'appalto in esame è ascrivibile all'istituto della locazione finanziaria immobiliare di cui all'art. 160 bis del D.Lgs. n. 163/2006 e sia da qualificarsi come appalto di lavori pubblici;
- ritiene che i requisiti di partecipazione alla procedura di gara debbano riferirsi a quelli previsti per l'appalto di lavori pubblici.

Il Consigliere Relatore

Il Presidente f.f.

Alessandro Botto

Guido Moutier

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 15 febbraio 2008