

SANITASERVICE ASL BA SRL



Soggetta al controllo analogo del socio unico ASL di Bari
Sede legale: Lungomare Starita, 6 – 70123 Bari
Sede operativa: via G. Verdi, 38 – Tel.0803217901 Fax 0803217916
Capitale Sociale Euro 100.000,00 interamente versato
CF - P. IVA 07077140726
E-mail: sanitaservice@asl.bari.it
Web site: www.sanitaserviceaslba.it

SANITASERVICE ASL BA s.r.l.	
06 LUG. 2021	
Prot. N. 1021	IN/OUT

DETERMINAZIONE DELL'AMMINISTRATORE UNICO

Prot. n. 1021-OUT/Sanitaservice ASL BA del 06 luglio 2021

Oggetto: Gara a procedura aperta in modalità telematica per l'affidamento della fornitura, tramite leasing finanziario con opzione di riscatto finale, di n. 55 ambulanze di tipo A" per la SANITASERVICE ASL BA s.r.l.

Con "Bando di Gara", pubblicato in GUCE il 13/05/2021, Sanitaservice ASL BA s.r.l. ha indetto una procedura aperta "In modalità telematica 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. Il termine ultimo per la presentazione delle offerte è stato fissato per il giorno 14.06.21. Entro la scadenza del predetto termine, sono pervenute le offerte di due concorrenti:

- RTI MALDARIZZI AUTOMOTIVE SOCIETA' PER AZIONI - VS Assistenza di Tanzi Vittoria - MAF DI MARIANI ALFREDO E FIGLIO Srl;
- RTI Orion srl - BNL LEASING SPA.

Il giorno 14.06.21, si è proceduto alla apertura della documentazione amministrativa delle due predette concorrenti, come da pedissequo verbale di gara allegato.

Medio tempore, il giorno 11.06.21 sono pervenute dalla Direzione Generale della ASL BA le osservazioni relative al "Bando" della predetta gara formulate da:

- "InnovaPuglia s.p.a" il giorno 04.06.21;
- "Dipartimento della Promozione della salute e del benessere animale" presso la Regione Puglia, il giorno 11.06.21, concernenti "la incompatibilità della strumentazione tecnica informativa da allocare sulle ambulanze con il sistema informativo del 118 regionale".

Il giorno 11.06.2021, è pervenuta una nota pec della società "Orion", capogruppo mandataria dell'ATI composta con BNL Leasing, che aveva presentato domanda di partecipazione alla gara, che ha contestato la legittimità del chiarimento pubblicato da Sanitaservice e rubricato al n. PI177071-21 ove si specificava, con espresso riferimento alla dizione "costituita o costituenda ATI", "che la stessa non si riferisse all'obbligo di inserire nel proprio raggruppamento una società di leasing, ben

potendo le concorrenti – singole e/o associate - stipulare un accordo commerciale con la società di leasing per far fronte all'esposizione finanziaria da proporre alla stazione appaltante”.

In data 15.06.2021, è infine pervenuta a mezzo PEC, a firma della mandante della predetta costituenda ATI, altra nota di tenore analogo alla precedente con la quale, alla luce delle prescrizioni contenute negli artt. 2, 6.1 e 6.3, del “Disciplinare di Gara”, ha chiesto l'esclusione dell'ATI capeggiata da “Maldarizzi Automotive S.p.A.”. Ciò in quanto la predetta associazione temporanea sarebbe stata priva di un operatore economico responsabile della erogazione del leasing.

Con nota PEC, del 22.06.2021 (prot.n.984-OUT Sanitaservice ASL BA), l'Amministratore Unico di Sanitaservice ha richiesto all'Avvocato Vito Di Natale un parere pro veritate del seguente tenore:

- 1) Se, in ragione delle osservazioni pervenute a Sanitaservice dalla Regione Puglia, “Dipartimento della Promozione e della Salute”, nonché InnovaPuglia, in ordine alla incompatibilità della strumentazione tecnica da porre a bordo delle ambulanze, oggetto della gara di appalto, con la piattaforma regionale del 118, sia possibile – e a quali condizioni anche di natura temporale – integrare gli atti di gara, ovvero non sia opportuno annullare la gara, indicandone una nuova con adeguamento delle prescrizioni tecniche da porre a carico dei concorrenti.*
- 2) Se gli atti di gara, nella attuale formulazione, subordinino effettivamente la partecipazione delle concorrenti solo alla previa costituzione o, quanto meno, all'impegno a costituire una ATI, ovvero consentano la partecipazione delle imprese in forma singola, anche prescindendo dalla previa sottoscrizione di un contratto di leasing.*
- 3) A quali rischi vada incontro la stazione appaltante nell'ipotesi di annullamento degli atti di gara e sua riedizione”.*

Con nota PEC, del 30 giugno 2021 (protocollata col n.1322-IN Sanitaservice ASL BA), il predetto professionista ha licenziato il proprio parere, che si allega al presente atto, per farne parte integrante, con il quale ha conclusivamente prospettato alla stazione appaltante di:

- “procedere alla riedizione della gara;*
- 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;*
- 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”.*

Il RUP, preso atto del parere predetto, ne ha condiviso tutte le argomentazioni ivi evidenziate, trasmettendolo all'Amministratore Unico di Sanitaservice ASL BA, per l'adozione degli atti consequenziali.

