



DELIBERA N. 768

24 novembre 2021.

Oggetto

Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 211, comma 1, del d.lgs. 50/2016 presentata da Orion S.r.l. – Procedura aperta in modalità telematica per l'affidamento della fornitura, tramite leasing operativo o finanziario con opzione di riscatto finale, di n. 50 ambulanze di tipo A - Importo a base di gara: Euro 5.800.002,50 - S.A.: Sanitaservice ASL BA S.r.l.

PREC 189/2021/F

Riferimenti normativi

Art. 30 del D.Lgs. n. 50/2016.

Parole chiave

Appalto di fornitura, Leasing finanziario, Leasing operativo, Principio di *par condicio*.

Massima

Appalto di fornitura – Leasing finanziario o leasing operativo – Scelta rimessa all'operatore economico – principio di *par condicio* – violazione.

La differenza tra il contratto di leasing finanziario e quello operativo (sotto il profilo della causa, della struttura e dei costi) impone alla stazione appaltante, che intende acquisire la fornitura di mezzi di soccorso, di effettuare la scelta relativa alla tipologia del contratto da stipulare, a monte dell'indizione della gara, previa valutazione dell'interesse pubblico sotteso alla procedura di affidamento. Non appaiono, pertanto, conformi al principio di *par condicio* le previsioni della *lex specialis* di gara che rimettono agli offerenti la scelta tra due tipologie contrattuali differenti, in quanto non consentono di effettuare una comparazione delle offerte su un piano paritario.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione



nell'adunanza del 24 novembre 2021

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. n. 62474 del 21 agosto 2021, con la quale la società Orion S.r.l. ha contestato la *lex specialis* di gara per l'affidamento della fornitura di ambulanze riportata in oggetto;

RILEVATO che l'istante ha lamentato l'illegittimità degli atti di gara (adottati all'esito dell'annullamento d'ufficio di precedente analoga gara), sotto i profili della violazione del principio di chiarezza, non ambiguità e non discriminazione, in ragione della: *i) "compresenza"* di due diverse tipologie di leasing (finanziario e operativo) idonea a viziare la procedura di valutazione delle offerte economiche; *ii)* inclusione di oneri finanziari non previsti dalla opzione "*leasing operativo*"; *iii)* previsione della opzione di riscatto delle ambulanze anche nel caso di leasing operativo, non prevista dalla legge; *iv)* contraddittorietà tra le ragioni addotte dalla SA a sostegno dell'annullamento d'ufficio del precedente bando (in ordine alla necessità di prevedere, alternativamente, il leasing finanziario o quello operativo degli automezzi) e le clausole inserite nel nuovo disciplinare (che contempla entrambe le tipologie di leasing);

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 66235 del 13 settembre 2021;

VISTA la documentazione in atti e la memoria presentata dalla stazione appaltante (acquisita al prot. n. 67736 del 20 settembre 2021);

RILEVATO che dalla documentazione in atti si evince che, con bando di gara pubblicato il 13 maggio 2021, Sanitaservice S.r.l. aveva indetto una procedura di gara "*per l'affidamento della fornitura, tramite leasing finanziario con opzione di riscatto finale, di n. 55 ambulanze di tipo A*" di importo complessivo di € 5.556.307,29 e termine di presentazione delle offerte previsto per il 14 giugno 2021. In seguito alla ricezione di una nota da parte di InnovaPuglia S.p.A. (nella quale veniva rilevata l' "*incompatibilità della strumentazione tecnica informativa da allocare sulle ambulanze con il sistema informativo del 118 regionale*"), la SA ha chiesto un parere ad un legale di fiducia in ordine alla possibilità di annullare d'ufficio la gara; il quale, oltre a confermare la possibilità di procedere all'annullamento d'ufficio del bando, ha consigliato di "*prescegliere quale tipologia di contratto di leasing, quello c.d. "operativo", in quanto (più) rispondente alle esigenze della stazione appaltante sottese alla celebrazione della gara, così da consentire anche la partecipazione di concorrenti in forma singola, oltre che associata*" e di "*richiedere che i concorrenti diano prova di possedere idonea capacità tecnica relativa alla manutenzione dei mezzi e delle attrezzature elettromedicali montate a bordo delle ambulanze*". Di conseguenza, con Determinazione n. 1021 del 6 luglio 2021, la SA ha proceduto all'annullamento d'ufficio degli atti di gara e, in data 4 agosto 2021, ha pubblicato il nuovo bando (con termine di presentazione delle offerte previsto per il 9 giugno 2021) contemplando, a scelta dell'offerente, la possibilità di fornire 50 ambulanze sia mediante leasing operativo che mediante leasing finanziario con opzione di riscatto finale;

