

Leader  
in DecommissioningGENERAL SMONTAGGI  
www.generalsmontaggi.com

# Norme e Impresa

Leader  
in DecommissioningGENERAL SMONTAGGI  
www.generalsmontaggi.com

## Con il parere dell'Autorità sul bando di Cittadella che boccia l'ipotesi della gara di servizi Leasing, costruttori in pole position

«Riservare la partecipazione alle banche è una indebita violazione del principio di concorrenza»

**I leasing immobiliare in costruendo è un appalto di lavori e non di servizi.** In quanto tale va realizzato con le regole dei lavori e non è possibile riservare la gara a un solo soggetto – le banche in particolare – senza alterare il principio della libera concorrenza. Anticipando di qualche mese la norma chiarificatrice del regolamento di attuazione del codice degli appalti, l'Autorità di vigilanza sui contratti ha teso la mano ai costruttori e li ha riportati su un piano prioritario, se non addirittura di preminenza nella gestione di questi contratti.

### La vicenda

Lo spunto deriva da un parere richiesto all'Autorità in sede di precontenzioso, ovvero quel meccanismo di risoluzione bonaria delle controversie insorte sulle gare attivate con successo dall'Autorità per ridurre il contenzioso sugli appalti. A via di Ripetta ha bussato l'Unione industriali di Torino o meglio, la sua associazione Im-

### IN ANTICIPO SUL REGOLAMENTO

Le questioni alla base del parere n. 24/2008 dell'Autorità di vigilanza

#### LA GARA

L'Asl ha appaltato come **gara di servizi** la costruzione in leasing della piastra logistica per il Pronto soccorso dell'ospedale di Cittadella

#### IL PARERE

L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha stabilito che il leasing in costruendo si atteggia ad **appalto di lavori** e non di servizi

#### IL REGOLAMENTO

L'articolo 3 lett. c) del regolamento spiega che il leasing è «da qualificare come **appalto pubblico di lavori**, salvo che gli stessi abbiano carattere meramente accessorio»

prese impianti tecnologici (Ait) per lamentare una restrizione della concorrenza in un bando di leasing in costruendo. L'appalto è stato bandito a settembre dalla Asl 15 «Alta Padovana» che ha bisogno di una piastra emergenze per l'accettazione e il pronto soccorso dell'ospedale di Cittadella (Padova). Due i punti critici contestati dall'Unione industriali: la classificazione della gara da oltre 21 milioni come appalto di servizi e la riserva di partecipazione «alle banche e agli intermediari finanziari». Anche se subito

dopo il bando precisa che «al fine di eseguire le opere il soggetto concorrente dovrà essere qualificato, in base alla normativa vigente, a eseguire i lavori pubblici». E in effetti nel bando non mancano le indicazioni sulle categorie e le classifiche necessarie per competere.

Ma per **Luigi Gozzo**, presidente di Ait, in questo modo si limita troppo la partecipazione: «Il bando ci era stato segnalato da un'impresa di costruzioni che non riusciva a trovare un partner. Le banche più grandi infatti partecipavano già attraverso so-

cietà del gruppo o controllate, le più piccole non intendevano partecipare come capogruppo in Ati in una gara prevalentemente di costruzioni». «A scoraggiare ancora di più le banche c'era anche la previsione di una loro responsabilità anche sui vizi dell'opera» aggiunge Gozzo.

Una volta scattata la segnalazione all'Autorità anche la Asl ha deciso di sottoporsi al giudizio (non vincolante di via di Ripetta). «Il nostro obiettivo – spiega il responsabile del procedimento, **Tommaso Caputo** –

è quello di avere un appalto a prova di ricorsi, quindi abbiamo preferito risolvere da subito le questioni. Dal canto suo, la Asl si è difesa ricordando di avere solo applicato l'articolo 46-bis della legge del Veneto sui lavori pubblici (la 27/2003) che prevede che «il contratto di locazione finanziaria... è stipulato con soggetti iscritti nell'elenco degli intermediari finanziari... individuati a seguito dell'espletamento della procedura a evidenza pubblica, ai sensi della vigente normativa in materia di appalti di servizi».