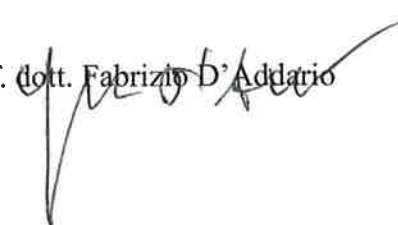
L'Amministratore Unico, vista l'istruttoria del RUP,

Determina, con riferimento all'oggetto del presente atto, quanto segue:

- 1) di prendere atto del verbale di gara del 14.06.21 relativo alla celebrazione di una "Gara a procedura aperta in modalità telematica per l'affidamento della fornitura, tramite leasing finanziario con opzione di riscatto finale, di n. 55 ambulanze di tipo A" per la Sanitaservice ASL BA s.r.l.";
- 2) di prendere atto del parere a firma dell'Avv. Vito Di Natale, condividendone tutte le argomentazioni, ivi riportate;
- 3) di adottare, quale necessario atto consequenziale del predetto parere e dell'attività istruttoria del RUP, l'annullamento degli atti per la celebrazione di una "Gara a procedura aperta In modalità telematica per l'affidamento della fornitura, tramite leasing finanziario con opzione di riscatto finale, di n. 55 ambulanze di tipo A" per la Sanitaservice ASL BA s.r.l.";
- 4) di dare mandato a società specialistica esterna di pubblicare l'esito della gara sulla G.U.C.E., sulla G.U.R.I., per estratto su almeno due quotidiani a diffusione nazionale locale;
- 5) di pubblicare il presente atto sul sito Web ufficiale aziendale della SANITASERVICE ASL BA, nella sezione "Bandi e concorsi", all'indirizzo: http://www.sanitaserviceaslba.it/bandi_3.html, con l'applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 33/13.

L'Amministratore Unico SANITASERVICE ASL BA srl

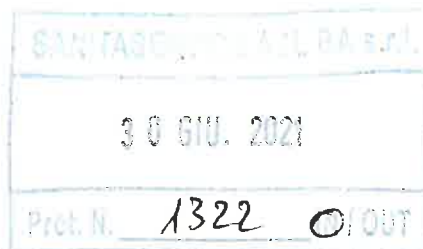
Prof. dott. Fabrizio D'Addario



VITO DI NATALE

CN = DI NATALE VITO
C = IT

Avv. Vito Di Natale
Vai Guido De Ruggiero, 9 70125 B A R I
Tel. Fax 080 5968360



Spett.le Sanitaservice ASL/BA s.r.l.
Via Giuseppe Verdi, 36
70132 B A R I
c.a. prof. Fabrizio D'Addario

Con nota pec del giorno 22.06.21, a firma del suo Amministratore Unico, Sanitaservice ASL/BA s.r.l., richiedeva al sottoscritto professionista un parere pro veritate sulla procedura di gara aperta indetta *“In modalità telematica 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, con termine ultimo per la presentazione delle offerte, fissato per il giorno 14.06.21. All’uopo specificava, che:

- in data 11.06.21 erano pervenute dalla Direzione Generale della ASL/BA le osservazioni relative al *“Bando”* della predetta gara - formulate da *“InnovaPuglia s.p.a”* il giorno 04.06.21 e, su comunicazione di quest’ultima, dal *“Dipartimento della Promozione della salute e del benessere animale”* presso la Regione Puglia, il giorno 11.06.21 - concernenti *“la incompatibilità della strumentazione tecnica informativa da allocare sulle ambulanze con il sistema informativo del 118 regionale”*;

-in pari data, inoltre, era pervenuta una nota pec della società *“Orion”*, capogruppo mandataria dell’ATI composta con BNL Leasing, che aveva presentato domanda di partecipazione alla gara, che contestava la legittimità del chiarimento pubblicato da Sanitaservice e rubricato al n. PI177071-21 ove si specificava, con espresso riferimento alla dizione *“costituita o costituenda ATI”*, *“che la stessa non si riferisse all’obbligo di inserire nel proprio raggruppamento una società di leasing, ben potendo le concorrenti – singole e/o associate - stipulare un accordo commerciale con la società di leasing per far fronte all’esposizione finanziaria da proporre alla stazione appaltante”*;

-infine, il successivo 14.06.21, a firma della mandante della predetta costituenda ATI, era pervenuta altra nota di tenore analogo alla precedente con la quale, alla luce delle prescrizioni contenute negli artt. 2, 6.1 e 6.3, del *“Disciplinare di Gara”*, si chiedeva l’esclusione dell’ATI capeggiata da *“Maldarizzi Automotive S.p.A.”* non avendo la predetta associazione temporanea contemplato al suo interno la presenza dell’operatore economico responsabile della erogazione del leasing.