RITENUTO che la questione sollevata dall'istante vada risolta valutando se è conforme ai principi di non discriminazione e concorrenza consentire agli operatori economici di offrire (a propria scelta) sia ambulanze in leasing operativo che in leasing finanziario, alla stregua dell'esame delle caratteristiche dei due istituti civilistici;

CONSIDERATO che i richiamati contratti, pur presentando delle analogie, sono tenuti nettamente distinti sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza (cfr. Cass., 29 marzo 2019, n. 8980). Il leasing finanziario è il



contratto in forza del quale chi intende usare e godere di un determinato bene (utilizzatore) chiede a un'impresa di leasing (concedente) di procurarselo (dal produttore) per poi cederlo in godimento. Si tratta di un contratto che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, non dà luogo ad un rapporto trilaterale o plurilaterale, ma realizza un'ipotesi di collegamento negoziale tra il contratto di leasing e di fornitura sicché le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro (Cass., Sez. Unite, 5 ottobre 2015, n. 19785; Cass. Sez. Un., 28 gennaio 2021, n. 2061); la causa di tale contratto è il finanziamento per l'acquisto di beni (produttivi o di consumo) del quale il canone rappresenta la modalità di restituzione. Invece, il leasing operativo ricorre quando è lo stesso produttore del bene o un suo distributore a concederlo in godimento, dietro pagamento di canoni periodici per un periodo di tempo tendenzialmente inferiore alla vita economica del bene. In quest'ultimo caso, la causa del contratto è individuata nel godimento di un bene dietro il corrispettivo di un prezzo, in quanto l'istituto assolve una funzione di mera locazione o di noleggio e il canone pattuito rappresenta il corrispettivo per la locazione del bene;

CONSIDERATO che anche la giurisprudenza amministrativa che si è occupata della differenza dei due istituti nell'ambito di un appalto di fornitura di mezzi, ha precisato che: *"Il leasing operativo, (...), si distingue dal leasing tradizionale, che coinvolge tre soggetti (oltre al fornitore e all'utilizzatore, vi è il concedente) e sottende due contratti posti in collegamento (atecnico) tra di loro (cfr., Cass., SS.UU. n. 19785/ 2015). Il "leasing" operativo si distingue dal "leasing" finanziario, in quanto nel primo è lo stesso produttore che concede in locazione il bene all'utilizzatore, mentre nel secondo la società concedente acquista il bene da terzi al fine di darlo in locazione all'utilizzatore. In entrambi i tipi contrattuali, l'utilizzatore, ove espressamente previsto, può acquistare in proprietà il bene con il pagamento di un prezzo di riscatto"* (TAR Campania, Salerno, sez. I, 5 gennaio 2018, n. 41; sulla differente funzione economica assoluta dai due contratti si vedano anche Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2020, n. 6324; TAR Toscana, sez. III, 9 novembre 2020, n. 1379, nonché Cons. Stato, parere Comm. Speciale del 18 ottobre 2017, n. 2162, ove, sia pure in un contesto differente dalla contrattualistica pubblica, si sottolinea che: *"con la denominazione "leasing" sono definiti nella pratica due differenti istituti: il leasing operativo e il leasing finanziario. Il leasing operativo configura un'operazione a struttura bilaterale tra due soggetti: il fornitore, che concede in godimento il bene all'utilizzatore, dietro il corrispettivo del pagamento di un canone periodico per il godimento, con la facoltà alla scadenza del periodo di godimento di restituire il bene ovvero di acquistarlo esercitando un diritto di opzione. Si tratta, dunque, di un contratto concluso direttamente dall'impresa produttrice. Secondo un consolidato indirizzo dottrinale, non si tratta di un contratto atipico ma di un istituto avente forma e sostanza locative, riconducibile, a seconda dei casi, alla locazione, all'affitto o al noleggio. Il leasing finanziario, invece, configura un'operazione pluristrutturata perché coinvolge tre soggetti: il fornitore del bene, la società di leasing (c.d. società concedente) e l'utilizzatore del bene. Il fornitore vende un bene alla società di leasing; la società di leasing concede in godimento il bene all'utilizzatore, dietro pagamento di un canone periodico, con la facoltà alla scadenza del periodo di godimento di acquistare il bene, riscattandolo sulla base di un diritto di opzione e pagando un prezzo predeterminato");*

