



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

*Presidente*

**All'Università degli Studi di Padova**

12 marzo 2015

**AG 05/15/AP**

*Oggetto: Università degli Studi di Padova - Leasing in costruendo – Terreno di proprietà del costruttore – Criticità relative all'applicazione dell'istituto – Illegittimità di ricorso all'art. 57, comma 2, lett. b) - Contratto di vendita di cosa futura – Compatibilità dell'istituto con la fattispecie concreta – Sussiste - Verifica di ulteriori elementi*

In esito a quanto richiesto con nota prot. 121616, del 3 novembre 2014, si comunica che il Consiglio - nella seduta dell'11 e 12 marzo 2015 - ha approvato le seguenti considerazioni.

Nella citata nota, l'Università di Padova ha sottoposto a questa Autorità una richiesta di parere circa la corretta applicazione della disciplina dell'art. 160-bis D.lgs 163/2006, locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, cd *leasing in costruendo*, all'ipotesi di acquisto di un terreno edificabile limitrofo ad una sorta di cittadella universitaria, con contestuale affidamento di lavori al proprietario costruttore per la costruzione di opera pubblica mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. b) del Codice. Precisa, in particolare, l'Ateneo di aver individuato la collocazione dell'immobile da costruire in “*un'area dotata di caratteristiche uniche, strategica per l'Ateneo così da costruire un bene assolutamente infungibile, sia sotto il profilo localizzativo, sia sotto quello urbanistico*”; ciò premesso, dopo aver specificato di voler intendere l'operazione economica quale appalto di lavori, domanda se sia legittimo praticare un affidamento diretto, trattandosi di un contratto suscettibile di affidamento a un unico e determinato operatore economico, *i.e.* il costruttore/proprietario dell'area. Domanda, specificamente, il soggetto istante “*se nel caso di specie le specifiche circostanze evidenziate e in particolare l'infungibilità dell'area costituiscano motivi idonei e sufficienti per addivenire a una negoziazione diretta con il suo proprietario quale unico e determinato operatore economico in grado di assicurare all'ateneo la disponibilità dell'immobile che si intende realizzare proprio su quell'area e che la proprietà potrebbe realizzare anche autonomamente in conformità al PRG*”. L'istanza è corredata di un parere giuridico del Prof. Avv. Vittorio Domenichelli, ordinario di diritto amministrativo dell'Ateneo, che argomenta più diffusamente nel diritto le citate richieste. In esito a quanto richiesto, si rimettono le seguenti considerazioni.

La Determinazione Avcp 22 maggio 2013, n. 4, ha fornito linee guida sulle operazioni di *leasing immobiliare in costruendo*, cui integralmente si rinvia per la più prudente e accurata applicazione della disciplina, limitandosi in questa sede a una succinta ricostruzione dell'istituto proposto con particolare attenzione alle criticità che si riscontrano nella proposta applicazione. Ai sensi dell'art. 3, comma 15-bis del Codice, la locazione finanziaria è qualificata come contratto di partenariato pubblico privato, avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori. Con il *leasing in costruendo*, in sostanza, una parte si obbliga a costruire, finanziandone il costo, un bene immobile rispondente ad



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

esigenze funzionali dell'altra, e a concederlo in locazione al medesimo, a fronte del versamento di canoni periodici, assumendo la controparte il diritto di riscatto, preordinato a ottenere la piena proprietà dell'opera alla scadenza del contratto (cd opzione finale di acquisto). Il contratto di *leasing in costruendo* manifesta i tratti caratteristici della fattispecie di collegamento negoziale, sia sotto il profilo civilistico, per l'unitarietà di causa dell'operazione negoziale, sia sotto il profilo pubblicistico, per la caratteristica unitarietà data dalla procedura da utilizzare. Ai fini della disciplina del Codice, l'istituto si presenta inoltre come contratto misto, in cui è definita prevalente in via presuntiva la parte dei lavori (160-bis, comma 1) sulla prestazione di *leasing*. L'art. 160-bis, comma 4-ter, detta sintetici elementi con riguardo alla strutturazione della gara e al procedimento da adottare, prevedendo che la stazione appaltante debba porre a base di gara un progetto di livello almeno preliminare, mentre spetta all'aggiudicatario provvedere alla predisposizione dei successivi livelli progettuali oltre che all'esecuzione dell'opera.

