

**ISSN 1127-8579**

**Pubblicato dal 26/10/2015**

**All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37478-irrilevante-convenzione-mancante-allegata-all-istanza-di-autotutela-ex-art-243bis-codice>**

**Autore: Lazzini Sonia**

## **Irrilevante convenzione mancante allegata all'istanza di autotutela ex art 243bis Codice**

l'appellante rivendica la scusabilità dell'errore consistente nella mancata indicazione della struttura. Anche tale prospettazione non convince. ( decisione numero 3225 del 26 giugno 2015 pronunciata dal Consiglio di Stato)

Sonia Lazzini

Le vicende che hanno riguardato la Provincia di Fermo, dal punto di vista della modalità di funzionamento delle istituzioni rappresentative e delle stesse prospettive di sopravvivenza dell'ente, non assumono ai fini della gara alcuna rilevanza. Infatti, a prescindere dalla circostanza che la Provincia all'epoca risultava istituita ed operativa già da alcuni anni e che la sua esistenza non aveva subito soluzioni di continuità, comunque la previsione concernente la disponibilità di una rete convenzionata, comprendente un certo numero di strutture con determinate caratteristiche, tra cui i menzionati "Centri medici non abilitati al ricovero notturno ... - almeno 500 sul territorio nazionale di cui almeno uno per provincia", andava, per quest'ultima parte, intesa con riferimento alle circoscrizioni territoriali provinciali, quali indice della capillarità della rete disponibile, e quindi a prescindere dalle vicende istituzionali delle relative amministrazioni.

Perciò, non può affermarsi che la carenza sia frutto di un errore indotto da equivocità o incertezze della *lex specialis* o altrimenti giustificato dal contesto fattuale.

Essendo questa la reale portata del motivo di esclusione, non rilevano le censure che ricorrente dedica alla questione dell'esistenza o meno del convenzionamento di Assirete con una struttura della provincia di Fermo, e dell'efficacia probatoria o meno della documentazione a tal fine (tardivamente) presentata.

Per completezza, il Collegio sottolinea che ricorrente ha dedotto che la convenzione stipulata in data 29 gennaio 2013 per la struttura Villa Verde della RITA S.r.l. in Provincia di Fermo era in realtà nella disponibilità di Assirete, ed erroneamente il TAR ha messo in dubbio la "data certa" della convenzione.

Ciò sarebbe dimostrato dalla relazione depositata in data 22 aprile 2014 (che richiama i dati verificabili sul sito internet di Assirete), dalle comunicazioni PEC trasmesse dalla struttura Villa Verde che confermano l'operatività della convenzione, nonostante il fatto che non siano stati gestiti sinistri da parte di assicurati (da ultimo, in data 21 maggio 2014), dalla dichiarazione sostitutiva del legale rappresentante di Assirete in data 30 aprile 2014.

Inoltre, aggiunge ricorrente, qualora il TAR avesse effettivamente affermato la legittimità dell'esclusione per mancanza di data certa della convenzione (requisito non richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*), avrebbe violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, posto che tale profilo non era contemplato nel provvedimento di esclusione.

Per contro, la Cassa sottolinea che l'incertezza della data deriva anche dal fatto che sulla convenzione c'è un timbro di Assirete riportante la propria sede di via Fraccastoro 3/A, presso la quale, tuttavia, vi sarebbe stato il trasferimento solo con atto registrato in data 6 marzo 2013; secondo ricorrente, la

circostanza si spiega con lo scostamento temporale tra l'atto e la sua registrazione, e comunque si tratta di una data anteriore alla gara in questione.

Il Collegio precisa che, in realtà, la questione tra origine da una considerazione ad abundantiam della sentenza appellata: il TAR ha dubitato dell'esistenza di una data certa solo dopo aver rilevato la mancata indicazione e dimostrazione del requisito entro il termine assegnati, e la conseguente insufficienza della documentazione prodotta ai fini della gara ("solo nel corso di questo giudizio la ricorrente ha prodotto una convenzione ... (peraltro neppure non assistita da data certa) ..." – pag. 11 della sentenza), e quindi non assume rilevanza decisiva ai fini della pronuncia; parimenti irrilevante è la circostanza che la convenzione mancante fosse stata prodotta alla stazione appaltante già in allegato all'istanza di autotutela ex art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici.

Può pertanto prescindersi dall'affrontare ulteriormente la questione della data certa.

Infine, non rileva, nella prospettiva di una disparità di trattamento, la circostanza che per la dimostrazione del requisito da parte di controinteressata sia stato ritenuto sufficiente un mero elenco delle convenzioni, senza la data delle medesime, posto che tale adempimento integrava l'indicazione minima richiesta in quella fase ai concorrenti.

N. 03225/2015REG.PROV.COLL.

N. 01262/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(...)

FATTO e DIRITTO

1. ricorrente, società di diritto francese con sede secondaria in Italia, ha partecipato alla procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio assicurativo di copertura delle spese sanitarie per gli iscritti alla Cassa italiana di previdenza ed assistenza dei geometri liberi professionisti (per due anni più opzione per il terzo, base di gara 13 milioni di euro).

2. La Commissione giudicatrice, nella seduta pubblica del 16 dicembre 2013, ha proceduto all'apertura delle buste A, contenenti la documentazione amministrativa presentata dai tre concorrenti (ricorrente, controinteressata S.p.a. e \*\*\* Italia S.p.a.), siglando la stessa; ricorrente è stata ammessa con riserva, per gli altri due concorrenti la documentazione è stata ritenuta completa; la Commissione ha stabilito di non procedere a sorteggio, ex art. 48 del Codice dei contratti pubblici, ma di chiedere a tutti i concorrenti la comprova, entro un termine perentorio, dei requisiti minimi richiesti.

