

Parere n. 252 del 10/12/2008

PREC220/08/F

Oggetto: istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla stazione appaltante Azienda Sanitaria Regionale Molise (ASREM) - Zona Territoriale Montana Agnone -Fornitura a noleggio di n. 2 autoclavi di sterilizzazione da assegnare al Presidio Ospedaliero di Agnone mediante cottimo fiduciario e ritiro e smaltimento di 2 autoclavi da dismettere. Importo a base d'asta pari a euro 80.000,00 - S.A.: Azienda Sanitaria Regionale Molise (ASREM).

Il Consiglio

Vista la relazione dell'Ufficio del precontenzioso

Considerato in fatto

L'Azienda Sanitaria Regionale Molise (ASREM) con determinazione n. 406 del 28.12.2007 ha indetto una procedura di acquisizione in economia per la fornitura a mezzo noleggio di n. 2 autoclavi di sterilizzazione, da assegnare al Presidio Ospedaliero di Agnone mediante cottimo fiduciario, ai sensi degli artt. 125 e 253 comma 22, del D.Lgs. 163/2006, e per il ritiro e lo smaltimento di 2 autoclavi da dismettere.

La predetta S.A., in data 17.01.2008, ha invitato formalmente n. 11 Ditte, pubblicando la lettera di invito mediante affissione all'Albo e sul sito informatico dell'Azienda stessa.

Hanno presentato offerta tre imprese, tra le quali la Operleasing S.p.A..

In data 20 marzo 2008 l'ASREM ha formulato richiesta di parere a questa Autorità, ex articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo n. 163/2006, in merito all'ammissibilità della partecipazione "in proprio" alla procedura di cui trattasi dell'impresa Operleasing S.p.A., la quale ha comunicato alla S.A. di servirsi della ditta ICOS Impianti Group S.p.A. per la fornitura delle apparecchiature oggetto dell'appalto, senza specificare il tipo di rapporto intercorrente con la ditta medesima.

In riscontro alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stessa S.A., la Operleasing S.p.A., società di leasing, ha evidenziato di possedere tutti i requisiti necessari per partecipare alla gara in proprio, sostenendo di avere la piena disponibilità dei mezzi e delle risorse tecniche e qualitative dell'impresa ICOS Impianti S.p.A., fornitrice delle apparecchiature e incaricata a sua volta del ritiro e smaltimento delle autoclavi da dismettere. A riprova di ciò, unitamente all'offerta, la Operleasing S.p.A. ha rimesso all'Ente committente le dichiarazioni della ICOS Impianti S.p.A. in ordine alla capacità tecnica ed alle caratteristiche dei prodotti offerti in noleggio.

La Operleasing S.p.A. ha rappresentato, altresì, di avere pieno titolo a partecipare in proprio alla procedura in questione, senza dover ricorrere alla costituzione di una ATI e/o alla presentazione della dichiarazione di avvalimento, in virtù delle norme che regolano il leasing operativo, sottolineando che, secondo lo schema tipico di tale istituto, la società medesima finanzia l'operazione di acquisto del bene, mentre la fornitura e la manutenzione vengono effettuate dalla società operativa indicata, cioè dalla ICOS Impianti S.p.A.

Infine, a comprova del suo pieno titolo a partecipare alla selezione in oggetto, la Operleasing S.p.A. ha ulteriormente osservato che l'offerta è stata formulata nel rispetto delle condizioni stabilite dal Ministero del Tesoro e dalla Banca d'Italia per il corretto esercizio dell'attività di locazione operativa.

In relazione a tali condizioni la società concorrente ha evidenziato, in particolare, quella secondo cui le società di leasing devono acquistare i beni da concedere in locazione operativa solo in presenza di contratti già stipulati con la clientela.

Da tale condizione, sostiene la Operleasing S.p.A., discende che le società di leasing offerenti, in caso di partecipazione ad una gara pubblica, devono indicare, già in sede di prequalifica, il nominativo del fornitore, che, in caso di aggiudicazione della gara, venderà i propri beni all'intermediario, il quale, successivamente, li concederà in godimento alla pubblica amministrazione utilizzatrice.

Ritenuto in diritto

Al fine di un corretto inquadramento della problematica sottoposta a questa Autorità, si ritiene opportuno richiamare, preliminarmente, la distinzione tra leasing finanziario e leasing operativo negli appalti pubblici di forniture. Per poter qualificare un appalto di fornitura in termini di leasing finanziario è necessario che l'appalto in questione sia diretto, in via immediata, all'utilizzazione del bene fornito per un periodo di tempo prefissato dietro pagamento di un canone periodico e, mediamente, a far acquisire la proprietà del bene medesimo.

