

Il Tar Lombardia bocchia l'esclusione delle Ati dalle gare per il leasing in costruendo

Il tribunale amministrativo chiarisce che si tratta di una possibilità espressamente ammessa dal codice: l'articolo 160-*bis* prevede infatti l'affidamento della locazione finanziaria a un'associazione temporanea costituita da chi finanzia e chi realizza l'opera.

DI PAOLA CONIO

Una recente sentenza del Tar di Brescia (la 1675/2010) affronta il tema del leasing in costruendo ricostruendo in modo ampio e articolato una fattispecie relativamente nuova per il settore delle opere pubbliche, sulla quale ancora esistono varie incertezze interpretative.

La pronuncia del Tar di Brescia segue al ricorso promosso da una impresa di costruzioni che si era vista precludere dal bando pubblicato da un'amministrazione comunale lombarda la possibilità di partecipazione alla gara per un leasing in costruendo in associazione con una Società di leasing finanziario, così come invece espressamente consentito dalla normativa vigente.

Il caso

Un'amministrazione comunale lombarda ha pubblicato un bando di gara per la realizzazione, in regime di locazione finanziaria, dell'ampliamento di una struttura scolastica. La *lex specialis*, tuttavia, vietava ai soggetti interessati di presentarsi in Ati, imponendo necessariamente la partecipazione del solo

Testo a pagina 22

soggetto finanziatore, ovvero un'impresa autorizzata ai sensi del Testo unico in materia bancaria e creditizia (decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385), che avrebbe dovuto fare necessariamente ricorso all'avvalimento per potersi dotare dei

In caso di avvalimento non è ammissibile che il contratto venga stipulato lasciando la Pa fuori dalla fase realizzativa

mezzi necessari all'esecuzione materiale dell'opera.

Consequentemente, un'impresa di costruzioni interessata alla partecipazione in Ati con un soggetto finanziario, avendo la certezza del-

l'esclusione della propria candidatura in base alle previsioni del bando di gara ha, invece, presentato ricorso per l'annullamento dell'intera procedura.

La decisione

Dopo aver ricostruito in modo analitico il contratto di leasing, sia nella sua forma "atipica" (quella, cioè, comunemente utilizzata nel diritto commerciale), sia nella forma tipizzata dal codice dei contratti pubblici, finalizzata alla realizzazione di opere pubbliche o, comunque, di pubblico interesse, il Tribunale di Brescia conclude per l'accoglimento del ricorso presentato dall'impresa di costruzioni, osservando che non è legittimo per la stazione appaltante limitare alla sola fattispecie dell'avvalimento la modalità di partecipazione a questa tipologia di gara, quando la normativa vigente, invece, consente espressamente agli interessati di concorrere in Ati, oltre che assumendo la veste di contraente generale.

Oltre a risultare in contrasto con il dettato normativo, una simile limitazione, ad avviso del Tar Brescia, non risponde ad alcun apprezz-

zabile interesse delle stazioni appaltanti, poiché, indipendentemente dalla modalità organizzativa scelta per la partecipazione al confronto concorrenziale, l'oggettiva disomogeneità tra le due prestazioni – di costruzione e di concessione di finanziamento nella forma del leasing – e il fatto che le due predette attività non possono coesistere all'interno dell'oggetto sociale di una sola impresa, impone necessariamente un diverso regime di responsabilità nei riguardi della stazione appaltante. Ciò avverrebbe anche nel caso di ricorso all'avvalimento che, ove utilizzato nell'ambito della locazione finanziaria, risulterebbe atipico rispetto alla fattispecie generale delineata dall'articolo 49 del codice contratti.

Inoltre, ad avviso del Tar Brescia, nel caso di avvalimento nell'ambito della locazione finanziaria non sarebbe ammissibile che il contratto di appalto venisse stipulato tra finanziatore e costruttore, lasciando estranea alla fase realizzativa la pubblica amministrazione.

