

T.A.R. Lombardia - Brescia, Sez. II, 5 maggio 2010, n. 1675

Processo amministrativo - Procedura selettiva con istituto della locazione finanziaria *ex* articolo 160-*bis* del Codice dei contratti pubblici - Ammissione del solo soggetto finanziatore ed esclusione del raggruppamento temporaneo di impresa e del contraente generale – Illegittimità.

N. 01675/2010 REG.SEN.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 41 del 2010, proposto da:
Icef Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Bonomi, Enrico Codignola, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, Via Romanino n.16 (Fax=030/47897);

contro

Comune di Villa di Serio, rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Daminelli, Gemma Simolo, e Mauro Ballerini, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Brescia, Viale Stazione, 37 (Fax=030/46565);

nei confronti di

Ing Lease Italia Spa, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

DEGLI ATTI DELLA PROCEDURA DI GARA – BANDO, CAPITOLATO, DISCIPLINARE, RISPOSTE AI QUESITI, VERBALI DELLA COMMISSIONE – PER LA REALIZZAZIONE “CHIAVI IN MANO” DELL’AMPLIAMENTO DELLA SCUOLA PRIMARIA, NUOVA SALA MENSA E COLLEGAMENTO SCUOLA SECONDARIA, MEDIANTE LOCAZIONE FINANZIARIA EX ART. 160-BIS DEL D. LGS. 163/2006;

e per la condanna

AL RISARCIMENTO DEL DANNO CONSEGUENTE ALL’EMANAZIONE DELL’ATTO IMPUGNATO, MEDIANTE RINNOVAZIONE DELLA GARA OVVERO IN SUBORDINE MEDIANTE RIPARAZIONE PECUNIARIA.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Villa di Serio;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010 il dott. Stefano

Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Villa di Serio ha indetto una procedura selettiva per realizzare l'ampliamento della scuola primaria, la nuova sala mensa ed il collegamento della scuola secondaria. Come stabilito dal bando di gara (doc. 5), l'amministrazione ha inteso avvalersi dell'istituto della locazione finanziaria contemplato dall'art. 160-bis del Codice dei contratti, ammettendo però a partecipare il solo soggetto finanziatore (punto 11), il quale doveva "... dimostrare alla stazione appaltante che disporrà se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti dei mezzi necessari a eseguire l'appalto". La *lex specialis* ha escluso pertanto le altre forme giuridiche previste dal legislatore, ossia il raggruppamento temporaneo ed il contraente generale.

La ricorrente è un'impresa di costruzioni, e lamenta l'impossibilità di partecipare all'appalto in Associazione temporanea con un soggetto finanziatore, già contattato per la presentazione di un'offerta congiunta. Le rimostranze di UBI Leasing S.p.a. e dell'ANCE di Bergamo non sono state positivamente riscontrate dal Comune.

Il confronto comparativo ha avuto luogo con la sola partecipazione della controinteressata.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, dolendosi della violazione dell'art. 160-bis del D. Lgs. 163/2006, del D.P.R. 25/1/2000 n. 34, del D.P.R. 21/12/1999 n. 554, degli artt. 3 e 97 della Costituzione e dei principi di par condicio, buon andamento ed imparzialità, dell'eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti in quanto l'amministrazione ha l'obbligo di porre tutti i

concorrenti su un piano di perfetta parità e di praticare nei loro confronti le stesse condizioni per prendere parte alla competizione.

Si è costituito in giudizio il Comune di Villa di Serio, eccependo in rito l'inaammissibilità del gravame per difetto di interesse e chiedendone la reiezione nel merito in quanto infondato.

Alla pubblica udienza del 29/4/2010 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti della gara per il compimento di lavori alla scuola primaria e secondaria – indetta con il metodo del leasing “in costruendo” – per avere l'amministrazione escluso la partecipazione nella forma del raggruppamento temporaneo di impresa.

1. Il Comune ha eccepito l'inaammissibilità del gravame per omessa presentazione della rituale domanda di partecipazione, in difetto della quale la ricorrente non può vantare una posizione differenziata rispetto alla generalità dei potenziali concorrenti ed è priva di un interesse attuale e concreto all'impugnativa degli atti di gara.