Conseguentemente la documentazione di gara ed il relativo contratto devono sempre prevedere l'opzione di riscatto alla scadenza ed il pagamento dei canoni è considerato, non tanto come corrispettivo per la locazione del bene, ma piuttosto come modalità per la restituzione di un finanziamento che è pari al costo del bene (e delle spese accessorie) aumentato del compenso per l'attività del finanziatore (sotto forma di interesse sul capitale investito).

Nell'operazione descritta sono coinvolti tre soggetti:

1. l'utilizzatore, vale a dire colui che sceglie ed utilizza il bene e può riscattarlo al termine del contratto;
2. il concedente, ossia la società di leasing, che acquista materialmente il bene scelto dall'utilizzatore, conservandone la proprietà sino al momento del suo eventuale riscatto al mero scopo di garanzia;
3. il fornitore, cioè chi vende il bene, scelto dall'utilizzatore, alla società di leasing.

La fattispecie dell'appalto di fornitura in leasing operativo (denominato anche noleggio operativo o leasing di godimento) si configura, invece, quando al bene da acquisire, di solito ad alta standardizzazione ed a rapida obsolescenza, è intimamente connessa l'assistenza operativa ed è prevalente l'interesse dell'ente committente alle prestazioni di manutenzione ed assistenza "full risk".

In tale tipologia di leasing i canoni periodici collegati al servizio finanziario sono sostanzialmente commisurati al valore di utilizzo del bene oggetto di leasing e non è normalmente previsto il diritto di riscatto a favore dell'utilizzatore. Inoltre, a differenza del leasing finanziario, il leasing operativo non prevede nel suo schema contrattuale tipico la presenza di tre soggetti, poiché, generalmente, è lo stesso produttore del bene che lo concede in locazione a fronte di un canone periodico, che corrisponde all'entità dei servizi offerti dal bene medesimo e non è, quindi, in relazione alla sua durata economica.

Premesso quanto sopra, per quanto di interesse nel caso di specie, si evidenzia che, se diversa è la causa giuridica delle due richiamate fattispecie contrattuali, la prestazione oggetto di un contratto di fornitura in leasing, sia esso finanziario od operativo, è sempre e comunque mista: fornitura del bene, servizio finanziario collegato al pagamento di canoni periodici, servizio di assistenza e manutenzione. Ciò implica che i soggetti partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti di forniture in leasing, di qualsiasi specie trattasi, debbano necessariamente possedere requisiti complessivamente in grado di coprire le tre aree di incidenza della prestazione (fornitura, servizio finanziario, servizio di assistenza e manutenzione). Teoricamente, se un singolo concorrente possedesse "in proprio" tutte e tre le ricordate tipologie di requisiti non vi sarebbero particolari problemi per la sua partecipazione alla gara come "soggetto singolo". Ma se, come nella specie, il concorrente (Operleasing S.p.A.) è dichiaratamente una società di leasing che, secondo quanto precisato dalla stessa, partecipa alla procedura di affidamento della fornitura in oggetto in virtù delle norme che regolano il leasing operativo, utilizzando i mezzi e le risorse tecniche e qualitative di un altro soggetto (l'impresa fornitrice ICOS Impianti S.p.A.), diventa indispensabile che detta società di leasing, non possedendo essa stessa tutte le qualificazioni necessarie per la partecipazione alla procedura in questione in ragione della natura mista della prestazione dedotta in appalto, costituisca o una associazione temporanea con almeno un fornitore o un altro idoneo rapporto contrattuale (TAR Umbria, Perugia, sentenza n. 412 del 30 luglio 2001), quale, ad esempio, un contratto di avvalimento, che le consenta di instaurare con il soggetto fornitore un vincolo giuridico formale (mancante nella specie) da spendere nel corso della specifica procedura selettiva in esame, al fine di poter legittimamente utilizzare in tale sede i requisiti di capacità tecnico-economica posseduti dal fornitore e richiesti per la partecipazione alla procedura.

In base a quanto sopra considerato

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di escludere la possibilità che alla procedura di affidamento di una fornitura a mezzo noleggio, quale quella indicata in oggetto, possa partecipare come soggetto singolo un operatore finanziario con le caratteristiche della Operleasing S.p.A.

I Consiglieri Relatori: Piero Calandra, Alfredo Meocci

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 22/12/2008