



APPALTO, MEDIANTE PROCEDURA APERTA, PER L’AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE, REALIZZAZIONE CHIAVI IN MANO, LOCAZIONE FINANZIARIA E MANUTENZIONI DELL’IMMOBILE E DEGLI IMPIANTI DELL’ARCHIVIO E DEL MAGAZZINO COMUNALE IN LOCALITA’ IOLO. – GARA N. 531.

Considerazioni inerenti la partecipazione all’appalto

Ai fini di agevolare una corretta valutazione sulla convenienza alla partecipazione all’appalto di cui in oggetto da parte dei potenziali concorrenti, soprattutto soggetti finanziatori, si ritiene opportuno sottolineare alcuni aspetti del bando di gara.

1) Presupposti per la realizzazione di opere pubbliche attraverso il leasing in costruendo.

L’Art. 3 del D.Lgs. 163/2006, riporta le seguenti definizioni:

15-bis. La «locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità» è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l’esecuzione di lavori.

15-ter. Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono 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, il contratto di disponibilità, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l’affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell’opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall’articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.

L’art. 160 bis del D.Lgs. 163/2006 stabilisce a sua volta che:

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.

La normativa è quindi concorde nell’imporre che tutti i rischi connessi alla realizzazione ed alla gestione funzionale dell’opera debbano essere trasferiti all’aggiudicatario, fatto che, inoltre, costituisce l’elemento essenziale da valutare per stabilire se un appalto di leasing in costruendo sia più conveniente rispetto a separati appalti per la contrazione di un mutuo, per l’appalto dei lavori e per la manutenzione dell’opera pubblica.

Costituendo il pagamento del canone di leasing uno degli impegni assunti dalla stazione appaltante, il suo pagamento è condizionato all’esito positivo del controllo di cui al comma 4 dell’art. 160 bis del D.Lgs. 163/2006.

In proposito il bando di gara, all’art. 1, stabilisce che:

“Con la presente procedura l’Amministrazione trasferisce all’aggiudicatario il rischio di progettazione, costruzione (tempi e costi), finanziamento, disponibilità dell’archivio e del magazzino comunale e della performance complessiva del contratto (cfr comunicazione Eurostat 2004).”

Per il perseguimento dell’obiettivo primario della gara la Stazione Appaltante non può pagare altro che il canone di leasing stabilito e deve potersi rivalere su detto canone, oltre che sulle cauzioni presentate, in caso di inadempienze.

2) Soggetti ammessi alla gara.

Premesso quanto sopra in merito agli obiettivi che deve perseguire il bando di gara pena la non corrispondenza ai dettami di legge, occorre individuare quali soggetti sono legittimati a partecipare a gare concernenti il leasing in costruendo.

L’art. 160 bis del D.Lgs. 163/2006 prevede che:



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.

e che:

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.

sono quindi desumibili i seguenti concetti:

- è necessario che esista un soggetto finanziatore autorizzato ai sensi del DLgs 385/93 il quale può partecipare anche da solo (v. comma 4 bis) e la partecipazione in ATI è solo una possibilità (v. comma 3);
- non sono ammessi a partecipare consorzi ordinari di concorrenti;
- può partecipare un contraente generale;

Da ciò deriva che:

- la presenza di un finanziatore autorizzato alle operazioni di leasing è assolutamente necessaria perché il contraente generale, che potrebbe essere inteso ai sensi del comma 3 possa partecipare alla gara da solo, non può fare operazioni di leasing;
- detto soggetto finanziatore, qualora non partecipi da solo, deve necessariamente essere il mandatario dell'ATI in quanto di per sé abilitato a sottoscrivere contratti di leasing e unico percettore di somme dall'Amministrazione.

In relazione alla previsione di cui all'art. 160 bis, comma 4 bis del D.Lgs 163/2006 per la quale 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, occorre determinare come si configura l'avvalimento citato in tale articolo.

Circa l'avvalimento, l'art. 49 del D.Lgs 163/2006 prevede che:

1. 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.

