

Consiglio di Stato sez. III 26/9/2013 n. 4785

Dichiarazioni sostitutive – Obbligo dell' accertamento d'ufficio ex art. 43, c.1, dpr 445/2000 - Applicazione anche alla verifica dei requisiti speciali – Irrilevante la specialità della disciplina ex art. 48 codice dei contratti pubblici

N. 04785/2013REG.PROV.COLL.
N. 01757/2013 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1757 del 2013, proposto da:

Lombardia Informatica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso in Roma, via

contro

Consorzio Stabile Cento Orizzonti S.C.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. con domicilio eletto presso l'avvocato, nello Studio Legale in Roma, via

nei confronti di

Regione Lombardia, in persona del Presidente pro-tempore,

Transcom Worldwide S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE III, n. 245/2013, resa tra le parti, concernente procedura ristretta per l'affitto del ramo d'azienda di front office, call center regionale dedicato alle prenotazioni ed informazioni sanitarie.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Cento Orizzonti S.C.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2013 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati su delega di

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con bando pubblicato sulla G.U.C.E del 10.11.2011, Lombardia Informatica S.p.A. aveva indetto una procedura ad evidenza pubblica per selezionare l'affittuario del ramo di azienda che gestisce il Front Office del Call Center regionale sanitario.

2. - Il Consorzio Stabile Cento Orizzonti S.C.R.L., sorteggiato per comprovare i requisiti dichiarati ai sensi dell'art. 48 del DLgs n. 163/2006, veniva escluso dalla gara per mancata produzione documentale comprovante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria.

Nonostante la richiesta di intervento in autotutela e la produzione del certificato rilasciato tardivamente dall'Azienda provinciale per i Servizi sanitari di Trento, la Commissione procedeva all'aggiudicazione della gara in favore di Transcom Worldwide S.p.a.; Lombardia Informatica S.p.a. negava la richiesta autotutela e disponeva l'escussione della garanzia provvisoria, nonché la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

3. - Con ricorso al TAR Lombardia, il Consorzio Stabile Cento Orizzonti S.C.R.L. insorgeva avverso il provvedimento di esclusione, evidenziando di avere interesse solo ai fini dell'accertamento dell'illegittimità della escussione della garanzia e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza.

4. - Il TAR accoglieva solo il quinto motivo di ricorso, relativo alle modalità di calcolo della cauzione, che avrebbe dovuto farsi sul canone dei contratti di appalto ceduti con l'affitto del ramo di azienda e non con riferimento alla somma del valore dei contratti ceduti.

5. - Con l'appello in esame, Lombardia Informatica S.p.A. afferma che "il prezzo base" su cui ex art. 75 cod. appalti va calcolata la cauzione è il valore stimato dell'appalto, come dispone l'art. 29 del codice, e, nella specie, con riguardo al valore dei tre contratti economici ceduti, per un importo previsto di 32.320.000 per ventiquattro mesi di durata contrattuale.

L'appellante chiede, inoltre, una pronuncia incidenter tantum sulla questione relativa alla applicabilità degli artt. 40 e 43 del DPR 445/2000, come novellati dalla legge di stabilità 2012 (L. 183/2011), secondo cui le stazioni appaltanti dovrebbero procurarsi d'ufficio le informazioni necessarie a comprovare i requisiti di qualificazione (affermazione contenuta nella sentenza appellata, anche se la novità normativa è stata ritenuta dal TAR, razione temporis, non applicabile alla gara, il cui bando è stato pubblicato antecedentemente alla L. 183/2011).

Lombardia informatica S.p.a., invece, ritiene che rimanga applicabile, per la sua specialità, l'art. 48 del codice dei contratti pubblici, che onera gli interessati alla produzione della documentazione, a tutela della serietà dell'offerta e della celerità del procedimento.

6. - Propone appello incidentale il Consorzio avverso i capi della sentenza che hanno rigettato il ricorso di primo grado.