L'eccezione va disattesa.

1.1 L'impresa che non abbia presentato domanda di partecipazione alla procedura di gara è comunque titolare di un interesse legittimo differenziato e qualificato – e, quindi, processualmente, della legittimazione a ricorrere – qualora contesti e impugni quelle clausole della lex specialis in forza delle quali se avesse presentato l'istanza sarebbe stata esclusa.

In simili evenienze si è registrata un'evoluzione giurisprudenziale che ha stimato detta domanda di partecipazione, dall'esito sicuramente negativo per la concorrente, come un inutile formalismo, non elevabile ad onere e condizione della proposizione del ricorso (T.A.R. Piemonte, sez. I – 26/10/2009 n. 2330). In buona sostanza, in caso di impugnazione della lex specialis di gara da parte di un'impresa appartenente al settore coinvolto dalla procedura – che già in base alle prescrizioni del bando (ritenute illegittime) verrebbe esclusa – non è richiesto che tale soggetto sia tenuto a presentare domanda di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI – 4/6/2009 n. 3448).

1.2 Il Collegio non ignora che, in virtù di un principio generale, il soggetto che non ha inoltrato l'istanza di partecipazione alla procedura per l'aggiudicazione di un appalto non è abilitato ad impugnare i relativi atti, e tuttavia l'interesse all'impugnativa va valutato in concreto: qualora la lesione consista nella preclusione all'accesso alla competizione per effetto dello stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione – a prescindere dalla mancata presentazione della domanda – posto che l'impugnante mira proprio ad impedire lo svolgimento della procedura selettiva con quelle regole (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. I – 24/5/2007 n. 1432).

Anche nell'ordinamento comunitario è stato riconosciuto che la partecipazione ad una procedura concorsuale può rappresentare, in linea di principio, una condizione da soddisfare per dimostrare l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, salvo che la mancata presentazione dell'offerta sia causata dalla previsione, nel bando di gara o nel

disciplinare, di “specifiche” discriminatorie che ostacolano la possibilità di fornire l’insieme delle prestazioni richieste (cfr. Corte giustizia C.E., sez. VI – 12/2/2004 n. C-230/02).

1.3 Nella specie esaminata alla ricorrente è stata preclusa la partecipazione alla gara nella forma giuridica dell’A.T.I. – secondo una puntuale previsione della *lex specialis* – e pertanto la presentazione dell’offerta avrebbe rappresentato un inutile adempimento formale.

2. Passando all’esame del merito, con unico articolato motivo la ricorrente contesta la violazione dell’art. 160-bis del D. Lgs. 163/2006, del D.P.R. 25/1/2000 n. 34, del D.P.R. 21/12/1999 n. 554, degli artt. 3 e 97 della Costituzione e dei principi di par condicio, buon andamento ed imparzialità, dell’eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti in quanto l’amministrazione ha l’obbligo di porre tutti i concorrenti su un piano di perfetta parità e di riservare loro le stesse condizioni per prendere parte alla competizione. Il legislatore disciplina le forme di partecipazione alla selezione per l’affidamento del contratto di leasing “in costruendo”, e la stazione appaltante non può a sua discrezione scegliere la soluzione ritenuta più adeguata escludendo i raggruppamenti temporanei.

Deve preliminarmente essere ricostruito il quadro normativo di riferimento.

2.1 Il leasing è un contratto atipico riconosciuto dall’ordinamento in virtù del principio che valorizza l’autonomia negoziale (art. 1322 comma 2 del c.c.): secondo uno schema normalmente trilaterale, una parte concede all’altra il godimento di un bene verso un corrispettivo rateale e

per un determinato periodo di tempo, attribuendole la facoltà di acquistare la proprietà alla scadenza mediante il versamento di un prezzo prestabilito. In sostanza, si tratta di un contratto di finanziamento con cui una Società (cd. Società di leasing) acquista, per conto dell'utilizzatore, un bene e lo cede in uso allo stesso in cambio di un canone periodico.