In merito alla fattispecie sottoposta a questa Autorità dall'Università di Padova, occorre rilevare alcuni elementi di criticità. La realizzazione dell'opera e la contestuale acquisizione del terreno su cui esso deve essere costruito non può, infatti, consentire un sostanziale aggiramento delle procedure di gara e delle procedure volte a consentire l'espropriazione per pubblica utilità unitamente ai limiti, anche economici, cui tali procedimenti sono subordinati.

Con riferimento alla procedura di gara, la Determinazione 4/2013, dopo aver qualificato la fattispecie negoziale come appalto misto, con una componente presuntivamente prevalente di lavori e una presuntivamente accessoria di servizi, afferma bensì che possono trovare applicazione tutte le procedure contemplate dal Codice per l'affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, con le relative norme in tema di pubblicità e termini (art. 54, Codice). D'altra parte, con riguardo alla applicabilità dell'art. 57, comma 2, lett. b), prospettata dall'Università di Padova, pare necessario chiarire che *“le ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi”*, che rappresentano il presupposto necessario per il ricorso alla procedura negoziata di affidamento ad esecutore determinato – contemplando un'eccezione alla regola della apertura alla concorrenza dell'affidamento di opere pubbliche - devono essere interpretate con criterio rigorosamente restrittivo (Consiglio di Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997, Consiglio di Stato, sez. III, 08 gennaio 2013, n. 26, T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 29 maggio 2012, n. 2528). In tal senso, pare difficile sostenere che il legislatore, individuando le ragioni *“attinenti alla tutela di diritti esclusivi”* abbia inteso riferirsi ai diritti del proprietario. A tal riguardo, afferma la recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che *“il ricorso al sistema di scelta della procedura negoziata senza pubblicazione del bando per la stipula di un contratto relativo a lavori, forniture e servizi pubblici, prevista dall'art. 57 comma 2 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva. Tra i presupposti richiesti dal citato art. 57, non può annoverarsi l'ipotesi in cui venga individuata quale affidataria l'impresa in quanto affittuaria dei terreni sui quali i lavori stessi devono essere realizzati; eventualità quest'ultima in nessun modo assimilabile a quelle “ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi”, contemplate dal citato art. 57, comma 2, lett. b)”* (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 aprile 2014 n. 2255). E' evidente, infatti, che *“in sede di affidamento di appalti pubblici, la procedura di evidenza*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

*pubblica costituisce un presidio indispensabile a garanzia del corretto dispiegarsi della libertà di concorrenza e della trasparenza dell'operato delle amministrazioni dalla quale si può prescindere, ai sensi dell'art. 57, comma 2, d.lgs. 163/2006 (Codice degli appalti) solo eccezionalmente” (T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 31 gennaio 2013, n. 154).*

Sulla scorta della citata Determinazione Avcp, pare inoltre necessario richiamare l'attenzione sul fatto che l'acquisizione dell'area deve, infatti, formare oggetto di apposita valutazione in sede di gara per l'affidamento del contratto, in base alla fissazione dei requisiti minimi delle stesse, quali ad esempio la localizzazione, il grado di rispondenza della stessa alle finalità pubbliche per le quali deve essere realizzata, il livello di urbanizzazione delle zone circostanti etc. Nel caso di specie, alcune perplessità emergono dalla constatazione che la ricerca sulla localizzazione dell'opera appare essere stata svolta dalla stazione appaltante preventivamente rispetto alla selezione dell'aggiudicatario e, anzi, la stessa selezione dell'esecutore viene proposta come conseguenza necessitata dell'individuazione dell'area.