### Il parere

Per l'Autorità non ci sono dubbi. Anzi si legge nel parere «a sgombrare i residui dubbi» sta per intervenire la norma del regolamento di attuazione del codice secondo cui in generale il leasing in costruendo va sempre classificato «come appalto pubblico di lavori, salvo che gli stessi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesi-

mo» (articolo 3, lettera c). E questo è ciò che è successo anche per l'ospedale di Cittadella. «Pur volendo ricorrere alla fattispecie di contratto misto – si legge nel documento – alla realizzazione dei lavori, nel caso in esame, deve essere attribuito un ruolo prevalente». In più, secondo l'Autorità appare ingiustificata la restrizione della partecipazione alle sole banche «in evidente violazione del principio di concorrenza». La pronuncia non va oltre e lascia irrisolti il problema del difficile rapporto ed equilibrio nel raggruppamento tra soggetto finanziatore e soggetto costruttore (si veda anche l'analisi in basso). Come conferma anche il commento del responsabile della gara: «Certo ci adegueremo al responso dell'Autorità – dice Caputo – e nei prossimi giorni vedremo come, ma resta da capire quale sarà l'interlocutore principale della stazione appaltante». ■

VALERIA UVA

**C**on il parere n. 24, depositato lo scorso 15 febbraio, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha bocciato il bando di gara pubblicato da una Asl, per la realizzazione, mediante leasing in costruendo, di una nuova piastra ospedaliera. Il motivo? Il bando qualificava l'appalto come di servizi e riservava la partecipazione a banche e/o società di intermediazione finanziaria.

L'Autorità di vigilanza, dopo aver dato atto che l'articolo 160-bis non chiarisce la natura giuridica della locazione finanziaria di beni immobili ovvero se essa debba essere ricondotta nell'ambito degli appalti di servizi o dei lavori, ha sottolineato che, ai sensi dell'articolo 3 del nuovo regolamento, 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. Conclusione quest'ultima cui si poteva già pervenire sulla base della disciplina dei contratti misti di cui all'articolo 14 del codice.

### Il Tar Lazio

Il cuore del ragionamento del-

### Un precedente identico dal Tar del Lazio

l'Autorità riprende, letteralmente, la decisione del Tar per il Lazio n. 5993 dello scorso 27 luglio, con la quale il giudice amministrativo aveva sentenziato che – nel cosiddetto leasing in costruendo – «si realizza un indiscutibile abbinamento tra leasing e appalto di lavori», nell'ambito del quale «alla realizzazione dei lavori dovrebbe essere attribuito un ruolo prevalente e, comunque, non potrebbe esserle attribuito un ruolo meramente accessorio».

Non sorprende, allora, che l'articolo 114 del nuovo Regolamento di attuazione del codice appalti (ancora in corso di pubblicazione sulla «Gazzetta Ufficiale») abbia chiarito, una volta per tutte, che

l'operatore economico offerente possa essere un raggruppamento temporaneo di imprese. Si tratta, invero, di una soluzione pressoché obbligata, in quanto la sola alternativa al raggruppamento temporaneo è rappresentata dall'avvalimento.

Il che tradotto significa che la società di leasing offerente dovrebbe produrre un contratto in virtù del quale l'impresa di costruzioni si obbliga nei confronti della stessa società a fornire i requisiti di qualificazione e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto di lavori (attraverso, ad esempio, un contratto di affitto d'azienda).

### L'avvalimento

L'ipotesi dell'avvalimento, tuttavia, appare poco realistica per le seguenti ragioni: la prima è che, in termini concreti, essa im-

porrebbe alla società di leasing di stipulare, ad esempio, un contratto di affitto d'azienda con un'impresa di costruzioni. La stessa società di leasing dovrebbe poi utilizzare, ai fini esecutivi, l'azienda (o il ramo d'azienda) affittata dall'impresa ausiliaria. Ipotesi quest'ultima che, a parere di chi scrive, è scarsamente praticabile.

Vi è, tuttavia, un'altra ragione che appare di fatto ridurre di molto la possibilità di fare ricorso all'avvalimento. In base al terzo comma dell'articolo 160-bis del Dlgs 163/2006, in caso di raggruppamento temporaneo, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta (si introduce, così, una deroga alla regola generale della solidarietà nei raggruppa-

menti temporanei).

Quindi, l'impresa di costruzioni risponde limitatamente all'obbligazione assunta di realizzare l'opera, mentre la società di leasing è responsabile in relazione al solo obbligo di finanziarne la costruzione. Il che è coerente con la natura propria di quest'ultimo soggetto, il quale deve sopportare i rischi esclusivamente di carattere finanziario, allocando contrattualmente tutti i rischi connessi alla realizzazione dell'opera in capo al soggetto esecutore, e negoziando a tal fine tutte le garanzie che consentano una adeguata copertura dei rischi medesimi.

Nel caso di avvalimento, al contrario, la società di leasing concorrente e l'impresa di costruzioni ausiliaria sarebbero responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (articolo 49, comma 4, del codice).

Appare allora evidente che la formula del raggruppamento temporaneo è quella che meglio si accorda con la natura mista del contratto, corrispondendo – peraltro – all'interesse dell'amministrazione all'incremento dei potenziali concorrenti. ■

## Per unire finanziatori e realizzatori il raggruppamento è la via obbligata

DI FRANCESCO MARZARI  
Avvocato

### Avvalimento, il nodo è la responsabilità