Alla scadenza, l'utilizzatore del bene può mantenerlo in godimento, riscattarlo (ed acquistarlo così in proprietà), restituirlo ovvero sostituirlo con un altro bene in leasing.

Il leasing presenta gli elementi della locazione e del mutuo, anche se per una corretta ricostruzione della figura occorre riferirsi allo scambio dedotto di volta in volta nel contratto. Esso si caratterizza per un'operazione nella quale intervengono il soggetto (utilizzatore) interessato al godimento di un bene, la Società di leasing che lo acquista secondo le indicazioni del richiedente (e ne mantiene la proprietà fino al momento del riscatto), il soggetto che fornisce ovvero costruisce il bene immobile.

In definitiva il soggetto utilizzatore stipula un contratto di leasing con l'intermediario finanziario, impegnandosi al pagamento di un canone periodico a fronte del godimento del bene del quale potrà acquisire la proprietà, tramite riscatto, al termine del periodo contrattuale, previo pagamento di un prezzo. L'intermediario finanziario stipula a sua volta un contratto di acquisto con il soggetto venditore o costruttore.

2.2 Accanto alle teorie che qualificano il leasing finanziario come rapporto contrattuale trilaterale ovvero plurilaterale, prevale oggi in

dottrina e giurisprudenza la tesi che identifica nell'operazione un collegamento negoziale tra il contratto di leasing ed il contratto di fornitura: quest'ultimo viene concluso dalla Società di leasing allo scopo, noto al fornitore, di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa. La reciproca interdipendenza dei due contratti – nella persistente individualità propria di ciascun tipo negoziale – si individua nella causa concreta dell'operazione, ove assume espreso rilievo l'interesse al godimento della cosa da parte dell'utilizzatore (Corte di Cassazione, sez. III civile – 27/7/2006 n. 17145; 30/3/2005 n. 6728): l'acquisto del bene da parte del concedente presso il fornitore rappresenta, nella correlazione tra i due contratti, un atto giuridico strumentale rispetto alla concessione in godimento del bene, difettando la quale l'interesse primario resta deluso e il sinallagma in tutto o in parte inattuato (Corte di Cassazione, sez. III civile – 8/3/2005 n. 5003). In presenza di un collegamento come quello configurato, i singoli negozi che concorrono alla sua formazione – salvo il nesso funzionale che gli avvince – restano assoggettati alla disciplina prevista per ciascuno di essi. La diversa opzione ermeneutica del contratto misto trilaterale comporta la fusione della pluralità di elementi, appartenenti ai diversi schemi negoziali tipici utilizzati, in un'unica causa e la conseguente configurazione di un unico negozio giuridico, assoggettato alla regola dell'assorbimento secondo la quale si applica la normativa prevista per il tipo che assume nel suo ambito una funzione prevalente.

2.3 Nel leasing immobiliare pubblico parte del contratto, e dunque “soggetto utilizzatore”, è la pubblica amministrazione, mentre dal punto

di vista oggettivo il bene è strumentale al perseguimento di un interesse pubblico.

L'elaborazione giurisprudenziale conosce, nella pratica operativa dei soggetti privati, anzitutto la forma del cosiddetto leasing di godimento, avente ad oggetto beni a rapida obsolescenza economica: la causa tipica del negozio è il finanziamento a scopo di godimento, mentre il pagamento dei canoni si configura come mero corrispettivo dell'uso del bene.

Per i beni immobili – i quali al termine del contratto conservano un rilevante valore commerciale – si utilizza viceversa il cd. leasing traslativo, che ha la funzione di finanziamento a scopo di trasferimento finale del bene: l'utilizzatore riceve il bene in godimento dietro la corresponsione di canoni che coprono anche una parte del prezzo di acquisto, e alla scadenza del contratto ha la possibilità di riscattare la proprietà del bene pagando la quota pattuita.