Puntualizzava ancora Sanitaservice che erano pervenute due sole domande di partecipazione a nome delle su indicate associazioni temporanee di imprese e che, *“ad una più attenta disamina degli atti di gara”*, aveva rilevato al loro interno alcune distonie. In particolare:

- a fronte delle affermazioni contenute nelle *“Premesse”* del Disciplinare di gara, a termini delle quali, l'appalto *“è riservato a raggruppamenti ATI costituita o costituenda”*, l'allegato 1, contenente la *“domanda di partecipazione alla gara”* prevede la possibilità di partecipare in forma *“singola e/o associata”*;

- l'oggetto della fornitura di cui all'art. 1, del capitolato tecnico *“è parzialmente diverso”* dal contenuto dell'art. 1, del disciplinare di gara, relativo all'oggetto dell'appalto.

Pertanto, Sanitaservice ASL/BA s.r.l. richiedeva allo scrivente la redazione di un parere pro veritate, in ordine ai seguenti quesiti:

- 1) *“Se, in ragione delle osservazioni pervenute a Sanitaservice dalla Regione Puglia, “Dipartimento della Promozione e della Salute”, nonché InnovaPuglia, in ordine alla incompatibilità della strumentazione tecnica da porre a bordo delle ambulanze, oggetto della gara di appalto, con la piattaforma regionale del 118, sia possibile – e a quali condizioni anche di natura temporale – integrare gli atti di gara, ovvero non sia opportuno annullare la gara, indicandone una nuova con adeguamento delle prescrizioni tecniche da porre a carico dei concorrenti.*
- 2) *Se gli atti di gara, nella attuale formulazione, subordinino effettivamente la partecipazione delle concorrenti solo alla previa costituzione o, quanto meno, all'impegno a costituire una ATI, ovvero consentano la partecipazione delle imprese in forma singola, anche prescindendo dalla previa sottoscrizione di un contratto di leasing.*
- 3) *A quali rischi vada incontro la stazione appaltante nell'ipotesi di annullamento degli atti di gara e sua riedizione”.*

Faceva preghiera, infine, stante la natura e delicatezza della vicenda, *“di riscontrare la presente richiesta con la massima sollecitudine”*.

*** **

1. Come esposto in premessa, InnovaPuglia ed il Dipartimento della Promozione della salute della Regione Puglia hanno rilevato l'incompatibilità della strumentazione tecnica

da porre a bordo delle ambulanze con la piattaforma regionale del 118, auspicando interventi correttivi. Con nota pec, del 18.06.21, a firma del suo Amministratore Unico, Sanitaservice ha dichiarato alla ASL/BA di non poter fare altro che recepire le richieste tese a rendere compatibili le strumentazioni mediche da installare a bordo delle ambulanze con il sistema del 118 regionale. Pertanto, la stazione appaltante altro non può fare che **emendare gli atti di gara, prevedendo per i concorrenti l'obbligo di fornire attrezzature tecniche compatibili con la predetta piattaforma regionale.** Resta da chiarire se tale intervento sia possibile attraverso una parziale correzione degli atti di gara, conservando quindi la validità della procedura selettiva avviata, ovvero se sia possibile o addirittura **necessario procedere all'annullamento della procedura in autotutela, indicandone una nuova.** A tal riguardo deve innanzitutto premettersi che, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale anche in relazione ai procedimenti ad evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, l'amministrazione conserva il potere di ritirare in autotutela il bando, le singole operazioni di gara o lo stesso provvedimento di aggiudicazione, ancorché definitivo, in presenza di gravi vizi dell'intera procedura, ovvero a fronte di motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara dovendo tener conto delle preminenti ragioni di salvaguardia del pubblico interesse (cfr., tra le tante, Cons Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323; 1 ottobre 2010, n. 7273; sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5374; sez. VI, 6 dicembre 2010, n. 8554; C.G.A. 5 maggio 2016, n. 126). Tale potere di autotutela trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, cui deve essere improntata l'attività della pubblica amministrazione, ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, in attuazione dei quali l'amministrazione deve adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed è subordinato, tra l'altro, anche ad una adeguata motivazione circa la natura e la gravità delle anomalie verificatesi e la sussistenza di concreti motivi di interesse pubblico in funzione dei quali sia evidente l'inopportunità e/o l'inutilità della prosecuzione della gara stessa: è sufficiente al riguardo che tale motivazione in ordine all'esercizio dell'autotutela non risulti illogica né illegittima per travisamento dei presupposti. Ora, nel caso di specie, le ragioni di pubblico interesse idonee a giustificare l'interruzione della procedura di gara sono in re ipsa, in quanto, l'accertata incompatibilità delle attrezzature mediche ivi richieste con il servizio del 118 regionale, rischierebbe di rendere