Premesso che l'interesse ad agire non è rappresentato dall'aspirazione all'aggiudicazione, ma all'annullamento delle sanzioni applicate, il Consorzio asserisce l'illegittimità della propria esclusione, sia per la mancata applicazione da parte della stazione appaltante delle innovazioni normative in tema di documentazione amministrativa ed esercizio del potere – dovere di soccorso, sia anche alla luce del principio del c.d. falso innocuo, in quanto, di fatto, sarebbe in possesso dei requisiti richiesti, che ha dimostrato alla stazione appaltante con richiesta di riesame in autotutela e tardiva produzione documentale (in particolare, il certificato rilasciato dall'Azienda provinciale per i Servizi Sanitari di Trento, non pervenuto al Consorzio in tempo utile per la produzione in sede di verifica ex art. 48).

Afferma, ancora, l'inapplicabilità delle sanzioni accessorie all'esclusione, essendo il codice degli appalti applicato per autonoma scelta della stazione appaltante, in quanto trattasi dell'affitto di un ramo di azienda.

7. - Inoltre, in via del tutto preliminare, il Consorzio denuncia la nullità della sentenza per contrasto tra il dispositivo pubblicato ai sensi dell'art. 120, comma 9, codice proc. amm. in data 27.11.2012 ed il dispositivo pubblicato, unitamente alla motivazione, il 29 gennaio 2013, sintomatico di un mutamento di giudizio intervenuto tra la camera di Consiglio e la successiva stesura della sentenza.

8. - All'udienza del 14 giugno 2013, a seguito di scambio di memorie tra le parti, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. - Pregiudizialmente va esaminato l'appello incidentale, che ripropone le censure respinte in primo grado e che, ove fondato, determinerebbe la riforma della sentenza appellata nella parte in cui aveva ritenuta legittima l'esclusione dalla gara del Consorzio, accogliendo solo il motivo proposto in via subordinata, concernente l'ammontare della cauzione provvisoria dovuta.

Ove fondato l'appello incidentale, il Consorzio avrebbe dovuto essere ammesso a gara, con la conseguenza che l'incameramento della cauzione diventerebbe privo di causa, e così pure la segnalazione all'Autorità; conseguentemente, perderebbe interesse l'appellante all'impugnazione della sentenza nella parte concernente l'ammontare della cauzione.

2.- L'appello incidentale è fondato e, pertanto, il Collegio prescinde dalla preliminare eccezione di nullità della sentenza sollevata dal Consorzio.

2. 1. - Il provvedimento di esclusione per mancata prova dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria dichiarati in sede di prequalifica dal Consorzio, sorteggiato ai sensi dell'art. 48, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006, poggia essenzialmente su due motivazioni: A) il Consorzio non ha fornito la comprova del requisito di capacità tecnica di cui al punto III 2.3, lett. b) del bando di gara (gestione di almeno 6.000.000 di contatti complessivi in entrata nel triennio 2008-2009-2010); manca, nello specifico, il certificato attestante il buon esito della prestazione dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento, per gli anni 2008 e 2009 attestante 2.280.000 contatti in entrata; B) alcuni certificati attestanti il possesso del fatturato specifico richiesto dal punto III 2.2 del bando o non fanno riferimento al tipo di prestazione resa o fanno riferimento a servizi non relativi esclusivamente "all'ambito gestione servizi di call center con contatti sia in entrata sia in uscita" (cfr. verbale n. 2 del 1 marzo 2012, nota prot. 1430 del 5 marzo 2012).

2.2. - Quanto al primo motivo di esclusione, il Consorzio rileva che il procedimento seguito da Lombardia Informatica S.p.A. per la comprova e verifica dei requisiti dichiarati mediante autodichiarazione contrasta con gli artt. 40 e ss. del DPR 445/2000, come innovato dalla l. 183/2011. Le modifiche normative intervenute obbligano l'amministrazione ad acquisire d'ufficio i documenti che provano il possesso dei requisiti dichiarati, qualora siano in possesso di altre amministrazioni, le quali non possono più emettere certificati che abbiano valore in procedimenti di cui sono competenti le P.A.

Andava, dunque, nella specie, esercitato il potere-dovere di soccorso della stazione appaltante.