Il leasing immobiliare “in costruendo” si colloca all'interno del leasing traslativo e rappresenta una forma di finanziamento privato delle opere pubbliche, con la quale un soggetto anticipa i fondi necessari e, al termine dell'esecuzione, viene ristorato dall'Ente utilizzatore tramite la corresponsione di canoni periodici. Concluso il pagamento di questi ultimi la pubblica amministrazione può acquisire l'opera pubblica, già da tempo utilizzata. Il leasing finanziario traslativo, consolidando l'acquisto della proprietà in capo all'Ente pubblico, realizza l'obiettivo di incrementare stabilmente il patrimonio dell'amministrazione. Nel caso di leasing “in costruendo” peraltro appare vincolata la scelta finale

dell'acquisto del bene al prezzo di opzione, come soluzione ragionevole sin dalla conclusione del contratto: sarebbe illogico ed antieconomico per la pubblica amministrazione sottrarsi al riscatto finale, trattandosi di un prezzo irrisorio rispetto a quanto già versato con periodicità.

2.4 La procedura ad evidenza pubblica vede coinvolti nell'operazione di leasing immobiliare "in costruendo" tre soggetti:

- la pubblica amministrazione, che svolge il ruolo di committente, esegue la progettazione dell'opera da porre a base di gara, sceglie gli altri due soggetti (società di leasing e costruttore), controlla l'esecuzione dell'opera e ne verifica la regolare esecuzione;
- 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;
- il costruttore, che realizza l'opera.

L'Ente pubblico si avvale del leasing per la realizzazione delle cosiddette "opere fredde", per le quali una successiva gestione da parte del privato costruttore non sarebbe remunerativa e non consentirebbe il recupero del capitale investito mediante l'applicazione di tariffe all'utenza.

L'amministrazione può in buona sostanza compiere l'intervento programmato evitando un esborso eccessivo in un'unica soluzione, e la funzione economica assunta dal contratto non è la mera acquisizione della disponibilità del bene per un determinato periodo di tempo, bensì la realizzazione dell'opera pubblica da destinare stabilmente al servizio della collettività amministrata, con il sostegno della Società finanziaria.

2.5 Dopo essere stato introdotto nel nostro ordinamento dalla L. 296/2006 (L. Finanziaria 2007), il leasing finanziario per la realizzazione di opere pubbliche è stato riformulato dal D. Lgs. 113/2007 – che ha introdotto l'art. 160-bis del Codice dei contratti – e di seguito dal D. Lgs. 152/2008.

Il comma primo del testo vigente statuisce 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, che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo. Il comma successivo puntualizza che “Nei casi di cui al comma 1, il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, 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.”.

L'art. 3 del D. Lgs. 163/2006 contempla, tra le definizioni di cui al comma 1, il comma 15-bis, che indica nella “locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità” il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori.

Il comma successivo fa riferimento ai “contratti di partenariato pubblico privato” – quali “contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di

un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, ...”.

2.6 Il primo rilievo da effettuare è che il contratto in esame è una figura tipica, in quanto espressamente inserita nel Codice degli appalti pubblici.

In secondo luogo, se si realizza un collegamento stretto tra il leasing e l'appalto dei lavori, la prestazione principale è individuabile nella realizzazione dell'opera – destinata ad entrare a far parte del patrimonio dell'amministrazione – mentre il leasing è il mezzo per conseguire il finanziamento. In questo senso il terzo correttivo nel Codice ha esplicitamente puntualizzato che la locazione finanziaria di cui si avvale l'Ente pubblico costituisce ordinariamente “appalto pubblico di lavori”, salvo che essi rivestano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale contratto.

Questo ragionamento è stato condiviso dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nel parere del 31/1/2008, invocato dalla ricorrente e formulato rispetto al quadro normativo antecedente a quello in vigore alla data di adozione del bando. L'authority ha chiarito 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 e appalto di lavori. Pur