La tesi del Comune

Il Comune ha sostenuto di poter introdurre requisiti di partecipazione diversi e ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, nel rispetto dei canoni di non discriminazione, proporzionalità e congruità allo scopo, anche in considerazione del fatto che ciò, nel caso concreto, si ispirava a un apprezzabile interesse pubblico. L'amministrazione comunale ha ritenuto che l'articolo 160-bis abbia introdotto, solo con riferimento all'Ati, una deroga al regime ordinario della responsabilità dei raggruppamenti nei confronti della stazione appaltante, in quanto non ha previsto la responsabilità solidale dei partecipanti ma unicamente una responsabilità limitata alla specifica prestazione (realizzazione dell'opera da un lato e concessione del finanziamento dall'altro) resa nei confronti della Pa. Al contrario, tale limitazione non sussisterebbe nell'ipotesi di avvalimento ai sensi

IL VIA LIBERA DEL DLGS 163

L'articolo 160-bis del codice contratti, così come da ultimo riformulato dal terzo decreto correttivo, consente espressamente che l'offerente nell'ambito di una procedura per l'affidamento di una locazione finanziaria possa essere anche una associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale (comma 3). La stessa norma, al successivo comma 4-bis introdotto dal terzo decreto correttivo, prevede, poi, che la società di leasing o il contraente generale debbano dimostrare alla stazione appaltante che dispongono, dei mezzi necessari a eseguire l'appalto se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti.

dell'articolo 160-bis, comma 4-bis e quindi, ai sensi dell'articolo 49 del codice contratti, l'impresa ausiliaria – ovvero il costruttore – e il partecipante alla gara – la società di leasing – sarebbero responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante. Conseguentemente, il meccanismo dell'avvalimento apparirebbe preferibile per l'interesse pubblico in quanto consente all'amministrazione di concludere il contratto con un solo contraente e di relazionarsi con un unico interlocutore, il quale dietro corresponsione del canone si occuperà del finanziamento e del compimento dell'opera, salvo il rapporto parallelo instaurato con il costruttore, che in ogni caso, come impresa ausiliaria, è gravata dalla responsabilità solidale. Il regime dell'Ati delineato dal terzo comma dell'articolo 160-bis, invece, risulterebbe meno cautelativo per la Pa e addirittura contraddittorio con la finalità del leasing "in costruendo" poiché, a motivo della responsabilità "parziaria" dei componenti il raggruppamento, l'Ente per l'attivazione delle proprie garanzie connesse alla realizzazione dell'opera dovrebbe necessariamente rivolgersi al costruttore come se fosse il suo appaltatore. In ogni caso, la scelta della stazione appaltante di limitare al solo avvalimento il meccanismo di partecipazione non costituirebbe una violazione della par condicio, poiché tutti i potenziali concorrenti potrebbero tranquillamente

concorrere facendo ricorso all'avvalimento.

Il contratto

Dopo aver effettuato una disamina della fattispecie dal punto di vista del diritto commerciale, distinguendo tra la locazione c.d. "operativa" (utilizzata essenzialmente per i beni destinati a una obsolescenza in tempi relativamente contenuti e diretta a garantirne il godimento e non l'acquisizione della relativa proprietà) e locazione finanziaria vera e propria o "traslativa", nella quale la causa del contratto è da ricercarsi nel finanziamento che l'utilizzatore ottiene per poter acquisire la proprietà di un bene senza dover affrontare un esborso immediato dell'intero valore del bene stesso, il Tar si concentra sulle specifiche caratteristiche della locazione finanziaria come fattispecie tipica, disciplinata dal codice dei contratti pubblici.

Il leasing immobiliare "in costruendo", osserva il Tar, si colloca all'interno del leasing traslativo e rappresenta una forma di finanziamento privato delle opere pubbliche di tipo c.d. "freddo", con la quale un soggetto anticipa i fondi necessari per la realizzazione dell'opera, ultimata la quale rientra dell'investimento grazie alla corresponsione di canoni periodici da parte dell'Ente utilizzatore. Concluso il pagamento di questi ultimi la pubblica amministrazione acquista



GARE, RICORSI ANCHE PER CHI NON PARTECIPA

La sentenza del Tar Brescia conferma che non è necessario presentare richiesta di partecipazione alla gara per poter dimostrare la sussistenza dell'interesse a ricorrere nel caso in cui, sulla base delle previsioni del bando, sarebbe certa l'esclusione della candidatura eventualmente presentata. In questo caso, difatti, l'onere di presentare richiesta di partecipazione imposto all'interessato costituirebbe soltanto una formalità avente l'effetto di aggravare il procedimento di ricorso, senza alcuna utilità pratica.

l'opera, realizzando l'obiettivo ultimo di incrementare stabilmente il proprio patrimonio. Ad avviso dei giudici lombardi, nell'ipotesi di leasing "in costruendo" la scelta finale dell'acquisto del bene al prezzo di opzione diventa una scelta obbligata per la Pa poiché sarebbe illogico e antieconomico per quest'ultima sottrarsi al riscatto finale, trattandosi di un prezzo irrisorio rispetto a quanto già versato attraverso i canoni periodici.