2. Ai fini di quanto previsto nel comma 1 il concorrente allega, oltre all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria:

- a) una sua dichiarazione verificabile ai sensi dell'[articolo 48](#), attestante l'avvalimento dei requisiti necessari per la partecipazione alla gara, con specifica indicazione dei requisiti stessi e dell'impresa ausiliaria;
- b) una sua dichiarazione circa il possesso da parte del concorrente medesimo dei requisiti generali di cui all'art. 38;
- c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'art. 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;
- d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;
- e) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui questa attesta che non partecipa alla gara in proprio o associata o consorziata ai sensi dell'art. 34;
- f) in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto;
- g) nel caso di avvalimento nei confronti di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f) l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dal quale discendono i medesimi obblighi previsti dal comma 5.



3. Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'art. 38, lettera h), nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia. Trasmette inoltre gli atti all'Autorità per le sanzioni di cui all'art. 6, comma 11.
4. Il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto.
5. Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente si applicano anche nei confronti del soggetto ausiliario, in ragione dell'importo dell'appalto posto a base di gara.
6. Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.
7. *(comma abrogato dall'art. 1, comma 1, lettera n), d.lgs. n. 152 del 2008)*
8. In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, e che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti.
9. Il bando può prevedere che, in relazione alla natura dell'appalto, qualora sussistano requisiti tecnici connessi con il possesso di particolari attrezzature possedute da un ristrettissimo ambito di imprese operanti sul mercato, queste possano prestare l'avvalimento nei confronti di più di un concorrente, sino ad un massimo indicato nel bando stesso, impegnandosi a fornire la particolare attrezzatura tecnica, alle medesime condizioni, all'aggiudicatario.
10. 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.
11. In relazione a ciascuna gara, la stazione appaltante trasmette all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando altresì l'aggiudicatario, per l'esercizio della vigilanza, e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio.

L'avvalimento citato al comma 4 bis è quindi necessariamente un avvalimento che presenta forme di atipicità quantomeno perché il soggetto finanziatore non può svolgere attività di costruzione essendogli vietato dalla legge bancaria e utilizzando l'avvalimento nella forma prevista dal codice dei contratti dovrebbe invece eseguire in proprio i lavori.

In relazione alla previsione di cui all'art. 160 bis, comma 3, della possibilità di partecipare alla gara per il contraente generale, va considerato che l'art. 176 del D.lgs. 163/2006, prevede che:

6. Il contraente generale provvede alla esecuzione unitaria delle attività di cui al comma 2 direttamente ovvero, se costituito da più soggetti, a mezzo della società di progetto di cui al comma 10; i rapporti del contraente generale con i terzi sono rapporti di diritto privato, a cui non si applica il presente codice, salvo quanto previsto nel presente capo.

7. Il contraente generale può eseguire i lavori affidati direttamente, nei limiti della qualificazione posseduta a norma del regolamento, ovvero mediante affidamento a soggetti terzi.....

In pratica, per la casistica di cui alla presente gara, l'affidamento a terzi del contraente generale è assimilabile all'avvalimento atipico del soggetto finanziatore.

Il bando di gara, dovendo temperare la normativa prevista dall'art. 160 bis e dall'art. 176 del codice, prevede l'avvalimento atipico di soggetti realizzatori e di soggetti progettisti nel modo seguente:

“

Possono partecipare alla gara i soggetti indicati all'art. 160-bis del D.P.R. 163/2006 nelle forme di seguito specificate:

il soggetto finanziatore, in possesso dei requisiti sopra indicati, può partecipare alla gara come singolo soggetto, indicando il soggetto realizzatore e, se del caso, i progettisti e dimostrando che tali soggetti possiedono i requisiti richiesti ai concorrenti che assumono tali attività, come sopra precisato.

In alternativa, il soggetto finanziatore può partecipare alla gara quale mandatario di una associazione temporanea con il/i soggetto/i realizzatore/i in possesso dei requisiti richiesti e, eventualmente, con il/i progettista/i in possesso dei requisiti richiesti.

I concorrenti associati, se non assumono in proprio quote della progettazione, posso indicare i progettisti dimostrando che tali soggetti possiedono i requisiti richiesti ai concorrenti che assumono la progettazione, come sopra precisato.