Con riguardo alla disponibilità dell'area e all'acquisizione della stessa contestualmente alla procedura ipotizzata per l'affidamento della costruzione, non si comprende con chiarezza inoltre se – nel contesto rappresentato - siano state prese in considerazione le procedure di esproprio e sia stata effettuata la valutazione dell'impatto economico delle stesse. L'art. 160-bis, comma 4-quater, la cui prescrizione presuppone il caso di opera costruita su area di privati dispone che *“l'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi”* (art. 160-bis, comma 4-quater): non può essere sottaciuto a tal proposito che le procedure di esproprio inciderebbero in maniera significativa sul quadro amministrativo, economico e finanziario dell'operazione. A tal proposito, la Determinazione 4/2013 afferma che la disponibilità delle aree *“dovrebbe formare oggetto di apposita valutazione in sede di gara in base alla fissazione di requisiti minimi delle stesse (quali, ad esempio, la localizzazione, il grado di rispondenza della stessa alle specifiche finalità pubbliche per cui deve essere realizzata, il livello di urbanizzazione delle zone circostanti, ecc.). Una simile opzione potrebbe, tuttavia, alterare la piena comparabilità delle offerte; inoltre, le procedure di esproprio che si renderebbero eventualmente necessarie, a causa degli iter complessi e costosi, potrebbero avere un impatto negativo sulla possibilità che l'operazione si sviluppi nell'ambito di un quadro amministrativo, economico e finanziario certo. In alternativa, la stazione appaltante potrebbe valutare l'opportunità di esperire un'apposita procedura per l'individuazione dell'area su cui far realizzare l'opera”*. A tal proposito, si deve altresì ricordare che il contratto debba regolare anche la competenza relativamente alla procedura di esproprio.

Deve, ancora, osservarsi che, nella prospettiva rappresentata dall'istante, non emerge con sufficiente chiarezza il regime finanziario creditizio, che pur rappresenta un elemento di particolare rilevanza tanto nello schema astratto del legislatore, quanto nella fattispecie concreta ipotizzata. Preme rilevare, in questa sede, che nell'art. 160-bis, comma 2, è prescritto che il bando *“determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico- realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*: si tratta di requisiti ulteriori di qualificazione rispetto a quelli ordinariamente richiesti, nel caso in cui il soggetto aggiudicatario debba possedere al contempo le capacità di esecutore e quelle di finanziatore. Il combinato disposto del suddetto comma con il comma



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

4-bis rende chiaro altresì che, ove intervenga un soggetto finanziatore diverso dall'esecutore, questi deve dimostrare di essere autorizzato ai sensi del d.lgs 1 settembre 1993, n. 385, Testo Unico Bancario.

In disparte ogni più approfondita valutazione della Stazione appaltante e impregiudicata ogni più attenta valutazione in merito ai possibili correttivi da apportare all'istituto sopra descritto, si rappresenta che la fattispecie sottoposta all'esame di questa Autorità pare presentare, piuttosto, i caratteri dell'istituto della vendita di cosa futura (1472 cc), applicato alla contrattualistica pubblica.

A tal proposito, occorre chiarire preliminarmente che la legittimità dell'istituto in parola è stata riconosciuta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato ed è pacificamente ammessa, anche nei contratti pubblici, a partire dalla constatazione della legittimazione negoziale dei soggetti pubblici, dotto il profilo del diritto comune. Afferma, infatti, il Consiglio di Stato che *“è ammissibile il ricorso alla compravendita di cosa futura, ma solo nei ristrettissimi limiti in cui l'opera da “realizzare” o, meglio, da acquisire, costituisca, secondo un ampiamente motivato e documentato apprezzamento dell'amministrazione, un bene infungibile, con riguardo alle sue caratteristiche strutturali e topografiche, ovvero un bene unico nel suo genere, non acquisibile in altri modi, ovvero a prezzi, condizioni e tempi inaccettabili per il più solerte perseguimento dell'interesse pubblico”* (Consiglio di Stato, Ad. gen., 17 febbraio 2000, n. 2).

L'Autorità condivide tale orientamento, di cui nel caso di specie devono essere verificati i presupposti di fatto, ancorché sia da riaffermare preliminarmente che tale valutazione debba essere oggetto di interpretazione restrittiva. Afferma l'Avcp che tale istituto *“costituisce una fattispecie del tutto eccezionale e marginale per l'acquisizione di immobili da parte di Pubbliche Amministrazioni, dovendo le stesse verificare preliminarmente la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di realizzazione di opere pubbliche previste dal Codice dei contratti pubblici e, solo qualora sia accertata la non praticabilità di tali procedure in ragione di specialissime, motivate e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità, è possibile acquisire l'immobile secondo la procedura della compravendita di cosa futura”* (Parere sulla normativa, 25 febbraio 2010, n. 46; cfr altresì Avcp, Deliberazione 9 giugno 2004, n. 105).