volendo riconoscere alla fattispecie la natura di “contratto misto”, alla realizzazione dei lavori, nel caso in esame, deve essere attribuito un ruolo prevalente e, comunque, sulla base dell’articolato sopra riportato, non meramente accessorio. A conferma, è sufficiente considerare che proprio le opere realizzate rappresentano l’oggetto della locazione, che si identificano con quelle di cui l’Amministrazione abbisogna e per le quali ritiene necessario il finanziamento e, non ultimo, su cui eserciterà il diritto di riscatto che già, di per sé, si presta a ricondurre la fattispecie nell’ambito di operatività della normativa sui lavori”. Di seguito ha concluso che “Alla luce di quanto evidenziato, posto che la prestazione principale è costituita dai lavori, risultano non conformi alla normativa vigente le disposizioni presenti nella documentazione di gara, che si riferiscono alla sola normativa sui servizi e precisamente, il punto III.3.1) che riserva la partecipazione alle banche o agli intermediari finanziari iscritti nei rispettivi albi/elenchi di cui al D.Lgs. 385/1993. Tale ultimo requisito oltre ad essere non conforme alla normativa di settore, si segnala anche per porsi in evidente violazione con il principio di concorrenza, in quanto non assicura la giusta partecipazione di tutte le imprese che possono vedersi interessate alla gara”.

A questo punto si può affrontare il tema controverso.

2.7 Il Comune obietta anzitutto che, in epoca successiva al parere dell’authority, è intervenuto il D. Lgs. 152/2008 che ha introdotto il comma 4-bis dell’art. 160-bis, con la previsione – accanto alla forma giuridica dell’ATI – del meccanismo dell’avvalimento. Sostiene che la pubblica amministrazione può 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, e che rispetto all'attuale versione dell'art. 160-bis la scelta del Comune in proposito si ispira ad un apprezzabile interesse pubblico. Essendo diversa la struttura del rapporto contrattuale nell'ATI e nell'avvalimento – in quanto soltanto nel primo caso (in deroga al regime ordinario della responsabilità solidale ex art. 37 Codice) vi è una responsabilità parziaria delle imprese partecipanti – la preferenza per la seconda forma giuridica 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. Ad avviso dell'amministrazione il regime dell'ATI contraddice la finalità del leasing "in costruendo" e ne depotenzia l'utilità: per attivare le garanzie connesse all'opera l'Ente deve rivolgersi al costruttore come se fosse il suo appaltatore, mentre è notevolmente più vantaggiosa la formula che vede il finanziatore accollarsi, nei confronti del soggetto pubblico utilizzatore, ogni rischio per la costruzione e gestione del bene. In ciò non si riscontrerebbe alcuna violazione della par condicio, essendo offerta a tutti i potenziali concorrenti un'uguale possibilità di partecipazione mediante la modalità di collaborazione tra imprese prevista dal bando (l'avvalimento). In definitiva il finanziatore concorre da solo alla gara, indicando un operatore economico qualificato che presenta l'impegno ad eseguire i lavori.

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

2.8 Premette il Collegio i commi 3, 4 e 4-bis dell'art. 160-bis più volte citato.

“3. L'offerente di cui al comma 2 può 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. In caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione da parte di uno dei due soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche.

4. L'adempimento degli impegni della stazione appaltante resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione ed alla eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste.

4-bis. Il soggetto finanziatore, autorizzato ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. Nel caso in cui l'offerente sia un contraente generale, di cui all'articolo 162, comma 1, lettera g), esso può partecipare anche ad affidamenti relativi alla realizzazione, all'acquisizione ed al completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità non disciplinati dalla parte II, titolo III,

capo IV, se in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti”.

La giurisprudenza invocata dal Comune riferisce l'adeguatezza e la proporzionalità ai requisiti di partecipazione, ed afferma che se il bando ne prevede taluni maggiormente restrittivi di quelli introdotti dal legislatore gli stessi vanno valutati con riguardo all'oggetto dell'appalto ed alle sue specifiche peculiarità, correlandoli al concreto interesse della stazione appaltante all'affidabilità del proprio interlocutore contrattuale, avuto riguardo alle prestazioni oggetto di affidamento (cfr. per tutte T.A.R. Sicilia Catania, sez. III – 27/2/2009 n. 420).

2.9 Il Collegio ritiene tuttavia che la soluzione della questione controversa dipenda dalla bontà dell'impostazione seguita dalla stazione appaltante, la quale ha inteso predisporre un contratto “chiavi in mano” ed accollare ogni rischio inerente alla costruzione dell'opera al soggetto finanziatore, che assume una responsabilità di tipo solidale viceversa esclusa per la riunione di imprese in A.T.I.