La procedura per l'affidamento di un leasing in costruendo vede coinvolti tre soggetti: 1) la pubblica amministrazione, che svolge il ruolo di committente ed elabora la progettazione dell'opera da porre a base di gara; 2) la Società di leasing, che partecipa alla gara con il costruttore-appaltatore e assume tutti i rischi di realizzazione dell'investimento, mentre trasferisce al costruttore tutti i rischi non finanziari; 3) il costruttore, che realizza l'opera.

Ati e avvalimento

Il Tar Brescia evidenzia come la peculiarità della locazione finanziaria consista nel collegamento funzionale tra due prestazioni tra loro assolutamente disomogenee: l'attività finanziaria e creditizia e quella edile. La disomogeneità è resa ancor più evidente dal fatto che, ai sensi dell'articolo 106, comma 2, del Tu in materia bancaria e creditizia (Dlgs 385/1993), i soggetti abilitati all'intermediazione finanziaria non possono svolgere altro tipo di attività e, quindi, non possono effettuare attività di tipo edilizio.

Questa radicale incompatibilità delle due tipologie di prestazione avrebbe ispirato il Legislatore nel disciplinare l'associazione temporanea d'impresa tra costruttore e finanziatore di cui all'articolo 160-bis in modo diverso e peculiare rispetto al raggruppamento temporaneo disciplinato in via generale all'articolo 37 del Dlgs 163/2006.

In particolare, il Tar ravvisa le seguenti differenze:

a) non vi è responsabilità solidale e ciascuno dei partecipanti risponde esclusivamente per la propria obbligazione;

b) si tratta, quindi, di un raggruppamento eterogeneo, ove la distinzione tra mandatario e mandante è decisamente sfumata;

c) dopo il collaudo dell'opera il vincolo giuridico viene meno per il solo costruttore che ha esaurito la propria prestazione e permane esclusivamente il rapporto contrattuale tra la stazione appaltante che eroga i canoni e il finanziatore che li percepisce;

d) nel caso di fallimento di uno dei due soggetti riuniti nel raggruppamento eterogeneo, l'altro può sostituirlo – previo assenso del committente – con altro soggetto avente identici requisiti e caratteristiche ma non può direttamente farsi carico della prestazione divenuta inesigibile nei confronti del primo.

Le stesse ragioni che avrebbero ispirato tale particolare disciplina dell'Ati, non potrebbero, secondo il Tar, non avere ripercussione anche sul meccanismo dell'avvalimento che, ove utilizzato nell'ambi-

to dell'articolo 160-bis, sarebbe "atipico" proprio perché non vi sarebbe affinità tra gli ambiti di attività dell'impresa ausiliaria e di quella ausiliata, il che impedirebbe, anche nel caso di avvalimento, di poter teorizzare una responsabilità solidale tra ausiliario e ausiliato.

L'avvalimento previsto dall'articolo 49 del codice dei contratti, ad avviso del Tar Brescia, è istituito per soggetti economici che esercitano attività nello stesso ramo o comunque in ambiti affini tra loro, sicché l'inadempimento di una delle parti coinvolte nel meccanismo collaborativo comporta che l'altra possa essere chiamata a eseguire l'intera prestazione ai sensi del comma 4 del medesimo articolo 49.

Al contrario, la fattispecie di cui all'articolo 160-bis contempla un avvalimento atipico per il quale, nel silenzio della norma, opererebbe comunque una deroga alla regola generale di cui all'articolo 49, con conseguente responsabilità frazionata dei due soggetti coinvolti.

Ciò sia perché non si ravviserebbe alcuna ragione per una diversa disciplina – sotto il profilo della deroga alla regola della responsabilità solidale – dell'istituto dell'Ati e di quello dell'avvalimento, sia perché, diversamente opinando si addirebbe a ipotesi del tutto irragionevoli nelle quali, se il costruttore fosse inadempiente il finanziatore potrebbe essere chiamato a eseguire in proprio i lavori e all'opposto, ove fallisse il finanziatore, il costruttore dovrebbe far fronte da sé agli stati di avanzamento mantenendo in essere e onorando il mutuo concesso all'amministrazione in esito all'appalto. ■