parzialmente inutile la celebrazione della gara con (altrettanto) inutile grave dispendio di risorse finanziarie pubbliche. Quanto alla scelta della stazione appaltante in ordine alla azione in autotutela o alla rettifica degli atti di gara, con modifica degli stessi e riapertura dei termini per la presentazione delle offerte adeguate alle nuove prescrizioni, lo scrivente, in considerazione dei tempi necessari per la rettifica degli atti di gara, il ritiro delle offerte tecniche ed economico finanziarie già presentate dalle concorrenti e quelli per la presentazione delle nuove offerte, coincidenti sostanzialmente con quelli necessari per la indizione di una nuova gara, è del parere che la stazione appaltante potrebbe propendere **per quest'ultima soluzione**, anziché limitarsi ad emendare gli atti di gara già pubblicati. Quanto alla sussistenza di oneri procedimentali nei confronti delle imprese concorrenti, **deve rilevarsi che** *“la comunicazione di avvio del procedimento non è dovuta nell'ipotesi di atti amministrativi generali (come il bando, incluso il suo annullamento o la sua revoca), come disposto dall'art. 13, primo comma, della legge n. 241/1990...”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4554/19). In ogni caso, *“la determinazione di non giungere alla naturale conclusione della gara, che sia intervenuta nella fase dell'aggiudicazione provvisoria, [fase alla quale peraltro ancora non si è pervenuti nella procedura de qua] non obbliga la stazione appaltante ad alcuna comunicazione di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio, né a maggior ragione alle ditte escluse dalla gara stessa* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 67/16; TAR Lazio, Roma sez. I, n. 8050/2015).

2. Può passarsi ora ad affrontare il secondo quesito sottoposto all'attenzione dello scrivente, iniziando dall'analisi del *“leasing”*. Tale istituto, di derivazione anglosassone - privo nel nostro ordinamento, almeno fino al 2017, di una organica disciplina - è stato configurato dalla giurisprudenza più risalente quale *“rapporto trilaterale”*, in cui l'acquisto ad opera del concedente andava effettuato per conto dell'utilizzatore, con la previsione, quale elemento naturale del negozio, dell'esonero del primo da ogni responsabilità in ordine alle condizioni del bene acquistato per l'utilizzatore, essendo quest'ultimo a prendere contatti con il fornitore, a scegliere il bene oggetto del contratto e a stabilire le condizioni di acquisto del concedente. Il quale, peraltro, non assumeva direttamente l'obbligo della consegna, né garantiva che il bene fosse immune da vizi e che presentasse le qualità promesse, né rimaneva tenuto alla garanzia per evizione (cfr. Cass. n. 4367/97, n. 6076/95, n. 5571/91). Da tale concezione di partenza, attraverso il

riconoscimento dell'unitarietà dell'operazione giuridica alla quale dava (e dà luogo) la locazione finanziaria (cfr. Cassazione n. 845/00), la giurisprudenza è approdata ad una diversa ricostruzione della struttura del contratto di leasing caratterizzata dal collegamento tra due contratti: quello di leasing propriamente detto e quello di fornitura. Il leasing finanziario **realizzerebbe cioè**, *“un'ipotesi di collegamento negoziale tra contratto di leasing e contratto di fornitura, quest'ultimo venendo dalla società di leasing concluso allo scopo, noto al fornitore, di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa”* (cfr. Cass. n. 17145/06). Ed il nesso di collegamento tra i due contratti verrebbe in evidenza proprio *“in virtù di clausole di interconnessione, per cui nel contratto di vendita tra fornitore e società di leasing viene convenuto che il bene oggetto del negozio sia acquistato allo scopo di cederlo in godimento al cliente della società (il quale in precedenza ha provveduto ad indicarlo specificamente) ed è previsto anche che il bene sia consegnato direttamente dal fornitore all'utilizzatore”* (cfr. Cass. n. 16158/07, n. 9417/14). *“Non v'è dubbio, dunque, che la vicenda è trilatera, nel senso che coinvolge necessariamente tre soggetti; così come è indubbio che tra i due negozi v'è un indispensabile collegamento, siccome la fornitura è effettuata in funzione della successiva locazione del bene compravenduto e la locazione presuppone che il locatore si sia procurato il bene che darà in godimento al locatario.*

Tuttavia, nessuno pone in discussione che i due atti mantengano la loro sostanziale autonomia, che l'utilizzatore sia terzo rispetto al contratto di fornitura ed, a sua volta, il fornitore sia terzo rispetto al contratto di locazione; laddove, invece, il concedente è l'unico, tra i tre, ad essere parte di entrambi gli atti.

In quest'ordine di idee, la sottrazione della vicenda dall'ambito del rapporto plurilaterale e la sua sussunzione in quello del contratto collegato fa sì che le parti possano gestire separatamente i distinti rapporti contrattuali, secondo le rispettive funzioni, assegnando rilevanza giuridica a quelle sole interdipendenze che realmente condizionano l'attuazione dell'operazione economica” (cfr. Cassazione Sezioni Unite n. 19785/15).