Il Contraente generale in possesso dei requisiti sopra elencati, può partecipare alla gara quale mandante di una associazione temporanea nella quale il soggetto finanziatore assume il ruolo



di mandatario, assumendo esso stesso il ruolo di realizzatore ed eventualmente progettista, se in possesso dei requisiti previsti nel presente bando, oppure indicando, unitamente agli altri concorrenti associati, il soggetto realizzatore e, se del caso, i progettisti e dimostrando che tali soggetti possiedono i requisiti richiesti ai concorrenti che assumono tali attività, come sopra precisato.

Non è ammessa la partecipazione di concorrenti riuniti in forme diverse da quelle sopra esposte, salva la costituzione di raggruppamenti di tipo misto nei quali diversi concorrenti formino sub raggruppamenti di tipo orizzontale all'interno dei raggruppamenti di tipo verticale sopra descritti.

.....”

Potremmo essere in presenza quindi di soggetti aggiudicatari, singoli o ATI, che fanno eseguire servizi di progettazione o lavori a terzi, con i quali la Stazione Appaltante non ha rapporti contrattuali, ma dei quali verifica solo i requisiti di ordine generale e speciale necessari ai fini dell'assunzione delle attività.

3) Responsabilità dei concorrenti.

Quanto alla definizione del quadro delle responsabilità il bando prevede che:

“...Nel caso di Associazione di concorrenti, ciascuno di questi è responsabile in relazione alle attività assunte, ai sensi dell'art. 160-bis del D.Lgs. 163/2006.

I soggetti realizzatori e/o progettisti indicati dai concorrenti per lo svolgimento di tali attività sono responsabili in solido con il concorrente per le attività da loro svolte.

Nei confronti della stazione appaltante l'aggiudicatario sarà comunque ritenuto l'unico responsabile per la performance complessiva del contratto; tale responsabilità sarà solidale in caso di concorrenti riuniti in raggruppamento, pertanto l'eventuale separazione delle responsabilità potrà essere oggetto di patti parasociali.

Niente potrà quindi essere opposto alla Stazione appaltante per inadempienze, errori o quanto altro imputabile ad i soggetti aggiudicatari raggruppati anche se ciò dovesse comportare aumento di costi o mancati guadagni per qualcuno degli aggiudicatari stessi.....”

Il primo periodo concorda pienamente con le disposizioni dell'art. 160 bis del Codice dei contratti e non è una sola enunciazione di principio perché il bando medesimo contiene anche altre previsioni che aiutano ad ottenere una effettiva separazione delle responsabilità quali:

“E' ammessa, in base alla separazione delle responsabilità prevista dall'art. 160-bis del D.Lgs. 163/2006, la presentazione della cauzione definitiva da parte del solo soggetto realizzatore, se tale soggetto è uno dei concorrenti raggruppati, oppure da parte del solo contraente generale, fermo restando l'importo della cauzione.”

“Sul realizzatore dei lavori grava inoltre l'obbligo di provvedere alle coperture assicurative di cui all'art. 129 D.Lgs 163/06, come meglio specificato nel Capitolato Speciale d'Appalto”

A garanzia del soggetto finanziatore inoltre il diritto di superficie viene costituito a suo favore in modo tale che in presenza di un eventuale inadempimento o di un fallimento del soggetto realizzatore, questo possa essere sostituito ai sensi di quanto previsto nell'art. 160 bis del codice, senza che esistano intralci dovuti alla compartecipazione ai diritti reali sul terreno.

Il soggetto realizzatore può tutelarsi attraverso patti con il finanziatore inerenti il pagamento degli stati di avanzamento.

Nella fase di esecuzione è pacifico dalla lettura delle normative sull'avvalimento e sull'affidamento a contraente generale che i terzi incaricati della realizzazione e della progettazione sono responsabili in solido con i concorrenti delle attività assunte e non potrebbe essere altrimenti perché con essi la Stazione Appaltante non ha un rapporto contrattuale.

Ovviamente i concorrenti possono avviare a questo tipo di responsabilità solidale evitando di affidare l'esecuzione dei lavori o la progettazione ad un soggetto estraneo all'ATI ed evitando inoltre l'utilizzo dell'avvalimento anche nella forma tipica disciplinata dal codice.