Secondo tale restrittivo orientamento, il ricorso all'acquisto di cosa futura è consentito solo a seguito della rigorosa verifica della non praticabilità delle ordinarie procedure di affidamento di un contratto pubblico, in relazione a particolari e documentate esigenze di celerità, funzionalità ed economicità. Più precisamente, in conformità all'orientamento del Consiglio di Stato, l'Autorità ha chiarito che le condizioni che giustificano il ricorso al contratto di compravendita di cosa futura sono: *“a) l'espletamento di una preventiva gara informale, qualora l'area non sia puntualmente localizzabile; b) l'immobile da acquistare possieda caratteristiche che lo rendono infungibile; c) l'immobile abbia la destinazione urbanistica prevista dal PRG; d) sia compiuta una valutazione costi-benefici; e) il titolo di proprietà dell'area sia stato acquisito dal venditore in epoca “non sospetta” rispetto alla determinazione dell'Amministrazione di munirsi del bene; f) l'oggetto del contratto sia esaustivamente determinato sin dal momento della stipula; g) si proceda alla verifica del possesso, da parte del venditore, di sufficienti requisiti di capacità economica che valgano ad assicurare in via preventiva l'adempimento delle obbligazioni contrattuali, requisiti che devono preesistere alla stipulazione del contratto”* (Avcp, Parere sulla normativa, 17 gennaio 2014, n. 3). Nel caso di specie, poiché nell'istanza di parere il richiedente ha attestato prima facie la sussistenza dei presupposti necessari e sufficienti alla configurabilità di tale procedimento, preme in questa sede sottolineare: a) che data la configurazione eccezionale dell'istituto si suggerisce



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### *Presidente*

l'adozione del più stringente impianto motivazionale; b) che sia rigorosamente dimostrato il requisito sub e), i.e. che il venditore dell'opera *costruenda* abbia acquistato il terreno in epoca sufficientemente antecedente rispetto alla determinazione a contrarre dell'amministrazione dell'Ateneo, in modo tale che si possa fugare il sospetto di pratiche collusive.

In conclusione, nel procedimento di leasing in costruendo sottoposto dall'Università di Padova all'esame di questa Autorità, si ravvisano elementi di perplessità con riguardo al procedimento di selezione dell'aggiudicatario, alle procedure di acquisizione dell'area e alla complessiva operazione negoziale sotto il profilo finanziario- creditizio. In particolare, con riguardo alla specifica questione relativa alla possibilità per la stazione appaltante di affidare l'opera mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ex art. 57, comma 2, lett. b), si rappresenta che le ragioni "attinenti alla tutela di diritti esclusivi" non possono in alcun modo essere riferite ai diritti del proprietario e che l'acquisizione dell'area deve formare oggetto di apposita valutazione nella sede della gara volta all'affidamento del contratto di leasing in costruendo, in base alla fissazione dei requisiti minimi delle stesse, quali ad esempio la localizzazione, il grado di rispondenza della stessa alle finalità pubbliche per le quali deve essere realizzata, il livello di urbanizzazione delle zone circostanti.

Con riguardo alla fattispecie rappresentata, si rappresenta che – sulla base di quanto dichiarato dal richiedente - sembrano sussistere i presupposti per l'applicazione dell'istituto della vendita di cosa futura. Rispetto a tale contratto l'Autorità ha consolidato la propria posizione, conformemente all'orientamento del Consiglio di Stato, Ad. Gen. 2/2000. Si rinvia a questa pronuncia e alla successiva prassi deliberativa dell'Autorità per la verifica della ricorrenza dei presupposti nel caso di specie, sottolineando la necessaria stringente motivazione degli atti a sostegno di tale eventuale ipotesi e, in particolare, la necessaria dimostrazione del titolo di acquisto del terreno in epoca sufficientemente antecedente a quella di determinazione a contrarre dell'Ateneo con il proprietario/costruttore. La verifica della ricorrenza di tali presupposti legittimanti l'utilizzo del contratto di compravendita di cosa futura è rimessa alla prudente valutazione dell'Amministrazione istante, nei ristretti limiti che la giurisprudenza e la prassi dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici hanno riconosciuto.

*Raffaele Cantone*