CONSIDERATO, inoltre, che la figura del leasing finanziario è stata tipizzata con l'art. 1, comma 136, della L. 2 agosto 2017, n. 124, secondo cui: *"Per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto,*



l'obbligo di restituirla'. Tale disposizione non si applica, invece, al cd. leasing operativo (anche noto come leasing diretto o del produttore), il quale, non rientrando nell'ambito dell'attività di intermediazione finanziaria, non rappresenta un'attività riservata in via esclusiva alle banche e ai soggetti iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del D.Lgs. n. 386/1993, e consiste, piuttosto, nel noleggio o nella locazione di beni prodotti o commercializzati direttamente dalla società aggiudicataria;

TENUTO CONTO che, nel caso di specie, la legge di gara (adottata dalla SA all'esito dell'annullamento d'ufficio del precedente bando) reca le seguenti disposizioni utili a descrivere l'appalto di fornitura degli automezzi di soccorso:

- l'art. 2 del disciplinare di gara specifica che: *"La formula scelta per la fornitura è quella del Leasing operativo o finanziario inteso come contratto mediante il quale il locale (intermediario finanziario/produttore del bene o similare), a fronte del pagamento di un canone periodico, concede in uso al conduttore (Sanitaservice ASL BA in quanto cliente e utilizzatore del cespite), senza che questo ne divenga proprietario nel periodo di utilizzo, unitamente ad una serie di servizi collaterali. Si tiene a specificare che, nell'ipotesi in cui gli operatori economici concorrenti prescelgono la formula del leasing "finanziario" la partecipazione alla gara potrà avvenire solo in forma associata con altri operatori e, pertanto, attraverso Associazioni Temporanee di Imprese costituite o costituende. In tal caso, i veicoli verranno forniti esclusivamente dalla/e Ditta/e fornitrice/i dell'ATI aggiudicataria: il corrispettivo per l'acquisto dei veicoli verrà pagato direttamente dalla società di leasing dell'ATI aggiudicataria alla quale la/e predetta/e Ditta/e fornitrice/i indirizzerà/indirizzeranno le relative fatture. La/e Ditta/e fornitrice/i non pretenderà/pretenderanno alcun compenso dalla Stazione Appaltante che resta estranea agli accordi tra la società di leasing e la/e Ditta/e medesima/e";* la stessa disposizione sottolinea, inoltre, che è prevista *"l'attivazione di un leasing operativo o finanziario legato al periodo di utilizzo del bene articolato su 60 mesi. Il canone verrà emesso su base mensile ed includerà sia la componente finanziaria e di utilizzo del bene, sia quella relativa agli oneri per i servizi accessori. I servizi pertanto vengono a costituire un unicum con la disponibilità del bene nella definizione dell'oggetto del contratto"*;
- l'art. 3.2 del disciplinare prevede che *"scaduto il contratto, è facoltà della Sanitaservice ASL BA S.r.l. acquisire il diritto di proprietà di ciascuna singola ambulanza. L'esercizio di tale facoltà sarà esternato dalla Sanitaservice ASL BA S.r.l. attraverso una comunicazione scritta, nei 60 giorni precedenti la scadenza del contratto. Il valore forfettario di riscatto di ogni singola Autoambulanza sarà pari a 1% del valore del bene (ossia € 800,00 + iva)"*;
- l'art. 6.4 del disciplinare, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, precisa che *"le società di leasing dovranno produrre un elenco dei leasing finanziari di automezzi, effettuati nell'ultimo triennio con riferimento alla data del bando, compresi i contratti iniziati precedentemente ed ancora in corso nel periodo indicato per un valore pari ad almeno 1.800.000,00 Euro oltre iva per ciascun anno"*;
- l'art. 16 del disciplinare prevede che l'offerta economica deve contenere, a pena di esclusione: *a) il ribasso globale percentuale, da applicare all'importo posto a base di gara, al netto di iva e/o di altre imposte e contributi di legge (ma comprensivo degli oneri finanziari e accessori tutti nessuno escluso); b) il valore complessivo calcolato in euro ed iva esclusa; c) valore mensile del canone di leasing iva esclusa, da corrispondere per i 60 mesi di durata dello stesso (comprensivo di tutti gli oneri diretti ed indiretti riferibili alla fornitura offerta, interessi esclusi, e dunque sia della manutenzione ordinaria che straordinaria che degli oneri di sostituzione del bene obsolecente e in ogni modo correlata al leasing); d) percentuale di iva da applicare sul canone; e) la stima dei costi aziendali relativi alla sicurezza; f) sul costo di offerta vanno indicati in termini percentuali*