2.10 Come rileva la stessa difesa comunale, l'associazione temporanea d'impresa tra costruttore e finanziatore di cui all'art. 160-bis è una figura non coincidente con il raggruppamento temporaneo disciplinato in via generale all'art. 37 del D. Lgs. 163/2006, rinvenendosi i seguenti profili differenziali:

a) nel raggruppamento ordinario la responsabilità tra i soggetti che vi prendono parte è di tipo solidale (art. 37 comma 5), mentre nella compagine delineata per il leasing “in costruendo” non sussistono vincoli di solidarietà e ciascuno risponde per l'obbligazione specificamente

assunta; siamo in presenza di un raggruppamento eterogeneo, creato da soggetti che svolgono attività radicalmente diverse e che non sarebbero in grado di assolvere le reciproche obbligazioni;

b) nel raggruppamento eterogeneo la distinzione tra mandatario e mandante è decisamente sfumata, poiché i due soggetti agiscono sullo stesso piano ed assumono responsabilità autonome e separate, senza che la posizione di capogruppo comporti conseguenze giuridiche apprezzabili;

c) dopo il collaudo dell'opera il raggruppamento ordinario si scioglie e cessa ogni rapporto con la stazione appaltante, mentre nel raggruppamento eterogeneo il vincolo giuridico viene meno per il solo costruttore: permane infatti rapporto contrattuale tra la stazione appaltante che eroga i canoni ed il finanziatore che li percepisce;

d) nel caso di fallimento di uno dei mandanti l'art. 37 comma 19 accolla al mandatario l'obbligo – salva indicazione di altro operatore subentrante in possesso dei requisiti di idoneità – di eseguire comunque i lavori assunti in appalto, direttamente o a mezzo degli altri mandanti; viceversa se fallisce 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.

In definitiva l'art. 160-bis introduce una deroga incisiva alla disciplina ordinaria dell'associazione temporanea di impresa di cui all'art. 37, che rinviene la propria ratio nell'eterogeneità degli operatori coinvolti,

appartenenti a settori (finanziario ed edilizio) assolutamente distanti tra loro e la cui interdipendenza è il frutto di una scelta legislativa tesa a rispondere alle esigenze delle amministrazioni pubbliche già descritte nei punti 2.3 e 2.4.

2.11 L'avvalimento previsto dall'art. 160-bis, secondo la prospettazione del Comune, rende il costruttore chiamato a compiere i lavori del tutto estraneo rispetto alla gara, in linea con la disposizione generale di cui all'art. 49 del D. Lgs. 163/2006: il soggetto finanziatore è il dominus dell'intera operazione, e conferisce una delega atipica al costruttore ausiliario che realizza integralmente l'opera.

In altri termini, l'avvalimento contemplato dalla norma in esame darebbe luogo ad una sostanziale "delega ad eseguire" da parte della Società finanziaria ad un imprenditore edile che, pur non avendo partecipato alla gara, nei fatti è l'unico vero esecutore dell'appalto.

Detta prospettazione non convince il Collegio sotto il profilo logico e giuridico.

2.12 L'articolo 49 del Codice dei contratti delinea un istituto per il quale gli operatori economici utilizzano requisiti e risorse appartenenti ad altri imprenditori che agiscono nell'ambito della stessa area di mercato. Il comma 1 stabilisce infatti che "Il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato ai sensi dell'articolo 34, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto". Il comma

6 precisa che “Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione”. In termini generali l’impresa “ausiliaria” permette al soggetto che ne sia privo, di concorrere alla gara, provando, tramite i propri, il possesso dei richiesti requisiti, senza per questo partecipare alla competizione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 3/12/2009 n. 7592; sez. VI – 18/9/2009 n. 5626): un’impresa può quindi ricorrere alle referenze tecniche, organizzative economiche e finanziarie di un altro soggetto economico al fine di dimostrare il possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una selezione pubblica.