Il TAR Lombardia ha ritenuto che la l. n. 183/2011, pur astrattamente applicabile, non potrebbe esserlo nel caso concreto, *ratione temporis*, perché il bando sarebbe stato pubblicato il 10 novembre 2011, mentre la legge è entrata in vigore il 1° gennaio 2012.

Sul punto la contestazione dell'appellante incidentale è fondata.

Sebbene il bando sia stato pubblicato anteriormente, il sub-procedimento di verifica dei requisiti si è svolto successivamente alla entrata in vigore della nuova normativa e, per il principio *tempus regit actus*, trattandosi di norme d'azione, rivolte a regolare l'attività della pubblica amministrazione, trova immediata applicazione nei confronti dei procedimenti in corso non ancora conclusi.

Peraltro, come osserva l'appellante Consorzio, anche la lettera di invito a presentare le offerte indirizzata ai concorrenti è stata adottata successivamente all'entrata in vigore delle modifiche normative (il 10 gennaio 2012); quindi, la gara ha preso effettivo avvio dal momento della formalizzazione dell'invito a partecipare e da quel momento si è ingenerata l'aspettativa che l'Amministrazione avrebbe applicato le nuove norme in materia di documentazione, a tutto vantaggio dello snellimento e della semplificazione della procedura, tanto

più che le P.A. non sarebbero più obbligate a rilasciare i certificati in loro possesso per gli scopi richiesti da Lombardia Informatica S.p.A., con conseguente impossibilità per i partecipanti di reperire e produrre i certificati necessari a comprovare il possesso dei requisiti ex art. 48 D. Lgs. 163/2006.

Errato, inoltre, si appalesa l'argomento utilizzato dal primo giudice, tratto dall'art. 253 del codice degli appalti (che dispone l'applicabilità delle norme del codice solo alle gare i cui bandi siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del codice), il cui tenore letterale e la cui ratio di norma transitoria, induce a ritenere che la norma non possa assurgere a norma di generale applicazione, essendo piuttosto di stretta interpretazione, ovvero circoscritta alla vigenza del solo codice degli appalti.

2.3 - Quanto all'obiezione che solleva Lombardia Informatica, ovvero al carattere di specialità della disciplina dei contratti pubblici che impedirebbe l'applicazione della norma di carattere generale dettata dall'art. 15 della l. 183/2011 (in particolare, l'art. 41, comma 1, lett. "b" e "c", in relazione al comma 4, del D.lgs. n. 163/2006, il quale prescrive che i servizi prestati ad amministrazioni pubbliche siano comprovati dall'aggiudicataria con certificazioni delle stesse, e l'art. 42, comma 1, lett. "a", il quale prevede che i servizi e le prestazioni in favore di amministrazioni ed enti pubblici siano provati da certificati rilasciati o vistati delle amministrazioni o enti destinatari), il Collegio osserva che il DPR n. 445/2000, in materia di documentazione amministrativa, pacificamente trova applicazione nella materia degli appalti pubblici, essendo lo stesso codice a legittimarne l'uso. Sicché non può che trovare applicazione anche l'innovazione introdotta con l'art.15 della legge 183/2011, che, per quanto qui interessa, ha introdotto il seguente comma all'art. 40: «01. 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» ed all'articolo 43 ha sostituito il comma 1 col seguente: «<1. 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, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato».

E' evidente, ad una lettura unitaria delle norme in questione, che gli accertamenti d'ufficio disciplinati dall'art. 43, comma 1, D.P.R. 445/2000, come novellato dal citato art. 15 della l. 183/2011, riguardano tutte le ipotesi di informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di cui agli artt. 46 e 47 dello stesso D.P.R., dichiarazioni sostitutive che gli artt. 41 e 42 del codice dei contratti pubblici consentono ai concorrenti di utilizzare per comprovare i requisiti tecnico-organizzativi ed economico-professionale, salvo verifica successiva da parte della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 commi 1 e 3, senza che possa in alcun modo rilevare la "specialità" della disciplina dei contratti pubblici.

