



REPUBBLICA ITALIANA

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, fomiva 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 Collegi, 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 amministrativa 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 procedente.

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 comprova 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 comprova 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

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2013

IL SEGRETARIO

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