Il legislatore, con legge n. 124/17, all'art. 1, commi 136 e seguenti, ha mostrato di avere recepito gran parte dei risultati interpretativi a cui era pervenuta la giurisprudenza sino a quel momento con l'obiettivo di definire i tratti caratteristici del leasing finanziario. Il

perfezionamento del contratto avviene con l'attribuzione dal proprietario concedente all'utilizzatore della detenzione autonoma qualificata della cosa, mentre la materiale consegna del bene ad opera del fornitore rappresenta il semplice adempimento di un'obbligazione gravante su quest'ultimo ed esecuzione da parte dello stesso di un incarico conferitogli dal concedente nell'interesse dell'utilizzatore. Pertanto, se dal punto di vista economico il leasing finanziario appare come un rapporto trilaterale (perché, come detto, intervengono il fornitore del bene, il concedente e l'utilizzatore), dal punto di vista giuridico non si può parlare di contratto trilaterale, essendo completamente autonomi e distinti i due contratti: la vendita (o l'appalto) tra fornitore e concedente, ed il leasing tra concedente e utilizzatore, sebbene, la giurisprudenza abbia riconosciuto l'esistenza, quanto meno, di un collegamento negoziale tra essi.

2.1 Tuttavia, e qui comincia ad entrarsi nel merito della vicenda, il richiamato comma 136, mentre definisce il contratto di locazione finanziaria, non contempla le altre tipologie di leasing, conosciute nella prassi, quali in particolare, per quanto in questa sede di più stretto interesse, il leasing operativo per il quale, pertanto, *“sembrerebbe **non** trovare applicazione la disciplina in esame”* (cfr. S. Scuderi “I Contratti” n. 3/19). Ne consegue che il leasing finanziario disciplinato, dalla normativa in esame, va distinto dal leasing operativo, 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, tuttavia, l'utilizzatore, ove espressamente previsto, può acquistare in proprietà il bene con il pagamento di un prezzo di riscatto. L'affermata distinzione tipologica, trova riscontro e conferma anche nelle decisioni della giurisprudenza amministrativa, a tenore della quale il leasing operativo, *“è un contratto socialmente tipico con cui un soggetto, detto fornitore, concede un bene in locazione ad altro soggetto, detto utilizzatore, che lo sfrutterà secondo le tipiche caratteristiche del bene stesso per poi restituirlo (c.d. leasing di godimento) o lo acquisterà, pagando una somma a titolo di riscatto (c.d. leasing traslativo). [Esso] “**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. 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" (cfr. T.A.R./Sa n. 41/18, in fattispecie analoga alla presente nella quale il bando di gara *"ha previsto un leasing operativo che si caratterizza per il pagamento del canone in capo all'amministrazione, cui corrisponde l'obbligo del fornitore di concedere il godimento del bene anche adempiendo ai connessi obblighi di manutenzione ordinaria e straordinaria, lavaggio e cambio gomme"*; prima ancora, si segnala la decisione di analogo tenore del Consiglio di Giustizia della Regione Sicilia, con sentenza n. 60/05). **Inoltre, mentre nel leasing finanziario, il canone che l'utilizzatore del bene dovrà corrispondere all'intermediario sarà relativo al prezzo di acquisto del bene, agli interessi su tale somma, nonché ad un indennizzo forfettario per il rischio finanziario (cfr. S. Scuderi op. cit.), il canone che l'utilizzatore dovrà corrispondere al concedente nel caso di leasing "operativo" sarà comprensivo "anche" di tutti servizi manutentivi del bene locato.** Il richiamo e la sottolineatura degli elementi distintivi intercorrenti tra le due diverse tipologie di leasing non devono ritenersi affatto casuali nell'economia del presente lavoro, postulando - il riscontro al secondo quesito formulato dalla stazione appaltante, concernente la possibilità di partecipare alla gara singolarmente, anche prescindendo dalla previa sottoscrizione di un contratto di leasing - il previo accertamento della riconduzione della gara de qua all'una o all'altra tipologia di leasing.

Ora, all'art. 2 del Disciplinare di gara, si specifica che *"I veicoli verranno forniti esclusivamente dalla ditta fornitrice dell'ATI aggiudicataria alla quale la predetta Ditta fornitrice indirizzerà anno le relative fatture.*

La Ditta fornitrice non pretenderà alcun compenso dalla stazione Appaltante che resta estranea agli accordi tra la società di leasing e la Ditta medesima.

La durata stabilita per il leasing finanziario è pari a 60 mesi; la stazione Appaltante, alla quale verranno fatturati dalla società dei leasing dell'ATI aggiudicataria i canoni periodici, corrisponderà un maxi canone pari al 10% del valore dei veicoli al momento della stipula del contratto di locazione finanziaria". Le predette prescrizioni "parrebbero" ricondurre l'appalto de qua alla tipologia del leasing finanziario, in ragione della presenza di tre diversi soggetti e della previsione di due diversi contratti tra loro collegati. Tuttavia, e tanto giustifica l'impiego della formula dubitativa, l'art. 17.1, del Disciplinare di Gara, relativo ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, valorizza la fornitura di servizi di