2.4 - Inoltre, ad avviso di questo Collegio, neppure l'art. 6 bis del codice degli appalti, introdotto dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, consente di rinviare, a partire dal 1° gennaio 2013, l'applicazione della nuova disciplina alla istituzione di una banca dati nazionale dei contratti pubblici, cui le stazioni appaltanti dovranno attingere per verificare il possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati in gara dai concorrenti.

La norma contiene una disciplina transitoria secondo cui, fino alla data di avvio della Banca dati, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti secondo le modalità previste dalla normativa vigente (comma 5).

Il riferimento alla "normativa vigente" include anche la novella disciplina degli artt. 43 e 47 del D.P.R. 445/2000, in vigore dal 1° gennaio 2012.

La banca dati è uno strumento di semplificazione e di accelerazione dei procedimenti di accertamento, che costituisce un ausilio informatico per l'esercizio dei poteri-doveri di accertamento d'ufficio; ne consegue che il coordinamento tra le norme appare logicamente condurre alla conclusione che: 1) fino all'attivazione della Banca Dati, le stazioni appaltanti dovranno procedere d'ufficio tramite contatti con le amministrazioni interessate alla verifica dei requisiti auto dichiarati dai concorrenti, secondo quanto dispongono gli artt. 43 e 47 DPR 445/2000; 2) dopo l'attivazione della Banca Dati, i controlli d'ufficio diventano centralizzati attraverso il riferimento diretto a tale strumento pubblicistico di coordinamento e raccolta dati.

2.5. - Per quanto riguarda la seconda motivazione su cui poggia l'esclusione, ovvero la mancanza del fatturato specifico in ambito "gestione Call Center", la stazione appaltante ha rilevato la difficoltà di scindere,

all'interno di un servizio complesso, la parte relativa al Call Center da altri servizi, insistendo per l'applicazione del disciplinare che non consente una "documentazione generica".

L'appellante incidentale, col terzo motivo del ricorso di primo grado, aveva contestato tale parte della motivazione, denunciando, oltre che la mancata applicazione dell'art. 15 della l. 186/2011 e l'omessa richiesta di chiarimenti ex art. 46 del codice dei contratti, la circostanza che l'abbondante documentazione prodotta avrebbe attestato un fatturato superiore al livello minimo richiesto. "Spacchettando" dal fatturato delle 10 fatture contestate dalla Commissione l'importo del costo delle risorse umane (operatori) impiegati nel call center si sarebbe potuto risalire incontrovertibilmente al fatturato imputabile al solo servizio di Call center.

Inoltre, l'interpretazione restrittiva della norma del bando seguita da Lombardia Informatica viene criticata perché nel servizio di call center andrebbero fatte rientrare attività connesse, che il mercato del settore solitamente abbina al detto servizio.

Le argomentazioni svolte dall'appellante incidentale convincono il Collegio.

In presenza di una terminologia ambigua in uso nel settore del servizio di prenotazione sanitaria, per cui termini quali "call center, front office, front end, back office, servizi di sportello, attività di supporto CUP, servizi di prenotazione telefonica, servizi amministrativi", nella pratica indicano tutti sostanzialmente la medesima attività di gestione di prenotazioni e di prestazioni specialistiche, nonché di assistenza e guida dell'utenza nella complessità dell'ente sanitario, svolta con metodologie e supporti diversi, sia presso gli sportelli che nei call center, si ritiene che la clausola del bando vada interpretata in senso conforme alla prassi in uso nel settore, che abbina tra loro una serie di attività complesse, ma accomunate dallo stesso oggetto.

2.6 - In conclusione, l'appello incidentale è fondato e, conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, va accolto il ricorso di primo grado.

3. - Va dichiarato improcedibile, invece, l'appello principale perché per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale viene meno l'interesse alla riforma della sentenza nel senso auspicato dall'appellante, relativamente al criterio di determinazione della cauzione provvisoria.

4. - Le spese possono compensarsi tra le parti, attesa la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello incidentale e dichiara improcedibile l'appello principale, come in epigrafe proposto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 26/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)