- l'ammortamento del bene, gli oneri finanziari e gli interessi, il costo dei servizi accessori, le spese generali;
- l'art. 7 del capitolato tecnico dispone che: *"Il contratto di leasing operativo o finanziario dovrà prevedere i seguenti servizi accessori: durata del contratto 60 mesi; maxicanone anticipato alla consegna del mezzo 10%; prezzo per opzione riscatto 1%; 59 canoni mensili a rate di pari importo fino alla scadenza del contratto (rate costanti); spese per cessione del contratto a terzi richieste dall'utilizzatore (€ 250,00); valore stimato da finanziare 50 ambulanze di tipo A € 4.000.000,00", viene, inoltre, precisato che "gli aspetti contrattuali del finanziamento, indipendentemente dalla tipologia di leasing prescelto dall'aggiudicatario, riguardano i rapporti interni agli aggiudicatari e in nessun caso saranno opponibili all'Azienda. La Sanitaservice ASL BA S.r.l. si riserva la facoltà di esercitare opzione di riscatto per il singolo mezzo di soccorso acquisendone il diritto di proprietà. In tal caso, ne dovrà dare preventiva comunicazione all'aggiudicatario entro un termine di almeno due mesi prima della scadenza del singolo contratto. Il prezzo di riscatto, che dovrà essere pari al 1% del valore complessivo dei canoni del singolo mezzo di soccorso, dovrà essere pagato contestualmente con l'ultima rata del leasing. Terminato il periodo di leasing, ove la Sanitaservice ASL BA S.r.l. non ricorra al riscatto dei mezzi, dovrà provvedere alla riconsegna degli stessi";*
 - l'art. 8 del capitolato tecnico, in relazione alle modalità di fatturazione e ai pagamenti, prevede che la fattura deve riportare il canone mensile di leasing operativo o finanziario per ciascun mezzo e che, in caso di scelta del leasing finanziario, il corrispettivo per l'acquisto dei mezzi verrà pagato direttamente alla società di leasing;

RILEVATO che, dalle predette disposizioni della legge di gara, si evince che la stazione appaltante ha rimesso agli operatori economici la scelta del contratto di leasing da stipulare, senza considerare la differenza dei due istituti sotto il profilo causale, strutturale e dei costi sottesi all'una o all'altra operazione;

CONSIDERATO che il principio di libera concorrenza, cui fanno da corollari i principi di proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione (di cui all'art. 30, comma 1, del Codice), si pone come principio cardine nella disciplina degli appalti e delle concessioni (cfr. CGUE, 3 dicembre 2001, C-59/00; Id., sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/1998) ed è finalizzato a garantire l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati. La giurisprudenza ha affermato che *"la tutela della concorrenza costituisce la più importante ratio ispiratrice dell'intera normativa del settore dei contratti della Pubblica Amministrazione"* e che *"la effettiva parità tra gli operatori economici che partecipano ad una procedura finalizzata all'affidamento di un appalto, non può considerarsi secondaria rispetto ad altri e diversi interessi, seppur questi rivestano un'importanza considerevole"* posto che *"il legislatore europeo, prima e nazionale, poi, nel delineare il corpus normativo afferente alla materia dei contratti, si è orientato nel senso di valorizzare primariamente la par condicio fra operatori economici, quale strumento per rendere virtuoso il sistema economico nel suo complesso"* (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 novembre 2015, n. 10). La Corte di Giustizia ha precisato che i principi di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza *"costituiscono la base delle norme dell'Unione relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici"* (CGUE, 16 dicembre 2008, C-213/07) ed impongono che *"che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate dall'amministrazione aggiudicatrice"*. Il principio di parità di trattamento tra gli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed effettiva tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, impone poi *"che tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano*



