

Precisazione del Tar Lombardia sulle cause di esclusione

L'Ati va in leasing

Impresa e finanziatore insieme in gara

DI ANDREA MASCOLINI

Nel leasing in costruendo è illegittimo escludere l'associazione temporanea fra costruttore e finanziatore; il costruttore non può essere oggetto di avvalimento da parte della società di leasing. L'ha precisato il Tar Lombardia, Brescia, sezione seconda, con la sentenza del 5 maggio 2010 n. 1675 relativamente ad una gara per l'ampliamento di una scuola tramite leasing in costruendo dove era ammesso a partecipare il solo soggetto finanziatore che, a sua volta, era tenuto a dimostrare il possesso dei mezzi necessari a realizzare i lavori «se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti». In sostanza, il soggetto finanziatore doveva essere il dominus incontrastato dell'appalto e l'impresa di costruzione poteva rivestire l'eventuale ruolo di «società ausiliaria» di un avvalimento, non essendo peraltro ammessa neanche l'associazione temporanea. La questione consentiva quindi al Tar di affrontare una serie di profili attinenti innanzitutto ai rapporti fra la disciplina delle Ati e l'istituto del leasing in costruendo e fra quest'ultimo e il cosiddetto avvalimento. In relazione alla normativa del codice i giudici

concordano sul fatto che l'associazione prefigurata dall'articolo 160-bis fra società di leasing e costruttore risulti atipica rispetto alla disciplina generale sulle Ati (perché manca, ad esempio, quella solidarietà che, in ragione della eterogeneità delle prestazioni viene esclusa). Il problema si pone quindi rispetto all'utilizzo di una sorta di avvalimento atipico nel caso della fattispecie di leasing oggetto del giudizio, visto che l'articolo 49 del codice, per l'usuale avvalimento, prevede la responsabilità solidale fra appaltatore e società ausiliaria. Notano infatti i giudici lombardi che «il regime della solidarietà è incompatibile con l'avvalimento atipico e, nel silenzio della norma, opera la deroga alla regola generale di cui all'art. 49, con conseguente responsabilità frazionata dei due soggetti coinvolti». Per il Tar neanche con l'associazione fra finanziatore e costruttore prevista dall'articolo 160-bis si definisce un rapporto solidale, visto che la norma delinea un raggruppamento eterogeneo (prestazioni distinte in capo ai due soggetti coinvolti) per il quale non opera il regime di solidarietà. Se infatti ci fosse responsabilità solidale, nell'inadempimento del costruttore, la società di leasing potreb-

be essere chiamata a realizzare in proprio i lavori; così come al contrario, il costruttore potrebbe essere chiamato a far fronte da sé agli stati di avanzamento lavori, mantenendo in essere ed onorando il mutuo concesso all'amministrazione in esito all'appalto. Il che non appare possibile. Dal punto di vista dei rapporti contrattuali, inoltre, il Tar esclude che il contratto di appalto possa essere stipulato tra il finanziatore ed il costruttore: ciò significherebbe che l'amministrazione non avrebbe alcun ruolo nella fase esecutiva, anche sotto il profilo di quei controlli (sicurezza e altri) che verrebbero illegittimamente trasferiti in capo al finanziatore. I giudici quindi censurano l'esclusione dell'istituto dell'associazione temporanea e precisano che l'avvalimento non può implicare la totale espulsione dell'impresa costruttrice dalla procedura di gara e dal contratto avente ad oggetto l'esecuzione di lavori. In sostanza si tratta sempre di realizzare un'opera pubblica in cui il soggetto (finanziatore) che comunque «non può essere il dominus dell'intera operazione, essendo del tutto estraneo alla prestazione relativa ai lavori» oltre a non essere organizzato per svolgerla.

—© Riproduzione riservata—