Il terzo e quarto periodo sono conformi a quanto previsto al comma 4 dell'art. 160 bis del Codice dei contratti. Si badi bene che qui non si parla più di responsabilità circa le attività assunte, ma circa la performance complessiva del contratto che deve necessariamente essere solidale perché detta performance complessiva del contratto può dipendere da molti fattori quali



le scelte di fondo fatte in campo di progettazione e di costruzione e l'ottemperanza del realizzatore alle tempistiche previste.

E' indubbio infatti che la scelta di un immobile che necessita di più manutenzione avrà influenza sulla performance e che ritardi nella costruzione porteranno ad un ritardo nella percezione dei canoni di leasing con un aggravio degli oneri di prefinanziamento.

Tali rischi non possono essere messi a carico della Stazione Appaltante pena lo stravolgimento dell'essenza stessa dell'appalto di leasing in costruendo ed anche perché la scelta del progetto e dei soggetti associati è dei componenti dell'ATI e ad esse è estranea la Stazione Appaltante.

Niente potrà quindi essere chiesto alla stazione appaltante se il realizzatore non realizza ed ha percepito degli stati di avanzamento dal finanziatore o se gli oneri di manutenzione eccedono le previsioni oppure se il soggetto incaricato di eseguire le manutenzioni non adempie nei tempi previsti.

Quanto alla manutenzione va sottolineato che in tale fase la stazione appaltante può rivalersi solo sulla quota di leasing ad essa riferita che paghiamo al soggetto finanziatore.

La previsione di responsabilità totalmente separate, oltre che contraria alla legge, avrebbe costretto l'Amministrazione a pretendere ulteriori forme di garanzia assai gravose al realizzatore ed al manutentore.

Le modalità di assunzione delle responsabilità vanno inoltre considerate alla luce del fatto che, pur essendo in presenza di un appalto pubblico di lavori, il soggetto realizzatore costruisce un immobile che diviene di proprietà superficiale del soggetto finanziatore.

4) Diritto di superficie.

Come sopra richiamato, il diritto di superficie sull'area di intervento viene concesso a favore del soggetto finanziatore che diviene quindi il proprietario superficiale dell'immobile.

Pur con le cautele previste dal bando, quale la clausola risolutiva nel caso di mancata realizzazione nei termini del fabbricato, si è stabilito un termine certo per la costituzione del diritto di superficie, cioè il momento in cui non esistono più impedimenti per iniziare i lavori.

La durata prevista per il diritto di superficie appare quindi del tutto funzionale alla corretta gestione del contratto di leasing in costruendo, anche in considerazione che l'unico importo per il quale permane l'alea di una mancata riscossione è quello del riscatto.

La concessione del diritto di superficie a titolo gratuito prevista nel bando di gara è anch'essa funzionale all'appalto in oggetto in quanto non costringe il finanziatore ad anticipare ulteriori somme e non grava l'Amministrazione di ulteriori interessi, ma non può consentire la durata del diritto oltre il termine della locazione finanziaria. Al fine di tutelare maggiormente il soggetto finanziatore in caso di mancato riscatto si è stabilito che:

"- nel caso in cui l'Amministrazione Comunale non eserciti l'opzione di riscatto sarà facoltà del soggetto finanziatore chiedere il rinnovo del diritto di superficie per un periodo di ulteriori 10 anni al prezzo che, in mancanza di accordo fra le parti, sarà stimato dall'Agenzia del Territorio di Prato;"

fermo restando che:

"- in caso di estinzione del diritto di superficie l'Amministrazione Comunale avrà facoltà di chiedere la rimessa in pristino dell'area oppure di acquisire le opere ivi realizzate senza corresponsione di alcun indennizzo."

Sarà quindi possibile per il soggetto finanziatore, in caso di mancato riscatto da parte dell'Amministrazione Comunale, sfruttare per ulteriori 10 anni l'immobile a fronte del pagamento del corrispettivo per il rinnovo del diritto di superficie ed eventualmente dei contributi di costruzione di cui alla Legge regione Toscana n. 1/2005, qualora l'immobile perdesse la destinazione di cui al presente bando.

Prato, 20/02/2012