

Parere n.217 del 24/11/2011

PREC 172/11/L

Oggetto: Istanza di parere per la soluzione delle controversie *ex* articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006 presentata dall'ANCE di Chieti – “*Procedura aperta per la realizzazione del polo scolastico in Montesilvano Colle ai sensi dell’art. 160-bis del D.Lgs. n. 163/2006 (leasing in costruendo)*” – Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa – Importo a base d’asta: euro 2.000.000,00 – S.A.: Comune di Montesilvano (PE).

Il Consiglio

Vista la relazione dell’Ufficio del Precontenzioso

Considerato in fatto

In data 23 giugno 2011 è pervenuta l’istanza in epigrafe, con la quale l’ANCE di Chieti ha chiesto un parere in merito alla legittimità della procedura indetta dal Comune di Montesilvano per l’affidamento dei lavori di realizzazione del polo scolastico in Montesilvano Colle, da eseguirsi mediante *leasing in costruendo*.

Più specificamente, l’istante contesta il bando di gara nella parte in cui prevede che: a) “*L’opera, una volta realizzata a cura e spese dell’aggiudicatario, verrà concessa in locazione finanziaria (leasing in costruendo) alla Stazione appaltante dietro il pagamento di 40 canoni semestrali costanti posticipati, senza nessun anticipo iniziale (tasso IRS scad. 20 anni ricavabile dal quotidiano “Il Sole 24 Ore”, il giorno lavorativo bancario precedente alla data ultima per la presentazione delle offerte e spread offerto in sede di gara) oltre alla quota di riscatto al termine del contratto di locazione finanziaria...*”; b) “*Rimane salva la possibilità, a discrezione dell’Ente, di utilizzare eventuali somme a disposizione a titolo di maxi rate con conseguente riduzione del capitale finanziario e rideterminazione del piano di ammortamento, senza penali e/o spese aggiuntive*”.

L’Associazione istante ha quindi esposto, quanto alla clausola sub a), l’impossibilità per un istituto finanziario di obbligarsi, al momento dell’offerta, ad applicare nel contratto di *leasing in costruendo* le condizioni *ut supra* predeterminate dalla S.A., ancorate ad un parametro (IRS 20 anni) fissato in funzione delle previsioni rilevate al momento della conclusione del contratto di finanziamento; quanto alla clausola sub b), la stessa ha rilevato l’antieconomicità del contratto, in relazione alla facoltà per l’Ente di rimborsare liberamente il capitale, a prescindere dal piano finanziario convenuto.

In riscontro all’istruttoria procedimentale, formalmente avviata in data 3 agosto 2011, la S.A. ha ribadito la legittimità del bando contestato.

Ritenuto in diritto

La questione controversa oggetto del presente esame concerne la legittimità della procedura indetta dal Comune di Montesilvano per l'affidamento, ai sensi dell'art. 160-bis del D.Lgs. n. 163/2006, dei lavori di realizzazione del polo scolastico in Montesilvano Colle.

Pertanto, la questione in esame sottende l'inquadramento giuridico dell'istituto della locazione finanziaria immobiliare (cd. *"leasing in costruendo"*) che, in questi ultimi anni, ha ingenerato un forte dibattito legato a specifici interventi 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 in costruendo"*.

Quanto appena evidenziato è stato recepito nei commi 907 e 908, 912, 913 e 914 della Finanziaria 2007 i quali 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..."*.

Da quanto sopra risulta chiaro che l'oggetto del contratto previsto nella fattispecie in esame non è limitato al semplice *leasing*, bensì si riferisce al *"leasing immobiliare in costruendo"* che costituisce un *leasing* finalizzato non alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo, tramite "finanziamento" da parte di una società finanziaria, ma anche (se non esclusivamente) alla realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziaria.

Appare evidente, infatti, 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* in senso proprio e appalto di lavori (cfr. sul punto il parere di questa Autorità 31/1/2008 n. 24).

E ciò che viene in rilievo nel caso di specie è unicamente la finalità della *"certezza del costo dell'opera"*, connotata al ricorso al *"leasing immobiliare in costruendo"*, nonché la possibilità, che l'Ente si riserva in presenza di eventuali risorse economiche, di poter legittimamente procedere, in corso di ammortamento, ad un parziale rimborso di quote di capitale superiore a quello delle singole rate di canone, senza penali e/o spese aggiuntive.

Inoltre, la medesima S.A. pertinentemente osserva che *"non si può non tenere conto dell'insita capacità degli istituti bancari di valutare il rischio economico di nuove attività e della contestuale competenza di indicizzare il rischio, traducendolo in una adeguata offerta economica attraverso la formulazione di uno spread ritenuto adeguato, così come proposto e previsto nel bando di gara"*.

Sicché, è la risposta in concreto del mercato finanziario alla domanda della S.A. l'unico regolatore che permette di valutare l'eventuale infruttuoso esperimento della gara per diseconomia del contratto: ma questa è una eventualità – da verificare – che non attiene all'asserito illegittimo esercizio della discrezionalità amministrativa da parte della S.A., quanto, al più, all'opportunità della scelta adottata.

In base a tutto quanto sopra considerato, pertanto,

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, conforme all'ordinamento di settore la procedura di gara indetta dal Comune di Montesilvano per l'affidamento, ai sensi dell'art. 160-*bis* del D.Lgs. n. 163/2006, dei lavori di realizzazione del polo scolastico in Montesilvano Colle.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente f.f.: Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 5 dicembre 2011

Il segretario: Maria Esposito