Il legislatore ha concepito la figura in esame associandola alla specifica ed individuata tipologia di attività che costituisce l’oggetto dell’appalto, per cui nell’ambito del lavoro, fornitura o servizio da affidare l’impresa concorrente beneficia della capacità vantata da altri operatori e colma il deficit che le impedirebbe di prendere parte al confronto comparativo. Tale asserzione è suffragata dal tenore letterale dell’art. 49 comma 6 il quale – nella sua attuale formulazione – mantiene il divieto di avvalimento plurimo (e dunque l’avvalimento non può essere utilizzato coinvolgendo più di un’impresa per ciascuna categoria di qualificazione) limitatamente ai lavori, e lo espunge per gli appalti di servizi e di forniture. Coerentemente con tale impostazione il comma 4 aggiunge che “Il concorrente e l’impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto”. Il comma 10 statuisce poi che “Il contratto è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il

certificato di esecuzione, e l'impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”.

Poiché l'avvalimento di cui si discorre è previsto per soggetti economici che esercitano attività nello stesso ramo o comunque in ambiti affini tra loro, l'inadempimento di una delle parti coinvolte nel meccanismo collaborativo comporta che l'altra possa essere chiamata ad eseguire l'intera prestazione (comma 4).

2.13 La linearità del sistema viene meno qualora il collegamento investa attività disomogenee tra loro.

La fattispecie di cui all'art. 160-bis contempla l'accostamento di prestazioni – la costruzione ed il finanziamento – assolutamente distanti tra loro, ancorchè coordinate e rese complementari dal legislatore per soddisfare le esigenze delle amministrazioni pubbliche. Ritiene il Collegio che il regime della solidarietà sia incompatibile con l'avvalimento atipico e che, nel silenzio della norma, operi la deroga alla regola generale di cui all'art. 49, con conseguente responsabilità frazionata dei due soggetti coinvolti.

Innanzitutto sarebbe incomprensibile la scelta del legislatore che, a fronte di due istituti (ATI e avvalimento) assimilabili sotto il profilo della disciplina generale della responsabilità (cfr. artt. 37 comma 5 e 49 comma 4), li ridisegnasse in maniera differenziata nel leasing “in costruendo”, con l'introduzione per il primo soltanto della deroga alla solidarietà. Le ragioni che supportano le regole ad hoc dettate per il raggruppamento temporaneo eterogeneo sono evidentemente valide anche per l'avvalimento atipico modellato dall'art. 160-bis comma 4-bis del D. Lgs.

163/2006, e non si intravedono profili in grado di giustificare un regime difforme per sistemi di cooperazione tra imprese ugualmente ammessi e pacificamente parificati nelle gare d'appalto. Diversamente opinando, le stazioni appaltanti non avrebbero motivo di optare per l'affidamento in ATI e potrebbero ritenersi legittimate, come del resto l'amministrazione resistente, ad escludere irragionevolmente tale possibilità ai concorrenti.

In secondo luogo, seguendo la linea interpretativa che tollera il regime di responsabilità solidale nel leasing "in costruendo", se il costruttore fosse inadempiente il finanziatore potrebbe essere chiamato ad eseguire in proprio i lavori; all'opposto, ove fallisse il finanziatore, il costruttore dovrebbe far fronte da sé agli stati di avanzamento mantenendo in essere ed onorando il mutuo concesso all'amministrazione in esito all'appalto. Si tratta evidentemente di ipotesi del tutto irragionevoli, non rinvenendosi imprese il cui Statuto prevede due oggetti sociali così eterogenei.

Sotto ulteriore profilo il D. Lgs. 385/93 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – all'art. 106 comma 2 statuisce che "Gli intermediari finanziari ... possono svolgere esclusivamente attività finanziarie, fatte salve le riserve di attività previste dalla legge". Il Comune in proposito sottolinea che l'opera pubblica è eseguita materialmente dall'impresa di costruzioni indicata in sede di gara, e che in ogni caso l'art. 160-bis comma 4-bis ha introdotto una disciplina speciale per le opere pubbliche, che prevale sul regime ordinario di cui al D. Lgs. 385/93.