soggette alle medesime condizioni per tutti i concorrenti' (CGUE, 24 maggio 2016, C-396/2014; cfr. CGUE, 29 aprile 2004, C-496/99; Id., 12 marzo 2015, C-538/13);

RITENUTO che, ai fini della questione controversa, il principio di *par condicio* imponga alle amministrazioni aggiudicatrici di elaborare documenti di gara che consentono di comparare le offerte economiche sulla base di parametri di costo omogenei per tutti i potenziali concorrenti, anche allo scopo di evitare che si verifichi una situazione di *favor* per alcuni operatori. Ciò comporta che le stazioni appaltanti, nel bando di gara (e nella documentazione di gara a corredo dello stesso), devono definire sia l'oggetto del contratto da stipulare che la sua causa, al fine di fornire agli offerenti gli elementi essenziali in base ai quali formulare l'offerta;

RITENUTO che la scelta della tipologia del contratto da stipulare all'esito di una procedura di gara (e nel caso specifico, la scelta tra leasing finanziario e leasing operativo) non possa essere delegata agli operatori economici, considerando che i contratti *de quibus* presentano (come sopra detto) una causa diversa ed assolvono ad una diversa funzione economico-sociale (di finanziamento il leasing finanziario, di godimento quello operativo). A fronte della diversa disciplina normativa ad essi applicabile, alle diverse voci di costo che compongono l'offerta (su cui cfr. Corte dei conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, Deliberazione 13 novembre 2008, n. 87), alla diversa struttura contrattuale (contratto collegato, il leasing finanziario, contratto bilaterale, quello operativo), al diverso regime soggettivo applicabile (i contratti di leasing finanziario richiedono come interlocutore della P.A. una società di leasing), si ritiene che la scelta sul tipo di contratto da stipulare debba essere effettuata dalla stazione appaltante a monte dell'indizione della gara e non possa essere delegata agli operatori economici a valle, in sede di presentazione dell'offerta. Ciò in quanto compete esclusivamente alla stazione appaltante valutare l'interesse pubblico da soddisfare sotteso alla procedura di affidamento, considerando che se il contratto è funzionale a soddisfare il "mero godimento" di un bene durevole destinato a rapida obsolescenza, potrebbe configurarsi un leasing operativo (assimilabile ad un appalto di fornitura); se, invece, la PA ha anche l'esigenza di stipulare un contratto di finanziamento che consenta di ottenere, alla fine del periodo di ammortamento dei canoni periodici, l'acquisizione del bene utilizzato, mediante la previsione in favore dell'ente del diritto di riscatto del bene medesimo, potrebbe configurarsi un leasing finanziario (riservato agli intermediari finanziari).

Il Consiglio

Ritiene, nei termini di cui in motivazione, che la scelta relativa al tipo di contratto (leasing operativo o finanziario) da stipulare all'esito di una gara per la fornitura di mezzi di soccorso sanitario debba essere effettuata dalla stazione appaltante a monte dell'indizione della gara e non possa essere delegata agli operatori economici, in sede di presentazione dell'offerta. Pertanto, non si ritengono conformi ai principi generali in materia di contratti pubblici e alla *par condicio* le previsioni della *lex specialis* di gara che rimettono agli offerenti la scelta tra due tipologie contrattuali differenti, in quanto non consentono di effettuare una comparazione delle offerte su un piano paritario.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 novembre 2021



Per il Segretario Maria Esposito

Valentina Angelucci

Atto firmato digitalmente