assistenza periodica dell'aggiudicataria ulteriori rispetto a quelli cui obbligatoriamente è tenuta la contraente, ai sensi e per gli effetti dell'art. 4, del Capitolato Tecnico, relativo alla assistenza "in garanzia" dei veicoli, degli impianti installati a bordo e delle apparecchiature e/o attrezzature sanitarie fornite. Sicché, negli atti di gara, si rinvencono anche elementi propri del c.d. leasing operativo. E se, ancora, secondo autorevole dottrina, la previsione della fatturazione alla società di leasing sarebbe indice della riconduzione del contratto di leasing a quello "finanziario", l'interesse della stazione appaltante sotteso alla celebrazione gara appare indubbiamente essere quello di approvvigionarsi di beni e mezzi assolutamente necessari per lo svolgimento di un (delicatissimo) servizio pubblico, circostanza, ancora una volta, che sarebbe indice della riconduzione del contratto di leasing a quello inquadrabile nella tipologia del "leasing operativo". Conseguentemente, appare problematico rispondere al secondo quesito posto dalla Stazione Appaltante, sulla possibilità di autorizzare la partecipazione in forma singola di un concorrente. E' ben vero, come peraltro sostenuto dalla "Orion", che tale possibilità "parrebbe" esclusa dalla prescrizione dell'art. 2 del "Disciplinare". Tuttavia, in disparte la considerazione ovvia che, ove una Stazione Appaltante condivida i su esposti rilievi critici dello scrivente, in ordine alla sostanziale incongruità e contraddittorietà degli atti di gara, apparirebbe contrario ai principi di sana e corretta amministrazione non adottare, successivamente, atti coerenti con la predetta condivisione e consequenziali ad essa, deve rilevarsi che *"l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1 e 113, comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale. L'argomentazione vale a fortiori per una acquiescenza esplicita che sia richiesta dalla legge di gara quale condizione per la partecipazione alla gara stessa, come avvenuto nel caso di specie"* (cfr., extra multis, TAR, Lazio, Roma, n. 3929/21). Il che significa, contrariamente a quanto sostenuto nelle note pec inviate dall'ATI capeggiata dalla ditta "Orion", che le prescrizioni di cui all'art. 2 del Disciplinare potrebbero considerarsi assolutamente cogenti nella misura in cui si accerti, in termini assoluti, la riconducibilità

del contratto di leasing richiesto dagli atti di gara alla tipologia di quello cd. “finanziario”. Essendo possibile, in difetto, eccepire l’illegittimità da parte dell’ATI capeggiata dalla “Maldarizzi”, per la quale anche l’accettazione espressa delle condizioni di partecipazione alla gara, non le precluderebbe la possibilità di impugnarle, in uno con eventuali atti adottati in loro esecuzione, ivi compresa l’esclusione dalla gara.

La soluzione del secondo quesito postula, pertanto, a parere dello scrivente, la previa definizione della riconduzione del contratto di leasing all’interno di uno o dell’altro dei due modelli tipologici, con maggiore certezza di quanto non emerge dagli atti di gara, anche attraverso una rimodulazione di questi ultimi, comunque resasi necessaria per le ragioni esposte sub punto 1), del presente parere. In tale ottica, a parere del sottoscritto professionista, pur con tutte le cautele del caso, la stazione appaltante potrebbe propendere per il leasing “operativo”, anche in ragione del già evidenziato interesse sostanziale sotteso alla celebrazione della gara, individuato, come detto, nell’interesse a procurarsi un certo numero di ambulanze, attraverso modalità di pagamento che rendano sostenibile l’operazione attraverso la iscrizione dei relativi oneri in più esercizi finanziari.

2.2 Tanto premesso, nell’ottica di una possibile - e per quel di seguito si dirà, assolutamente “auspicabile” - rimodulazione degli atti di gara anche sotto il profilo qui considerato, sebbene le considerazioni che seguono non siano state oggetto di specifica richiesta di parere da parte della Stazione Appaltante, deve rilevarsi che gli atti di gara risultino complessivamente piuttosto “carenti” per quel che concerne l’esatta perimetrazione dei requisiti – di idoneità, economico finanziari e di capacità tecnica – necessari ai fini della partecipazione alla gara. A tal riguardo appare necessario principiare l’analisi dalla lettura dell’art. 83, comma 1, del d.lgs. n. 50/16, in base al quale “*I criteri di selezione riguardano esclusivamente:*

- a) *i requisiti di idoneità professionale;*
- b) *la capacità economica e finanziaria;*
- c) *le capacità tecniche e professionali”*. Il successivo comma 2, “*prevede che i requisiti e le capacità richieste devono essere "attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione". Tale disposizione richiede pertanto che siano sempre assicurate l'idoneità e l'adeguatezza delle clausole*

del bando rispetto alla tipologia e all'oggetto dello specifico appalto" (cfr., extra multis, TAR/VE n. 434/21). Al contrario, il Disciplinare di gara, all'art. 6.1, nel regolare i "requisiti di idoneità" si limita a stabilire che i concorrenti dovranno "essere iscritti per attività corrispondenti o similari alla fornitura oggetto di gara nel registro delle imprese della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (C.I.I.A.A.)", mentre le società di leasing "dovranno essere iscritte nell'albo di cui all'art. 13 del D.lgs. n. 385/93 e s.m.i. o, se, intermediari finanziari nell'elenco speciale di cui agli artt. 106 e 107 del medesimo decreto". Trattasi di prescrizione francamente un po' vaga, essendosi limitata a prevedere la stazione appaltante solo la necessità dei concorrenti di essere iscritti negli specifici registri per attività corrispondenti o similari alla fornitura oggetto di gara, che disattende palesemente i principi cogenti di idoneità e adeguatezza delle clausole rispetto alla tipologia e oggetto dell'appalto. Il quale non contempla solo la fornitura di ambulanze, ma anche la loro manutenzione e quella delle apparecchiature elettromedicali presenti a bordo. Sicché, in assenza di ulteriori indicazioni, non rinvenibili negli atti di gara, la stazione appaltante sarebbe costretta ad ammettere, e all'occorrenza contrattualizzare, anche concorrenti non in grado di fornire quello specifico segmento della fornitura, pure oggetto di adeguata valutazione premiale in sede di predisposizione del progetto di offerta tecnica. Sotto il profilo considerato, infatti, di alcun ausilio appare la *lex specialis* nella parte in cui disciplina i requisiti di a), "capacità economico finanziaria", e quelli di b), "capacità tecnica".

Sub a). Infatti, a fronte della prescrizione contenuta nel comma 4, del richiamato art. 83, relativa agli appalti di servizi e forniture che prevede, ai fini della verifica del possesso dei requisiti di cui al comma 1, lettera b), che le stazioni appaltanti, nel bando di gara, possano richiedere, fra l'altro, "un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto" il Disciplinare, al punto 6.2, si limita a richiedere genericamente il possesso del "fatturato minimo maturato negli ultimi tre esercizi finanziari", fissandone l'importo in € 4.500.000,00 senza alcuna prescrizione in ordine al fatturato "specifico" delle concorrenti. Sicché, il Disciplinare autorizza la partecipazione alla gara di concorrenti dei quali **non è provato** il possesso di "un determinato fatturato minimo nel settore di attività oggetto dell'appalto", inteso quale possesso idoneo requisito "per garantire che gli

operatori economici possiedano la capacità economica e finanziaria necessaria per eseguire l'appalto", così come prescritto anche dall'art. 58.3 della dir. 2014/24/UE.

Sub b). Le esperienze necessarie per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità costituiscono, in base all'art. 58.4 della richiamata direttiva, un requisito che può essere richiesto per dimostrare una adeguata capacità tecnica professionale e che deve essere comprovato da *"opportune referenze relative a contratti eseguiti in precedenza"* sempre attinenti e coerenti con l'oggetto dell'appalto. Mentre, il Disciplinare, al punto 6.3, si limita a richiedere il possesso *"di una valutazione di conformità del proprio sistema di gestione della qualità"* alle norme UNI ENI ISO 9001:2015 e UNI ENI ISO 14001:2015. Sicché, gli atti di gara autorizzano la partecipazione alla gara di soggetti per i quali **non è richiesta** alcuna prova del possesso degli specifici requisiti per il (non trascurabile) segmento della fornitura relativo alla assistenza e manutenzione dei mezzi meccanici e delle attrezzature montate a bordo, sebbene tali attività siano, come detto, espressamente contemplate nell'oggetto dell'appalto. La predetta carenza impone, a parere dello scrivente, la necessità di emendare gli atti di gara al fine di garantire la celebrazione di una procedura (quanto meno astrattamente) idonea ad individuare il miglior contraente cui affidare l'esecuzione della commessa. In tal caso, a differenza di quanto considerato sub punto 1) del presente parere, trattandosi di requisiti di ammissione alla gara, che devono essere posseduti dai concorrenti, fin dal momento della presentazione della domanda di ammissione alla gara, come espressamente previsto anche dall'art. 6 del Disciplinare, l'emendamento dei prescritti requisiti comporta la necessità di riedizione della gara.

2.3 Nell'ottica della riedizione della gara, si segnala che la stazione appaltante dovrà procedere anche alla correzione del punteggio attribuibile alle concorrenti, previsto dal punto 2, a), del Disciplinare relativo alla valutazione dell'offerta tecnica. Ciò, in quanto, il predetto punto prevede l'attribuzione di *"5 punti"* per la *"Estensione di garanzia sull'allestimento"*, senza alcuna precisazione in ordine alla sua durata temporale. Sicché, la stazione appaltante sarebbe a tale stregua onerata di riconoscere tale punteggio indifferentemente alla offerta che preveda la predetta estensione per un giorno, un mese o un anno. Il che è un evidente illogico, contrario innanzitutto alle esigenze di corretta e sana gestione amministrativa, alle quali devono obbligatoriamente conformarsi tutte le stazioni appaltanti nell'esercizio della loro specifica attività.

3. Quanto, infine al terzo quesito sottoposto all'attenzione dello scrivente da Sanitaservice, con il quale si chiede di conoscere a quali rischi – presumibilmente risarcitori - vada incontro la stazione appaltante nell'ipotesi adozione di un provvedimento di secondo grado, deve osservarsi che pur essendo stato l'art. 21-quinquies, della legge n. 241/90 più volte interessato da modifiche legislative, è rimasta immutata la configurazione, nel comma 1 di detta disposizione, dell'indennizzo per la revoca dei provvedimenti *"ad efficacia durevole"*. Conseguentemente, la giurisprudenza ha circoscritto l'ambito applicativo dell'indennizzo ex art. 21-quinquies cit. ad ipotesi in cui la revoca incida su provvedimenti definitivi attributivi di vantaggi (come l'aggiudicazione definitiva), escludendone l'applicabilità in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, quale in particolare l'aggiudicazione provvisoria (cfr., extra multis, Consiglio di Stato, Sez. IV, n.1559/16; idem, Sez. III, n. 2838/13; idem, Sez. V, n. 2007/12; idem, Sez. VI, n. 1554/10). *"Ciò, sulla considerazione che, alla stregua dei principi comunitari in tema di tutela del legittimo affidamento, solo l'aggiudicazione definitiva è idonea ad elevare la generica aspettativa all'aggiudicazione (che connota la posizione del concorrente di una gara pubblica) ad interesse qualificato alla conservazione di uno specifico bene della vita conseguito in virtù di uno stabile atto di attribuzione"* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 1559/2016, cit.). Analogamente, nell'ipotesi della revoca del bando di gara, si è negata la spettanza dell'indennizzo previsto dall'art. 21-quinquies citato. Infatti, *"trattandosi di revoca in autotutela di una procedura di evidenza pubblica, che non ha inciso su un atto di aggiudicazione, neppure provvisoria, è sufficiente richiamare la consolidata giurisprudenza secondo cui i bandi di selezione non rientrano tra i provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole per i quali l'art.21 quinquies, della legge n. 241/90, prevede l'obbligo per l'amministrazione di provvedere all'indennizzo dei soggetti interessati quale ristoro dei pregiudizi provocati dal provvedimento di secondo grado"* (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 113918; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 829/16). *"Nemmeno possono trovare applicazione nella fattispecie i successivi commi 1-bis e 1-ter del medesimo articolo, i quali - pur considerando anche gli atti amministrativi a efficacia istantanea - circoscrivono il sorgere del diritto all'indennizzo all'incidenza su rapporti negoziali (da intendersi ovviamente come rapporti già costituiti)"* (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, n. 9992/13). Sicché, la stazione appaltante non corre alcun rischio

nell'adozione di un provvedimento di secondo grado, eccezion fatta – forse- per la richiesta di rimborso delle spese sostenute dalle concorrenti per l'inutile partecipazione alla gara, mentre, ragionevolmente, correrebbe seri rischi di incorrere in responsabilità di natura erariale, laddove portasse a compimento la procedura di gara de qua, stante la difficoltà (recte, impossibilità) di perseguire le finalità pubbliche sottese alla sua indizione.

4. Conclusivamente, a parere dello scrivente, la stazione appaltante dovrebbe:

- procedere alla riedizione della gara;
- 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;
- 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.

Si resta, infine, a disposizione per ulteriori chiarimenti ritenuti necessari da Sanitaservice ASL/BA s.r.l.

Si dichiara, infine, che il presente parere, consta di n. 14 pagine complessive ed è stato redatto sulla scorta:

- dei seguenti documenti ricevuti dalla stazione appaltante: disciplinare di gara; domanda di partecipazione; modello offerta tecnica; capitolato tecnico; nota pec, a firma della concorrente “Orion” srl, del 14.06.21; nota pec, a firma della concorrente “BNL Leasing” del 14.06.21; nota pec della Direzione Generale della ASL/BA, del giorno 11.06.21; nota pec di InnovaPuglia s.p.a” del giorno 04.06.21; nota pec del “Dipartimento della Promozione della salute e del benessere animale” presso la Regione Puglia, del giorno 11.06.21;
- del seguente articolo di dottrina: S. Scuderi “I Contratti” IPSOA Ed. n. 3/19;
- delle seguenti sentenze: Cons Stato, Sez. V, 9 novembre 2018, n. 6323; 1ottobre 2010 n. 7273; sez. IV, 15 settembre 2006, n. 5374; sez. VI, 6 dicembre 2010, n. 8554; C.G.A. 5 maggio 2016, n. 126; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4554/19; Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 67/16; TAR Lazio, Roma sez. I, n. 8050/2015; Cass. n. 4367/97, n. 6076/95, n. 5571/91; Cassazione n. 845/00; Cass. n. 17145/06; Cass. n. 16158/07, n. 9417/14; Cassazione

Sezioni Unite n. 19785/15; T.A.R./Sa n. 41/18; Consiglio di Giustizia della Regione Sicilia, 60/05; TAR, Lazio, Roma, n. 3929/21; TAR/VE n. 434/21; Consiglio di Stato, Sez. IV, n.1559/16; Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2838/13; Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2007/12; Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 1554/10; T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 113918; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, n. 829/16); T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III-quater, n. 9992/13.

Bari, 29.06.21

Avv. Vito Di Natale