L'obiezione non convince, in quanto il vincolo di solidarietà implica che la Società di leasing possa essere chiamata a rispondere delle obbligazioni del costruttore, facendosi carico di un'attività diversa da quella squisitamente finanziaria. Quanto allo spunto ermeneutico ulteriormente prospettato, pare al Collegio azzardato ipotizzare una deroga all'art. 106 comma 2 menzionato, sia per l'assenza di una disposizione formulata in modo espresso sia soprattutto perché la deroga costituirebbe il risultato di un'ulteriore sforzo interpretativo, posto che il comma 4-bis nulla espone in proposito ed anzi emergono indicazioni di segno opposto da una lettura complessiva dell'art. 160-bis.

Da ultimo si osserva che, secondo la tesi del Comune, il contratto di leasing tra stazione appaltante e finanziatore dovrebbe contemplare la realizzazione dell'opera, mentre il contratto di appalto verrebbe stipulato tra il finanziatore ed il costruttore: ad avviso del Collegio è inaccettabile che in un appalto di lavori il committente pubblico sia espropriato di qualsiasi potere nei confronti dell'impresa esecutrice, e che attività che costituiscono prerogativa tipica dell'amministrazione aggiudicatrice – come la direzione lavori, la verifica degli stati di avanzamento, il controllo del rispetto degli obblighi di legge sulla sicurezza del lavoro, dell'osservanza dei minimi contrattuali e della corretta applicazione delle regole sul subappalto – vengano traslate su un soggetto privato, che sarebbe investito indebitamente di funzioni pubbliche.

2.14 In buona sostanza 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, per il contrasto con la

finalità sostanziale dell'operazione: per la realizzazione di un'opera pubblica l'impresa costruttrice si affianca al soggetto finanziatore, e quest'ultimo non può essere il dominus dell'intera operazione, essendo del tutto estraneo alla prestazione relativa ai lavori e non disponendo di quell'organizzazione d'impresa, tipica delle imprese di costruzioni, che nell'avvalimento è assicurata dall'impresa ausiliata.

2.15 Il Comune rileva che l'esclusione della garanzia in capo al concedente riduce il leasing a mero contratto di finanziamento, che non diverge da quello che vede l'utilizzatore ottenere il credito e stipulare in proprio il contratto di appalto o compravendita.

In realtà il modello disegnato dal legislatore contempla certamente un istituto nuovo, "spendibile" dalle amministrazioni, che attraverso una procedura unitaria ad evidenza pubblica possono individuare i soggetti che – in sinergia tra loro – permettono l'acquisizione di un'opera pubblica senza l'esborso immediato della cifra corrispondente al suo valore. L'obiettivo ben può essere raggiunto instaurando un rapporto trilaterale ovvero realizzando il collegamento di due rapporti bilaterali, idoneo a coinvolgere gli attori privati che sottoscrivono il contratto con l'amministrazione. Non può essere oscurata l'unitarietà dell'operazione, che consente alla stazione appaltante – al termine della gara – di perfezionare un accordo che corrisponda alle sue esigenze: l'appalto mantiene tuttavia la sua connotazione pubblica e l'Ente deve assumere il ruolo che la normativa comunitaria e nazionale gli assegna nei confronti del costruttore, instaurando con lo stesso un rapporto contrattuale.

2.16 In conclusione la scelta di circoscrivere la partecipazione alla forma dell'avvalimento atipico è illegittima, dovendosi ammettere anche le ATI, che presentano un analogo regime di responsabilità.

Il gravame è quindi fondato e deve essere accolto per i motivi indicati. Salvo un diverso apprezzamento degli interessi pubblici coinvolti, l'amministrazione è tenuta ad indire una nuova gara uniformandosi alle statuizioni della presente pronuncia. La pretesa della ricorrente riceve in questo modo la tutela piena richiesta con la domanda giudiziale.

La novità della questione e la sua complessità giustificano la compensazione integrale delle spese di giudizio tra le parti in causa. Il contributo unificato deve tuttavia essere posto a carico dell'amministrazione.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - Sezione seconda di Brescia, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

Condanna l'amministrazione comunale a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/05/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO