

La vexata quaestio dei controlli sui requisiti: d'ufficio ex art. 15 della legge n. 183/2011 o su input del concorrente ex art. 48 del Codice? Il Tar Lombardia non aderisce alla chiave interpretativa del Consiglio di Stato e dell'AVCP.

di Marco Giustiniani, Tommaso Filippo Massari

Data di pubblicazione: 2-2-2013

Tar Lombardia, Milano, Sezione III, sentenza 29 gennaio 2013, n. 245

Presidente Domenico Giordano – Estensore Stefano Celeste Cozzi

1. Le disposizioni di semplificazione introdotte dall'art. 15, comma 1, della legge 12 novembre 2011, n. 183 (Legge di stabilità 2012) negli artt. 40 e 43 del d.P.R. n. 445/2000 (Testo unico sulla documentazione amministrativa) trovano applicazione anche nel settore della contrattualistica pubblica. Ne consegue che, per tutte le procedure di gara che siano state indette dopo il 1 gennaio 2012, le stazioni appaltanti sono tenute a procurarsi d'ufficio – e non più attraverso le modalità previste dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici - le informazioni necessarie per comprovare quanto dichiarato dai concorrenti in punto di requisiti di qualificazione.

2. Non osta all'applicazione immediata nel settore dei contratti pubblici delle nuove disposizioni di semplificazione introdotte a partire dal 1 gennaio 2012 dall'art. 15 della legge n. 183/2011, l'art. 6-*bis*, comma 1, del Codice dei contratti pubblici il quale stabilisce che solo a partire dal 1 gennaio 2013 la documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati in sede di procedure di affidamento dei contratti pubblici è acquisita direttamente dalle stazioni appaltanti presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici presso l'AVCP. Infatti, tale disposizione si limita ad indicare il luogo ove la stazione appaltante deve andare a ricercare le informazioni di comprova dei requisiti dichiarati dal partecipante alla gara; la norma dunque non crea un regime chiuso, avulso da quello generale tracciato dal d.P.R. n. 445/2000, come modificato dalla legge n. 183/2011, confermando invece il principio, ivi contenuto, secondo il quale la verifica delle dichiarazioni è effettuata d'ufficio dall'amministrazione precedente. Si tratta, a ben vedere, di una disposizione ulteriormente semplificativa diretta (questa volta) a vantaggio delle stazioni appaltanti le quali, invece di essere costrette a ricercare le informazioni presso le svariate amministrazioni indicate dai concorrenti, potranno rivolgersi ad un unico interlocutore (la Banca dati nazionale dei contratti pubblici appunto).

3. Il tempo necessario all'istituzione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici non deve essere di pregiudizio alle imprese; nelle more deve dunque trovare piena applicazione la

disciplina generale recata dal d.P.R. n. 445/2000, con conseguente necessità per le stazioni appaltanti di procurarsi d'ufficio, anziché con la metodologia prevista dall'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, presso le amministrazioni indicate dai concorrenti, gli elementi a comprova delle dichiarazioni sostitutive rese in sede di gara.

4. Non osta all'applicazione immediata nel settore dei contratti pubblici delle nuove disposizioni di semplificazione introdotte a partire dal 1 gennaio 2012 dall'art. 15 della legge n. 183/2011, l'art. 42, comma 1, lett. a) del Codice dei contratti pubblici il quale stabilisce che la prova da parte dei concorrenti dello svolgimento di prestazioni da loro in precedenza rese, rilevanti ai fini della qualificazione, è data attraverso la produzione di certificati rilasciati dalle amministrazioni che hanno ricevuto tali prestazioni. Tali previsioni, infatti, devono ritenersi superate dalla normativa sopravvenuta recata dalla legge n. 183/2011. A contrario non è possibile nemmeno invocare il successivo art. 255 (il quale stabilisce che le modifiche al Codice possono essere introdotte solo in maniera espressa) in quanto, trattandosi di una norma di rango primario, può essere essa stessa derogata da norma di pari rango sopravvenuta.

5. Nel caso di una gara volta ad aggiudicare un contratto di affitto di ramo d'azienda di una società pubblica relativo all'esercizio di un servizio pubblico (Front Office Ospedaliero e Call Center), la particolare natura del contratto per l'amministrazione (formalmente attivo e non passivo), non esclude l'applicazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in quanto la procedura *de qua* è sostanzialmente finalizzata all'affidamento di un appalto di servizi. Ne discende che trova applicazione anche la c.d. triplice sanzione dell'esclusione, escussione della cauzione e segnalazione all'AVCP di cui al combinato disposto dell'art. 48 e 75 del d.lgs. n. 163/2006.

6. Nel caso di una gara volta ad aggiudicare un contratto di affitto di ramo d'azienda di una società pubblica relativo all'esercizio di un servizio pubblico, la cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006 deve essere calcolata nel 2% del valore del contratto di affitto di ramo d'azienda e non parametrata sul valore complessivo dell'appalto di servizi ceduti con l'affitto del ramo d'azienda.

Consiglio di Stato, Sezione III, ordinanza 8 giugno 2012, n. 2226

Presidente FF Alessandro Botto – Estensore Silvestro Maria Russo

1. L'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 impone un obbligo di leale collaborazione, con la stazione appaltante e secondo gli ordinari canoni della correttezza pre-contrattuale, dell'impresa sorteggiata che deve dare sufficiente e tempestiva contezza dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati, fornendo dati chiari ed immediatamente intelligibili senza necessità di gravose elaborazioni da parte dell'ente aggiudicatore.

2. L'obbligo di leale collaborazione dell'impresa concorrente nella procedura di comprova dei requisiti è collegato alla funzione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, inteso a sveltire e fluidificare la procedura di gara, attraverso il rispetto del termine decadenziale (che, a sua volta, presuppone che l'impresa abbia sempre pronti i dati probatori) e la completezza delle informazioni da rendere.

3. Nei casi regolati dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 la relativa disciplina è sufficientemente completa anche per quanto attiene all'acquisizione di certificati da parte di altre Amministrazioni, per la quale l'art. 43 del DPR 445/2000, come modificato dalla legge n. 183/2011 trova applicazione, non a partire dal 1 gennaio 2012, ma solo nelle forme e nei tempi previsti dall'art. 6-bis del d.lgs. n. 163/2006 e relativi all'introduzione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici, mentre in via provvisoria continuano ad applicarsi le regole previgenti.

AVCP determinazione del 10 ottobre 2012, n. 4

L'art. 48 del Codice dei contratti pubblici prevede che la richiesta della documentazione probatoria sia rivolta direttamente all'interessato anziché acquisita d'ufficio dall'amministrazione o dall'ente pubblico certificante. Secondo l'orientamento sino ad oggi espresso dall'Autorità, fatto proprio dalla giurisprudenza, si tratta di una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del d.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica (cfr. Cons. St., sez. III, ordinanza n. 2226/2012). Quindi, anche alla luce delle modifiche apportate dal citato art. 15 della l. n.183/2011, rimangono in vigore le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall'art. 48.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 914 del 2012, proposto da:

CONSORZIO STABILE CENTO ORIZZONTI s.c.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Vittorio Loi, Nico Moravia, Andrea Girardi, Andrea Manca e Marco Giustiniani, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, Via del Lauro n. 7;

contro

LOMBARDIA INFORMATICA S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio ex lege presso la Segreteria di questo Tribunale in Milano, via Corridoni n. 39;

nei confronti di

TRANSCOM WORLDWIDE S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;
REGIONE LOMBARDIA, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Piera Pujatti e Sabrina Gallonetto, domiciliata presso gli uffici dell'Avvocatura Regionale in Milano, Piazza Città di Lombardia n. 1;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione (prot. gen. 1430 CD/ALC) del 5 marzo 2012 con il quale Lombardia Informatica S.p.a., ha escluso il Consorzio Stabile Cento Orizzonti S.c.a.l. dalla procedura ristretta (gara 5/2011/LI) per l'affitto del ramo d'Azienda di Front Office del Call Center regionale di Lombardia Informatica S.p.a. dedicato alle prenotazioni ed alle informazioni sanitarie per mancata comprova ex art. 48, comma 1, del d.lgs. 163/2006;
il verbale della Commissione di gara in riferimento alla seduta riservata tenutasi in data 1 marzo 2012, dal quale risulta che il Consorzio Stabile Centro Orizzonti non avrebbe comprovato tutti i requisiti dichiarati in fase di pre-qualifica;
del verbale della Commissione di gara in riferimento alla seduta pubblica tenutasi in data 9 marzo 2012, nella parte in cui non procede all'apertura della busta dell'offerta economica del Consorzio Stabile Centro Orizzonti in quanto il Consorzio non avrebbe comprovato il possesso

ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/06;
del verbale finale nella parte in cui si ribadisce che il Consorzio Stabile Centro Orizzonti non avrebbe comprovato il possesso dei requisiti prescritti dal bando di gara;
la nota del 9 marzo 2012; a firma del Responsabile del procedimento;
del provvedimento di aggiudicazione definitiva del 15 marzo 2012 della gara alla società Transcom Worldwide;
dei provvedimenti di approvazione degli esiti della gara da parte degli organi direttivi di Lombardia Informatica s.p.a.;
della nota di replica al preavviso di ricorso inviato dal Consorzio Stabile Centro Orizzonti del 29 marzo 2012, a firma del Responsabile del Procedimento;
del provvedimento di escussione della cauzione provvisoria presentata dal Consorzio Stabile Centro Orizzonti in sede di gara, ove emesso;
della segnalazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, ove effettuata, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/06;
del punto III 2.2. del bando di gara del 10 novembre 2011, se interpretato nel senso che dal fatturato specifico richiesto "in ambito gestione servizi Call Center" debba essere escluso quello ottenuto in attività strettamente connesse alla gestione complessiva di un servizio di Call Center, e delle parti connesse del Disciplinare della domanda di partecipazione e della lettera di invito del 10 gennaio 2012;
dei paragrafi 2, 7.1.11 e 7.4 della Lettera di invito del 10 gennaio 2012 nella parte in cui Lombardia Informatica s.p.a. calcola la cauzione provvisoria in complessivi euro 323.200 pari all'1% del valore complessivo dei contratti afferenti al ramo d'azienda oggetto di affitto e non del valore della base d'asta al rialzo su cui andava effettuata l'offerta; e nella parte in cui se ne prevede l'escussione nell'ipotesi di mancata comprova dei requisiti in corso di gara;
del paragrafo 7.4. della Lettera di Invito del 120 gennaio 2012, nella parte in cui Lombardia Informatica s.p.a. applica alla gara in questione le sanzioni previste dall'art. 48 del d.lgs. n. 163/06.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Lombardia Informatica S.p.A. e di Regione Lombardia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 novembre 2012 il dott. Stefano Celeste Cozzi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Su incarico di Regione Lombardia, Lombardia informatica s.p.a., con bando pubblicato sulla GUCE del 10 novembre 2011, dava corso ad una procedura ristretta per l'affitto di ramo d'Azienda di Front Office Call Center Regionale, dedicato alle prenotazioni ed informazioni sanitarie, della stessa Lombardia Informatica s.p.a.
2. Partecipava alla gara anche il Consorzio Stabile Cento Orizzonti s.c.r.l., odierno ricorrente, il quale, superata la fase di prequalifica, veniva invitato a presentare offerta.
3. Nella prima seduta della fase di gara, si provvedeva, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 al sorteggio del 10% dei candidati che avrebbero dovuto comprovare i requisiti dichiarati. Il soggetto sorteggiato era proprio Consorzio Stabile Cento Orizzonti s.c.r.l.

4. Con nota del 21 febbraio 2012, la stazione appaltante provvedeva dunque a richiedere al ricorrente di comprovare quanto dichiarato.
5. Il Consorzio riscontrava la richiesta con nota del 28 febbraio 2012.
6. La stazione appaltante, nella seduta del 1 marzo 2012, valutava non adeguati gli elementi dedotti dal ricorrente e, con nota del 5 marzo 2012, comunicava a questi l'avvenuta esclusione per mancata comprova di tutti i requisiti dichiarati in sede di prequalifica.
7. Il Consorzio, con nota dell'8 marzo 2012, forniva alla stazione appaltante ulteriori delucidazioni, chiedendo al contempo un intervento in autotutela sul provvedimento di esclusione.
8. La stazione appaltante riscontrava negativamente l'istanza con nota del 29 marzo 2012 dopo aver provveduto, in precedenza, all'aggiudicazione definitiva della gara in favore di Transcom Worldwide s.p.a.
9. Avverso gli atti di esclusione del ricorrente dalla procedura di aggiudicazione è diretto il presente ricorso.
10. Si sono costituiti in giudizio, per resistere al gravame, Lombardia Informatica s.p.a. e Regione Lombardia.
11. La Sezione, con ordinanza n. 608 del 30 aprile 2012, ha accolto l'istanza cautelare.
12. In prossimità dell'udienza di discussione del merito le parti hanno depositato memorie, insistendo nelle proprie conclusioni.
13. Tenutasi la pubblica udienza in data 14 novembre 2012, la causa è stata trattenuta in decisione.
14. Come anticipato, il presente ricorso ha ad oggetto il provvedimento di esclusione della ricorrente da una procedura concorsuale indetta da Lombardia Informatica s.p.a. per l'individuazione dell'affittuario di un ramo d'azienda della stessa Lombardia Informatica s.p.a.
15. Il ramo d'azienda in questione ha ad oggetto la gestione dei servizi di Front Office e Call Center regionali dedicati alle prenotazioni e ed alle informazioni di carattere sanitario rese all'utenza.
16. In sostanza, dunque, l'affittuario del ramo d'azienda avrebbe dovuto gestire (per un periodo biennale) il predetto servizio.
17. L'esclusione è stata disposta in quanto, secondo la stazione appaltante, la ricorrente non avrebbe dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico – finanziaria prescritti dal bando di gara.
18. Quest'ultimo prevedeva in particolare che i partecipanti avrebbero dovuto dimostrare: a) di aver realizzato, nel triennio 2008 – 2010, un fatturato specifico (in ambito gestione servizi Call Center) per un ammontare complessivo pari ad euro trentamilioni (IVA esclusa); b) di aver gestito almeno seimilioni di contatti in entrata nel triennio 2008 -2010.
19. Per quanto riguarda il fatturato specifico, la stazione appaltante ha rilevato che la ricorrente, a dimostrazione del possesso del requisito, avrebbe prodotto alcune fatture che o non fanno riferimento al tipo di prestazione resa, oppure afferiscono a servizi non esclusivamente riguardanti l'attività di front office e call center.
20. Tali fatture sono state quindi considerate non utilmente prodotte.
21. Per ciò che concerne i requisiti di capacità tecnica, la stessa stazione appaltante ha evidenziato che la ricorrente non ha prodotto il certificato attestante la regolare esecuzione di un servizio in precedenza reso in favore dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia di Trento.
22. Per questa ragione il contratto ad esso afferente non è stato computato ai fini della

dimostrazione del possesso del requisito.

23. Il ricorrente contesta, innanzitutto, l'avvenuta esclusione e, in secondo luogo e in via subordinata, la conseguente decisione della stazione appaltante di procedere all'incameramento della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Autorità dei contratti pubblici; precisando peraltro che l'interesse che lo spinge al ricorso è unicamente quello di impedire le suindicate conseguenze, avendo esso presentato un'offerta che non avrebbe comunque determinato l'aggiudicazione in suo favore della gara.

24. L'interessato pertanto provvede a raggruppare le censure dedotte in due categorie: a) una prima diretta a contestare in radice la legittimità della disposta esclusione; b) una seconda diretta a contestare specificamente la legittimità della decisione di procedere al conseguente incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità.

25. Il Collegio, seguendo l'impostazione proposta dalla parte provvederà quindi a scrutinare le censure sub a) e, successivamente quelle sub b).

26. Con riferimento alla prima categoria, conviene in prima battuta, scrutinare il motivo rubricato al punto B1 con il quale si lamenta la violazione dell'art. 40, commi 01 e 02, e 43 del d.P.R. n. 445/2000, come modificato dalla legge n. 183/2011, evidenziando che la stazione appaltante, invece di considerare non comprovato il requisito di capacità tecnica in ragione della mancata produzione del certificato attestante il buon esito della prestazione resa in favore dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento, avrebbe dovuto precedere essa stessa ad acquisire il predetto certificato, verificando direttamente l'esito delle prestazioni.

27. Ritiene il Collegio che il motivo sia infondato.

28. Stabilisce il comma 01 dell'art. 40 del d.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 che "le certificazioni rilasciate dalla pubblica amministrazione in ordine a stati, qualità personali e fatti sono valide e utilizzabili solo nei rapporti tra privati. Nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli articoli 46 e 47".

29. La disposizione ha chiare finalità semplificative che vengono attuate attraverso il divieto imposto alle pubbliche amministrazioni di obbligare il privato coinvolto in un procedimento amministrativo di produrre certificazione proveniente da altra amministrazione.

30. La certificazione amministrava continua dunque ad avere rilevanza ed utilità solo nei rapporti fra privati.

31. Nei rapporti fra privato e pubblica amministrazione, invece, la certificazione amministrativa perde ogni funzione: il privato è tenuto solo a dichiarare la sussistenza dei fatti rilevanti a fini procedurali; sarà poi l'autorità procedente a doversi attivare direttamente per ottenere dalle altre amministrazioni pubbliche competenti le informazioni necessarie per comprovare i fatti dichiarati dall'amministrato.

32. Decisivo in tal senso è anche l'art. 43, comma primo, dello stesso d.P.R. n. 445/2000 in base al quale "le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli articoli 46 e 47, nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti...".

33. A rimarcare tale volontà legislativa vi poi è il comma 02 dello stesso art. 40, il quale stabilisce che "sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati è apposta, a pena di nullità, la dicitura: "Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi".

34. Questa disposizione introduce, sottoforma di prescrizione riguardante il contenuto formale del certificato, un vero e proprio divieto sostanziale: il divieto per il privato di richiedere alla pubblica amministrazione certificati da produrre ad altre amministrazioni pubbliche.
35. Le norme illustrate sono state introdotte dall'art. 15, comma 1, della legge 12 novembre 2011, n. 183, ed hanno acquisto efficacia a decorrere dall'1 gennaio 2012.
36. Ci si deve chiedere a questo punto se le stesse siano applicabili anche in materia di procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici; e, in caso di risposta affermativa, se siano applicabili anche alle procedure indette prima della loro entrata in vigore.
37. Per ciò che concerne il primo quesito va rilevato che non si ravvedono ragioni per negare l'applicabilità delle suddette norme alla materia contrattuale pubblica.
38. In proposito va in primo luogo osservato che le stesse non contengono prescrizioni limitative; non vi sono dunque, sotto il profilo letterale, indicazioni che inducano a ritenere che dal loro ambito applicativo si debbano sottrarre determinate materie.
39. Si deve poi rilevare che le norme di semplificazione in esame sono state introdotte nel corpo del Testo Unico sulla Documentazione Amministrativa con la legge di stabilità 2012, la quale ha chiare finalità di contenimento della spesa pubblica e di impulso all'economia nazionale.
40. Ciò premesso va osservato che costituisce fatto notorio la forte incidenza che ha sulla vita delle imprese il cd "costo della burocrazia"; ne consegue che facilmente apprezzabili sono i benefici arrecati all'economia generale da disposizioni che, come quelle in esame, semplificando l'attività procedimentale attraverso lo sgravio da inutili oneri, comportano un contenimento dei costi e rendono perciò gli operatori economici più competitivi nei mercati .
41. Se questo è vero, si deve osservare che sottrarre dall'ambito di applicazione delle norme di semplificazione in esame una materia tanto importante per l'economia nazionale quale quella afferente ai contratti pubblici sminuirebbe di molto la portata innovativa voluta dal legislatore, rischiando di vanificare la finalità di impulso economico ad esse sottesa.
42. Anche la ratio legis depone dunque per una lettura di ampio respiro che non sottragga dall'ambito applicativo delle disposizioni illustrate materie non specificamente escluse.
43. A queste conclusioni, a parere del Collegio, non ostano né l'art. 6 bis, comma 1, del codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce che, a decorrere dal primo gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati in sede di procedure di affidamento dei contratti pubblici è acquisita dalle stazioni appaltanti presso la banca nazionale dei contratti pubblici; né l'art. 42, comma 1, lett. a) dello stesso codice il quale stabilisce che la prova dai parte dei concorrenti dello svolgimento di prestazioni da loro in precedenza rese, rilevanti ai fini della qualificazione, è data attraverso la produzione di certificati rilasciati dalle amministrazioni che hanno ricevuto tali prestazioni.
44. Per ciò che concerne l'art. 6 bis., va osservato che esso si limita ad indicare il luogo ove la stazione appaltante deve andare a ricercare le informazioni di comprova dei requisiti dichiarati dal partecipante alla gara: la norma dunque non crea un regime chiuso, avulso da quello generale tracciato dal d.P.R. n. 445/2000, confermando invece il principio, ivi contenuto, secondo il quale la verifica delle dichiarazioni è effettuata d'ufficio dall'amministrazione precedente.
45. Si tratta dunque di una disposizione ulteriormente semplificativa diretta (questa volta) a vantaggio delle stazioni appaltanti le quali, invece di essere costrette a ricercare le informazioni presso le svariate amministrazioni indicate dai concorrenti, potranno rivolgersi ad un unico interlocutore (la banca nazionale dei contratti pubblici appunto).

46. Ritiene pertanto il Collegio che il tempo necessario all'istituzione della banca non debba essere di pregiudizio alle imprese; nelle more deve dunque trovare piena applicazione la disciplina generale recata dal d.P.R. n. 445/2000, con conseguente necessità per le stazioni appaltanti di procurarsi d'ufficio, presso le amministrazioni indicate dai concorrenti, gli elementi a comprova delle dichiarazioni rese in sede di gara.

47. Per ciò che concerne le previsioni di cui all'art. 42, comma primo, lett. a) del codice dei contratti pubblici, si rileva che esse debbono intendersi superate dalla normativa sopravvenuta recata dalla legge n. 183/2011; e che a contrario non si può invocare il successivo art. 255 (il quale stabilisce che le modifiche al codice possono essere introdotte solo in maniera espressa) in quanto, trattandosi di norma di rango primario, può essere essa stessa derogata da norma di pari rango sopravvenuta.

48. Va pertanto ribadito che, anche in materia di contratti pubblici, si applicano le disposizioni recate dagli artt. 40 e 43 del d.P.R. n. 445/2000; e che pertanto la stazione appaltante è tenuta a procurarsi d'ufficio le informazioni necessarie per comprovare quanto dichiarato dai concorrenti in punto di requisiti di qualificazione.

49. Va ora affrontata la problematica riguardante il regime temporale delle nuove disposizioni, per stabilire se esse si applichino anche alle procedure già indette al momento della loro entrata in vigore.

50. In proposito va preliminarmente osservato che il legislatore, nella legge n. 183/2011, nulla ha disposto al riguardo.

51. Il codice dei contratti pubblici, all'art. 253 comma primo, stabilisce invece che le norme in esso contenute si applicano alle procedure indette dopo la sua entrata in vigore.

52. Ci si deve chiedere se tale disposizione sia espressione di principi di carattere generale e, dunque, applicabile, ancorché non espressamente stabilito, in tutti i casi in cui la normativa sopravvenuta intervenga in materia di contratti pubblici.

53. In proposito si osserva che, per pacifica opinione giurisprudenziale che risale ad epoca precedente all'entrata in vigore del citato art. 253, lo *ius superveniens* non incide sulle disposizioni contenute negli atti di disciplina della gara già pubblicati, posto che essi ne costituiscono la *lex specialis* e, in quanto tali, contengono le regole specifiche che l'amministrazione si impegna ad osservare nella conduzione della procedura (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. Consiglio Stato sez. V, 3 ottobre 2002 n. 5206).

54. Va peraltro osservato che, qualora l'Amministrazione non si attenesse alle disposizioni contenute nei suddetti atti, si potrebbero arrecare lesioni ai principi di affidamento e di par condicio dei concorrenti, i quali debbono poter confidare nella scrupolosa osservanza da parte della stazione appaltante delle prescrizioni contenute nella *lex specialis*.

55. Occorre pertanto concludere affermando che la regola secondo la quale la disciplina contenuta negli atti di gara è insensibile allo *ius superveniens* costituisce espressione di un principio generale.

56. Ciò premesso, va osservato che nel caso concreto gli atti della procedura selettiva sono stati pubblicati prima dell'entrata in vigore della novella al Testo Unico in materia di documentazione amministrativa, recata dalla legge n. 183/2011.

57. Questa infatti è entrata in vigore in data 1 gennaio 2012, mentre l'indizione della procedura selettiva è avvenuta in data 10 novembre 2011.

58. A questo va aggiunto che, nel disciplinare della domanda di partecipazione, allegato al bando di gara, viene stabilito che, a comprova dei requisiti di capacità tecnica dichiarati dai partecipanti è necessaria la produzione, ad opera di questi ultimi, di certificazione attestante la

veridicità di quanto dichiarato (cfr. punto 4.3 del disciplinare della domanda di partecipazione allegato al bando di gara).

59. Era dunque la *lex specialis* a pretendere la produzione della certificazione da parte dei concorrenti.

60. Ne consegue che le disposizioni sopravvenute, recate dalla legge n. 183/2011, non sono applicabili alla procedura di cui è causa; e che la stazione appaltante, in mancanza della produzione della suddetta certificazione, ha correttamente disposto l'esclusione del ricorrente dalla gara.

61. Lo stesso ricorrente afferma, in subordine, che la stazione appaltante avrebbe dovuto consentirgli di regolarizzare la documentazione prodotta, in applicazione dell'art. 46, comma 1, del codice dei contratti pubblici; e consentirgli quindi di produrre seppur tardivamente il certificato mancante.

62. In proposito si osserva che per, pacifica opinione giurisprudenziale, il dovere di soccorso, di cui al citato art. 46, comma 1, del codice, può attivarsi solo per consentire la regolarizzazione della documentazione prodotta e non per ovviare all'integrale omissione della produzione documentale (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 luglio 2012 n. 3925).

63. Nel caso concreto è pacifico che il ricorrente ha del tutto omissso la produzione di un certificato essenziale per la prova del possesso dei requisiti di capacità tecnica dichiarati; pertanto correttamente la stazione appaltante non ha dato applicazione all'art. 46, comma primo, del codice dei contratti pubblici.

64. Rileva ancora il ricorrente che l'esclusione non avrebbe comunque dovuto essere disposta in quanto esso, pur non essendo riuscito a produrre in tempo utile il certificato richiesto, è in possesso del requisito dichiarato. Invoca in proposito la teoria del cd. "falso innocuo", la quale subordina la possibilità di esclusione del concorrente all'effettivo mancato possesso dei requisiti previsti dagli atti gara.

65. Ritiene il Collegio che l'argomentazione non sia condivisibile in quanto è preferibile l'opinione, attualmente prevalente in giurisprudenza, che ritiene che la violazione da parte del concorrente delle regole formali di disciplina della procedura selettiva (comprese dunque le norme che impongono la produzione entro un determinato termine dei documenti a prova delle dichiarazioni rilasciate) costituisca disvalore in sé, stante il rilevante interesse della stazione appaltante alla pronta e corretta conduzione della procedura selettiva (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 maggio 2012 n. 2946). Tale violazione deve essere pertanto comunque sanzionata, a prescindere da ogni considerazione circa la sostanziale veridicità della dichiarazione resa dal concorrente stesso.

66. Va pertanto ribadita l'infondatezza del motivo.

67. Da quanto sopra discende che il ricorrente non ha comprovato, nelle forme previste dal bando e dai suoi allegati, il possesso del requisito di capacità tecnica ivi prescritto.

68. Ciò costituisce ragione di per sé sufficiente per disporre la sua esclusione dalla procedura selettiva; il Collegio può dunque esimersi dallo scrutinare i restanti motivi di ricorso diretti a contestare la ritenuta carenza dei requisiti di carattere economico - finanziaria giacché, anche in caso di accoglimento di tali restanti motivi, non si potrebbe comunque procedere all'annullamento del provvedimento di esclusione (cfr. T.A.R. ex multis TAR Roma Lazio, sez. I, 8 gennaio 2008 n. 73).

69. Quest'ultimo deve dunque ritenersi correttamente adottato.

70. Occorre ora vagliare le censure dirette a contestare la decisione di incameramento della cauzione e segnalazione all'Autorità.

71. In proposito il ricorrente rileva che la gara di cui trattasi, in quanto diretta ad aggiudicare un contratto di affitto di ramo d'azienda, non sarebbe soggetta alle disposizioni recate dal codice dei contratti pubblici. Ne conseguirebbe che, nonostante la stazione appaltante abbia deciso di autovincolarsi a tali disposizioni richiamandole nel bando, non si sarebbe comunque potuto dare applicazione a quelle aventi carattere sanzionatorio (fra le quali vi sarebbe l'art. 48 del codice, che prescrive l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità in caso di mancata comprova da parte del concorrente dei requisiti dichiarati in sede di domanda di partecipazione alla gara), posto che le misure sanzionatorie non potrebbero essere applicate al di fuori delle specifiche ipotesi previste dalla legge.

72. Ritiene il Collegio che la censura sia infondata nelle premesse.

73. Va invero rilevato che, sebbene il contratto oggetto della procedura selettiva di cui è causa consista nell'affitto di un ramo di azienda, in realtà, dal punto di vista sostanziale, con esso si persegue la finalità di affidare all'affittuario i servizi di Front Office e di gestione del Call Center riguardanti prenotazioni ed informazioni afferenti alle prestazioni sanitarie rese nell'ambito del servizio sanitario regionale, in precedenza espletati da Lombardia Informatica S.p.a.

74. Si deve pertanto ritenere che la procedura selettiva di cui è causa abbia in realtà ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi; e che, per questo motivo, ai sensi dell'art. 1 comma 1 del codice dei contratti pubblici, sia assoggettata alle norme ivi recate.

75. La stazione appaltante era dunque tenuta ad applicare il succitato art. 48 e, conseguentemente, a disporre l'incameramento della cauzione e la segnalazione all'Autorità, una volta constatato che il ricorrente non aveva dimostrato il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico finanziaria dichiarati in sede di domanda di partecipazione alla gara.

76. In estremo subordine il ricorrente contesta le modalità di calcolo della cauzione provvisoria. A suo giudizio la stazione appaltante avrebbe dovuto calcolarne l'ammontare con riferimento al valore posto a base di gara (canone di affitto del ramo d'azienda), e non con riferimento al valore dei contratti di appalto dei servizi di front office e di call center ceduti con l'affitto del ramo d'azienda.

77. Ritiene il Collegio che il motivo sia fondato atteso che l'art. 75, comma 1, del codice dei contratti pubblici afferma chiaramente che "l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito"; e che, nel caso concreto, è pacifico che a base di gara è stato posto il valore del canone di affitto del ramo di azienda.

76. Limitatamente a quest'ultimo profilo il ricorso deve essere pertanto accolto.

La complessità delle questioni trattate induce il Collegio a disporre la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione. Spese compensate, fermo l'onere di cui all'art. 13, comma 6 bis 1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 14 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente
Silvana Bini, Primo Referendario
Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario, Estensore
DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 29/01/2013

REPUBBLICA ITALIANA
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso n. 4049/2012 RG, proposto dalla Lombardia Informatica s.p.a., corrente in Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto in Roma, via Flaminia n. 354, presso l'avv. De Portu,

contro

Consorzio Stabile Cento Orizzonti s.c.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Loi, Andrea Girardi, Andrea Manca, Marco Giustiniani e Nico Moravia, con domicilio eletto in Roma, via Bocca di Leone n. 78 e

nei confronti di

Regione Lombardia e Transcom Worldwide s.p.a., non costituite in giudizio,

per la riforma

dell' ordinanza cautelare del TAR .A.R. Lombardia – Milano, sez. III n. 608/2012, resa tra le parti e concernente la gestione di prenotazioni e prestazioni specialistiche ambulatoriali;

Visto l'art. 62 cod. proc. amm;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della sola appellata;

Vista la impugnata ordinanza cautelare del TAR di accoglimento della domanda cautelare

presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2012 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi per le parti gli avvocati Boifava e Moravia;

Ritenuto che, ad un sommario esame, proprio di questa fase, l'appello cautelare appare fondato, in quanto, anzitutto, l'art. 48 del Dlg 163/2006, a seguito della violazione del quale è stata disposta l'esclusione dell'appellata, impone un obbligo di leale collaborazione, con la stazione appaltante e secondo gli ordinari canoni della correttezza pre-contrattuale, dell'impresa sorteggiata che deve dare sufficiente e tempestiva contezza dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati, fornendo dati chiari ed immediatamente intelligibili senza necessità di gravose elaborazioni da parte dell'ente aggiudicatore;

Ritenuto che tal necessario comportamento è collegato alla funzione del medesimo art. 48, inteso a sveltire e fluidificare la procedura di gara, attraverso il rispetto del termine decadenziale (che, a sua volta, presuppone che l'impresa abbia sempre pronti i dati probatori) e la completezza delle informazioni da rendere;

Ritenuto ancora che, nei casi regolati dal medesimo art. 48, la relativa disciplina è sufficientemente completa anche per quanto attiene all'acquisizione di certificati (questione, peraltro, non implicata in via diretta nella specie, ove si controverte soprattutto sulla non immediata valutabilità di dati forniti in modo aggregato) da parte di altre Amministrazioni, per la quale l'art. 43 del DPR 445/2000 si applica nelle forme e nel tempo di cui all'art. 6-bis del Dlg 163/2006, mentre in via provvisoria continuano ad applicarsi le regole previgenti;

Ritenuto, infine e quanto al lamentato danno per l'escussione della cauzione e per la segnalazione all'AVCP, che resta fermo quanto al riguardo comunicato dalla stazione appaltante all'appellata anche in ordine ai limiti d'applicabilità delle norme del Dlg 163/2006 ad una gara per contratto attivo, stante peraltro l'ormai imminente trattazione della causa nel merito (la cui data è stata già fissata dal TAR nell'ordinanza impugnata), nonché la possibilità per l'appellata stessa di far constare le proprie ragioni in contraddittorio di fronte a detta Autorità;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III) accoglie l'appello (ricorso n. 4049/2012 RG) e, per l'effetto, in parziale riforma dell'ordinanza impugnata, respinge l'istanza cautelare proposta in primo grado, confermando solo la data di fissazione dell'udienza di merito.

Spese della presente fase cautelare compensate.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Botto, Presidente FF

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 08/06/2012

Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture

Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 (Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 254 del 30/10/2012)

BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici

OMISSIS

5. Verifiche sul possesso dei requisiti speciali

Per espressa previsione normativa, costituisce causa di esclusione la mancata o tardiva comprova dei requisiti in sede di verifica ai sensi dell'art. 48, comma 1, del Codice. Per quanto concerne l'aggiudicatario ed il secondo in graduatoria trova applicazione quanto disposto dal secondo comma del medesimo articolo.

Nei casi in cui le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'art. 62, comma 1, del Codice, i candidati presentano, già in fase di offerta, la documentazione a comprova dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa indicati nel bando o nella lettera di invito, in originale o copia conforme ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 (cfr. art. 48, comma 1-bis, del Codice).

E' da rilevare che l'art. 46 e l'art. 48 rispondono a presupposti e finalità differenti, giacché il primo tende a delimitare le ipotesi di esclusione delle imprese dalle gare, mentre il secondo, al fine di tutelare la correttezza e speditezza del procedimento di gara, è volto a preservare la specifica gara dalla partecipazione di imprese non adeguate.

Le stazioni appaltanti individuano nel bando o nella lettera di invito i mezzi di prova richiesti per dimostrare la veridicità di quanto dichiarato. Valgono, in proposito, le indicazioni fornite dall'Autorità mediante la determinazione n. 5 del 21 maggio 2009 ("Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006").

L'art. 48, comma 1, esplica i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese (MPMI)². Deve ritenersi, infatti, che il comma 4 dell'art. 13 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese) - secondo cui «la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno» - non abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, né sottrarre a tale verifica le MPMI. La norma, nel fare riferimento alla

“impresa aggiudicataria”, non può che riguardare i controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell’art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. Essa non attiene, invece, ai controlli a campione svolti ai sensi del precedente comma 1, perché gli stessi vengono posti in essere in una fase antecedente all’apertura delle offerte presentate e, quindi, all’individuazione dell’aggiudicatario.

In sintesi, la deroga di cui all’art. 13, comma 4, incide soltanto sull’operatività del comma 2 dell’art. 48 con l’effetto di esentare il secondo classificato, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata comprova dei requisiti da parte del primo aggiudicatario).

In relazione, poi, all’art. 15 della l. 12 novembre 2011, n. 183 (legge di stabilità 2012), che ha introdotto significative modifiche al d.P.R. n. 445/2000 intese a rafforzare il principio della inutilizzabilità dei certificati nei rapporti con la pubblica amministrazione, nonché l’obbligo, per quest’ultima, di acquisire d’ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445/2000, si precisa quanto segue.

L’art. 48 del Codice prevede che la richiesta della documentazione probatoria sia rivolta direttamente all’interessato anziché acquisita d’ufficio dall’amministrazione o dall’ente pubblico certificante. Secondo l’orientamento sino ad oggi espresso dall’Autorità, fatto proprio dalla giurisprudenza, si tratta di una norma speciale che comporta, rispetto alla disciplina generale del d.P.R. n. 445/2000, oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall’esigenza di assicurare la serietà dell’offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica (cfr. Cons. St., sez. III, ordinanza n. 2226/2012). Quindi, anche alla luce delle modifiche apportate dal citato art. 15 della l. n.183/2011, rimangono in vigore le modalità di comprova del possesso dei requisiti previste dall’art. 48.

Detta interpretazione e, più in generale, le indicazioni fornite a proposito delle modalità di verifica dei requisiti, dovranno essere coordinate in relazione all’entrata in vigore della BDNCP ex art. 6-bis, comma 1, del Codice, dal 1° gennaio 2013.

Si rammenta, al riguardo, che l’Autorità procederà, ai sensi del comma 2 del citato art. 6-bis, a stabilire con propria deliberazione i dati concernenti la partecipazione alle gare in relazione ai quali è obbligatoria l’inclusione della documentazione nella BDNCP, nonché i termini e le regole tecniche per l’acquisizione, l’aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. In base al successivo comma 3, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori saranno tenuti a verificare il possesso dei requisiti di partecipazione esclusivamente tramite la BDNCP, a meno che non siano diversi da quelli di cui è prevista l’inclusione nella stessa.

OMISSIS

BREVI ANNOTAZIONI

L’OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la sentenza in rassegna, il Tar Lombardia è intervenuto a ricostruire la disciplina relativa al controllo compiuto in sede di gara da parte delle stazioni appaltanti circa i requisiti dei

partecipanti. Alla luce delle recenti modifiche degli artt. 40 e 43 del Testo unico sulla documentazione amministrativa (d.P.R. n.445/2000), introdotte con la Legge di stabilità del 2012, viene fornita dal Collegio una innovativa lettura “integrata” dell’art. 48 del codice degli appalti. In ultimo, viene chiarito il contenuto di cui all’art. 75 codice appalti, in relazione alla modalità di calcolo della cauzione provvisoria.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Al fine di comprendere più chiaramente il percorso argomentativo compiuto dalla Terza sezione del Tar Lombardia – Milano appare utile compiere una breve premessa nel fatto.

A seguito dell’indizione di una gara per la selezione di un affittuario di un ramo d’azienda per il servizio di Front Office/Call Center sanitario, la società ricorrente veniva esclusa per non aver fornito e comprovato il possesso dei requisiti di cui all’art. 48 d.lgs. 163/2006 dichiarati, attraverso autocertificazione, in sede di presentazione dell’offerta. La stazione appaltante, oltre ad escludere la società, procedeva con l’escussione della cauzione e con la segnalazione all’Autorità di Vigilanza.

Nonostante l’effettivo possesso dei requisiti da parte della società, l’esclusione era avvenuta per non averli certificati nel tempo utile dei dieci giorni successivi alla richiesta. A prescindere, quindi, dal fatto che gli stessi fossero o meno posseduti, la stazione aveva comunque proceduto con l’esclusione della partecipante. Inoltre, è opportuno specificare che il certificato comprovante era stato fornito da parte di un’altra amministrazione pubblica.

La società ha così posto all’attenzione del Tar Lombardia: i) l’illegittimità della sua esclusione e ii) l’illegittimità della segnalazione all’AVCP e dell’incameramento della cauzione, quali conseguenze dell’esclusione stessa.

Il Tar Lombardia, nel dichiarare l’infondatezza del ricorso in ordine all’inapplicabilità *ratione temporis* della normativa invocata al caso di specie, si è ad ogni modo pronunciato nel merito della questione sottopostagli.

Il Collegio, seguendo l’impostazione proposta dalla ricorrente, sottolinea come con l’art. 15 della legge n. 183 del 2011, il legislatore abbia apportato importanti modifiche al d.P.R. n. 445/2000, in materia di certificati amministrativi e dichiarazioni sostitutive. In particolare: il comma 1 dell’art. 40 ha sostituito, nei rapporti tra organi della pubblica amministrazione e gestori di pubblici servizi, gli atti e i certificati di notorietà con le dichiarazioni di cui agli artt. 46 e 47 e che in base al comma 1 dell’art. 43 l’oggetto di tali dichiarazioni sostitutive debba esser sostituito d’ufficio dalle amministrazioni pubbliche e dai gestori di pubblici servizi attraverso le indicazioni fornite dall’interessato circa il reperimento delle medesime.

Al fine di semplificare i rapporti tra privato e pubblica amministrazione, la certificazione amministrativa perde quindi ogni funzione dovendo l’autorità procedente, alla luce delle modifiche normative richiamate, attivarsi al fine di ottenere dalle altre amministrazioni pubbliche competenti le informazioni relative alla verifica dei fatti dichiarati dal privato. In sintesi, le P.A. non possono più emettere certificazioni aventi valore “di legge” da utilizzarsi

nei rapporti tra privati e amministrazioni stesse. Tale innovazione ha lo scopo di generalizzare l'utilizzo degli strumenti delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e degli atti di notorietà e il conseguente obbligo della P.A. di acquisire d'ufficio le informazioni, i documenti e i dati oggetto delle dichiarazioni sostitutive (e necessari alla verifica della loro veridicità) ove questi siano in possesso della medesima o di altre pubbliche amministrazioni.

Decisivo in tal senso, secondo il Collegio, è il comma 2 dello stesso art. 40 che, nello stabilire che sulle certificazioni da produrre ai soggetti privati sia apposta, a pena di nullità, la dicitura: "Il presente certificato non può essere prodotto agli organi della pubblica amministrazione o ai privati gestori di pubblici servizi", introduce mediante una prescrizione sul contenuto formale del certificato il divieto sostanziale di richiedere alla pubblica amministrazione certificati da produrre ad altre amministrazioni pubbliche.

Il Collegio prosegue esaminando l'applicabilità della normativa di cui sopra in materia di procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici; e, in caso di risposta affermativa, a quale momento far risalire tale applicabilità.

In ordine al primo quesito, con la sentenza in esame, si sottolinea come dal dato letterale non risultino prescrizioni limitative volte a sottrarre determinate materie dall'ambito della medesima normativa.

Inoltre, le norme di semplificazione introdotte con la legge di stabilità 2012 devono esser lette in considerazione delle finalità di contenimento della spesa pubblica nonché di impulso all'economia nazionale, che la stessa intende perseguire. Prosegue il Collegio osservando che *costituisce fatto notorio la forte incidenza che ha sulla vita delle imprese il cd "costo della burocrazia"; ne consegue che facilmente apprezzabili sono i benefici arrecati all'economia generale da disposizioni che, come quelle in esame, semplificando l'attività procedimentale attraverso lo sgravio da inutili oneri, comportano un contenimento dei costi e rendono perciò gli operatori economici più competitivi nei mercati.*

Infine, il Tar Lombardia, in relazione al secondo quesito attinente al momento di entrata in vigore della normativa, in netto contrasto con quanto affermato dal supremo consesso della giustizia amministrativa assieme all'AVCP (cfr., tra le altre, Consiglio di Stato, Sez. III, ordinanza 8 giugno 2012, n. 2226; AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4), afferma l'irrelevanza dell'art. 6 bis, comma 1, del codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce che, *a decorrere dal primo gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti dichiarati in sede di procedure di affidamento dei contratti pubblici è acquisita dalle stazioni appaltanti presso la banca nazionale dei contratti pubblici; né l'art. 42, comma 1, lett. a) dello stesso codice il quale stabilisce che la prova dai parte dei concorrenti dello svolgimento di prestazioni da loro in precedenza rese, rilevanti ai fini della qualificazione, è data attraverso la produzione di certificati rilasciati dalle amministrazioni che hanno ricevuto tali prestazioni.* Invero, l'articolo si limiterebbe, secondo il Collegio, ad indicare il luogo dove la stazione appaltante potrà ricercare ed ottenere la documentazione necessaria alla verifica della sussistenza di requisiti di gara e non a determinare un limite temporale all'applicabilità della disciplina. Ritiene pertanto il Collegio *che il tempo necessario all'istituzione della banca non debba essere di pregiudizio alle imprese; nelle more deve dunque trovare piena applicazione*

la disciplina generale recata dal d.P.R. n. 445/2000, con conseguente necessità per le stazioni appaltanti di procurarsi d'ufficio, presso le amministrazioni indicate dai concorrenti, gli elementi a comprova delle dichiarazioni rese in sede di gara.

Alla luce di tali argomentazioni, Il Tar Lombardia ribadisce l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 40 e 43 del d.P.R. 445 del 2000 alla materia dei contratti pubblici; con conseguente obbligo per la stazione appaltante di procurarsi d'ufficio le informazioni necessarie alla verifica di quanto dichiarato dai concorrenti in sede di partecipazione a gare pubbliche. Per le stazioni appaltanti tale onere decorre a partire dal 1 gennaio 2012, non avendo rilevanza alcuna l'effettiva attivazione e operatività della banca dati di cui all'art. 6 bis, comma 1, del codice appalti. Per le gare indette prima del 1 gennaio 2012, come nel caso in esame, si applica la normativa precedente. Inoltre per tali ordini di ragioni non sarebbe necessario fare ricorso alla teoria del "falso innocuo" e nemmeno al potere-dovere di soccorso di cui all'art. 46 del codice appalti. Tale ultima norma può infatti attivarsi *solo per consentire la regolarizzazione della documentazione prodotta e non per ovviare all'integrale omissione della produzione documentale* (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 4 luglio 2012 n. 3925).

In ultimo, viene affrontato dal Collegio il tema della corretta modalità di calcolo della cauzione di cui all'art. 75 del codice dei contratti pubblici. Nel ritenere erroneo il calcolo compiuto dalla stazione appaltante, accoglie il ricorso nella parte in cui si lamentava l'illegittimità del calcolo effettuato sulla base del valore dei contratti di appalto dei servizi di front office/call center ceduti con l'affitto del ramo d'azienda piuttosto che sulla base del valore, ben più inferiore, posto a base di gara.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in commento risulta essere di particolare interesse agli occhi non solo degli addetti ai lavori. Invero, i giudici della Terza Sezione del Tar Lombardia hanno operato una netta inversione di tendenza rispetto all'orientamento espresso da una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato e da quanto più volte ribadito dalla stessa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici.

Il Consiglio di Stato, tra le altre, con l'ordinanza 8 giugno 2012, n. 2226, ha recentemente sostenuto come l'art. 48 del d.lgs. 163/2006 imporrebbe un obbligo di leale collaborazione tra la stazione appaltante e – secondo gli ordinari canoni della correttezza precontrattuale – l'impresa sorteggiata, la quale sarebbe altresì tenuta a dare sufficiente e tempestiva contezza dell'effettivo possesso dei requisiti dichiarati, fornendo dati chiari ed immediatamente intelligibili senza necessità di gravose elaborazioni da parte dell'ente aggiudicatore. Sempre secondo il Consiglio di Stato, tale comportamento sarebbe necessariamente collegato alla funzione del medesimo art. 48, inteso a sveltire e fluidificare la procedura di gara, attraverso il rispetto del termine decadenziale (che, a sua volta, presuppone che l'impresa abbia sempre pronti i dati probatori) e la completezza delle informazioni da rendere. Inoltre, per quel che qui maggiormente interessa, è stato anche ritenuto che, *nei casi regolati dal medesimo art. 48, la relativa disciplina è sufficientemente completa anche per quanto attiene all'acquisizione di certificati (questione, peraltro, non implicata in via diretta nella specie, ove si controverte*

*soprattutto sulla non immediata valutabilità di dati forniti in modo aggregato) da parte di altre Amministrazioni, per la quale l'art. 43 del d.P.R. 445/2000 si applica **nelle forme e nel tempo** di cui all'art. 6-bis del d.lgs. 163/2006, mentre in via provvisoria continuano ad applicarsi le regole previgenti.*

Sul solco tracciato dal Consiglio di Stato con la pronuncia appena richiamata, si è mossa, in maniera forse ancor più chiara, l'AVCP. Invero, con la determinazione in tema di bandi tipo del 10 ottobre 2012, n. 4, quest'ultima ha precisato che, nonostante attraverso l'art. 15 della l. 12 novembre 2011, n. 183, siano state introdotte significative modifiche al d.P.R. n. 445/2000 intese a rafforzare il principio della inutilizzabilità dei certificati nei rapporti con la pubblica amministrazione, nonché l'obbligo, per quest'ultima, di acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive, tale novità normativa non si applicherebbe all'art. 48 del codice degli appalti, ponendosi quest'ultimo in termini di specialità rispetto alla disciplina generale di cui al d.P.R. n. 445/2000. Gli oneri aggiuntivi a carico dei concorrenti sarebbero *giustificati in virtù del particolare rapporto di tipo negoziale cui la presentazione della documentazione è preordinata e dall'esigenza di assicurare la serietà dell'offerta, unitamente alla celerità della conclusione del procedimento di verifica.* Infine, la norma, così come interpretata, avrebbe efficacia anche oltre il 1 gennaio 2013, essendo necessaria, ai fini dell'entrata in vigore della nuova normativa, la piena operatività della banca nazionale dei contratti pubblici, così come previsto dall'art. 6 bis del codice dei contratti pubblici.

In sostanza, secondo il supremo consesso della giustizia amministrativa e l'Autorità, le norme contenute agli artt. 40 e 43, così come modificate dal recente intervento legislativo, non sarebbero immediatamente applicabili.

Contrariamente, il Tar Lombardia ha sostenuto che l'art. 6 bis del codice degli appalti disciplini esclusivamente la modalità attraverso cui le pubbliche amministrazioni potranno (o meglio dovranno) acquisire le informazioni relative alla verifica della sussistenza dei requisiti in capo ai partecipanti, non avendo alcuna portata limitativa dell'efficacia della normativa di cui agli artt. 40 e 43 del d.P.R. n. 445/2000. Ritiene pertanto il Collegio che il tempo necessario all'istituzione della banca, nonostante sia indubbiamente finalizzata ad un'ulteriormente semplificazione a diretto vantaggio delle stazioni appaltanti le quali, invece di essere costrette a ricercare le informazioni presso le svariate amministrazioni indicate dai concorrenti, potranno rivolgersi ad un unico interlocutore, non debba essere di pregiudizio alle imprese. Nelle more della piena operatività della banca dati, deve dunque trovare piena applicazione la disciplina generale recata dal d.P.R. n. 445/2000, **con conseguente necessità per le stazioni appaltanti di procurarsi d'ufficio, presso le amministrazioni indicate dai concorrenti, gli elementi a comprova delle dichiarazioni rese in sede di gara.**

È ovvio che tali novità non possono non avere ripercussioni anche nel settore della contrattualistica pubblica, in cui l'intera normativa è costruita per disciplinare i rapporti pubblico-privato: dalla scelta dei contraenti sino all'esecuzione dei contratti.

Ne consegue che la "apertura" del sistema alle dichiarazioni sostitutive (già presente nel codice appalti) è oggi completata dall'onere delle P.A. di procedere "d'ufficio" alla verifica dei contenuti delle dichiarazioni medesime, ove i dati e i documenti necessari siano in possesso di

amministrazioni. Resta, invece, onere dei concorrenti fornire alle P.A. tutte le informazioni necessarie per consentire a queste ultime di procedervi.

Tale nuova disciplina influisce ovviamente sull'interpretazione che deve essere data delle disposizioni, inserite nel codice appalti, in materia di controllo amministrativo delle dichiarazioni presentate in sede di gara (ad es. artt. 38, 42, 46 e 48 del d.lgs. n. 163/2006) e, a maggior ragione, sulla conduzione di quelle gare – come nella specie – che non ricadono *tout court* nell'ambito di applicazione del codice, ma alle quali l'amministrazione ha autonomamente deciso di uniformarsi in via analogica.

Ciò detto, appare chiaro come la pronuncia in rassegna risulti essere di grande interesse soprattutto per le ripercussioni che ben potrebbe arrecare sulle procedure in corso e sui giudizi avviati per esclusioni di concorrenti che non hanno prodotto la documentazione a comprova dei requisiti nei 10 giorni previsti dall'art. 48 del Codice.

BIBLIOGRAFIA

- L. Carbone, R. Vicario, *Dichiarazioni sostitutive nelle gare di appalto*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2011, 80 ss.;

- A. Carella, *Nessun soccorso istruttorio dinanzi al tenore chiaro ed inequivoco di prescrizioni della lex specialis espressamente sanzionate con l'esclusione*. Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza 12 dicembre 2012, n. 6373, pubblicato nel Settore Contratti Pubblici di questa rivista.

- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Ed. Dike, 2012.

R. Garofoli, M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli Appalti Pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella Legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.