3. Nella seduta riservata del 17 dicembre 2013, la Commissione ha compiuto una "ulteriore verifica" delle buste A, rilevando la sostanziale sussistenza degli elementi essenziali di partecipazione, "salva ogni ulteriore valutazione ad esito della richiesta alle concorrenti della seguente documentazione: ...". Per ricorrente, è stata indicata la "documentazione a comprova dei requisiti" previsti dal disciplinare ai punti 3.2. (Raccolta premi nel triennio 2010/2012), 3.4. (Rete di strutture sanitarie convenzionate) e 3.5. (Centrale operativa e servizio web/sito internet).

4. Nella seduta riservata del 15 gennaio 2014, la Commissione ha rilevato che \*\*\* aveva consegnato la documentazione dopo la scadenza del termine perentorio comunicato con e-mail ai concorrenti. Quanto alla documentazione presentata da ricorrente, ha rilevato che: (a)- dai bilanci presentati da ricorrente si evince la raccolta nel ramo "non vita" ma non quella del solo ramo "malattia", richiesta; (b) – dall'elenco delle strutture non abilitate al ricovero notturno della ausiliaria Assirete S.r.l., non è soddisfatto il requisito della presenza di almeno una struttura per Provincia, in quanto per Pordenone e Fermo non sono presenti strutture; (c) – quanto alla centrale operativa, l'autocertificazione della ausiliaria Filo Diretto Service S.p.a. non può essere accettata quale documento comprovante il requisito.

5. Con determinazione presidenziale n. 4 in data 16 gennaio 2014, sulla base di detti rilievi, ricorrente è stata esclusa. Con deliberazione n. 1 in data 28 gennaio 2014 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore dell'unico concorrente rimasto in gara (a seguito dell'esclusione anche di \*\*\*), controinteressata S.p.a..

6. ricorrente ha impugnato detti provvedimenti (unitamente alla escussione della **cauzione** ed alla segnalazione all'AVCP, nonché, *in parte qua*, alla *lex specialis*) dinanzi al TAR del Lazio.

7. Il TAR del Lazio, con la sentenza appellata (III, n. 13291/2014), ha affermato che:

(a) – in applicazione dei principi in tema di tutela dell'interesse strumentale affermati dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014, la censura sulla violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara (per essersi svolto in seduta riservata l'esame della documentazione amministrativa), riguardando una fase procedimentale diversa da quella cui afferisce la mancata dimostrazione dei requisiti di partecipazione, può essere esaminato solo in caso di fondatezza delle censure avverso l'esclusione della ricorrente;

(b) – va attribuita rilevanza dirimente alla mancata indicazione di una struttura convenzionata nella Provincia di Fermo (quella nella Provincia di Pordenone è poi risultata presente nell'offerta), non potendosi fare ricorso al c.d. soccorso istruttorio per integrare o modificare la domanda; infatti, la convenzione con la struttura Villa Verde della RITA S.r.l. di Fermo datata 29 gennaio 2013 non era presente nell'elenco allegato all'offerta, è stata prodotta solo in corso di giudizio e non è neppure assistita da data certa; né è ipotizzabile alcun errore materiale scusabile, atteso che la Provincia di Fermo è stata istituita nel 2004 ed è tuttora esistente;

(c) – stante la sufficienza di detta carenza a giustificare l'esclusione, risultano improcedibili le censure rivolte avverso gli altri motivi di esclusione, nonché quella sulla violazione del principio di pubblicità della gara;

(d) – poiché la segnalazione all'AVCP non produce direttamente effetti lesivi ma promuove un procedimento in contraddittorio, la relativa impugnazione è inammissibile per difetto di interesse.

8. ricorrente appella, deducendo articolate censure (70 pagine), che appresso vengono sintetizzate e partitamente esaminate, seguendo l'ordine di prospettazione.

8.1. Erroneamente il TAR ha ritenuto improcedibile il primo motivo (violazione del principio di pubblicità), alla luce della ritenuta legittimità dell'esclusione.

L'interesse strumentale alla rinnovazione della gara permane a prescindere della legittimità dell'esclusione. Il riferimento alle statuizioni di A.P. n. 9/2014 è inconferente, in quanto riguardano la tematica della priorità dell'esame del ricorso incidentale rispetto a quello principale e non possono avere attinenza al caso in esame.

8.2. Pertanto, il primo motivo avrebbe dovuto essere esaminato, ed accolto.

Infatti, tutte le fasi della procedura di gara devono svolgersi in forma pubblica, fatta eccezione solo per le fasi di carattere tecnico-valutativo della commissione. Viceversa, la seconda seduta del 17 dicembre 2013, pur essendo la prosecuzione della precedente ed essendo dedicata al controllo della documentazione amministrativa (quindi, non comportando attività a carattere discrezionale-valutativo), si è svolta in forma riservata.

Anche l'art. 4 del disciplinare chiariva che le operazioni relative alle buste A dovevano svolgersi in seduta pubblica.

8.2.1. Ad avviso del Collegio, può prescindersi dall'esaminare la questione dell'ordine di esame dei motivi di ricorso, dato che il motivo attinente allo svolgimento delle operazioni in seduta riservata è infondato.

La giurisprudenza afferma la necessità della seduta pubblica limitatamente alle fasi di introduzione degli atti e documenti nella procedura, mediante apertura delle buste e verbalizzazione di quanto in esse presente, al fine di evitare ogni rischio di alterazione, mentre le fasi di valutazione possono, e talvolta devono, svolgersi in seduta riservata (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 13/2011 e n. 31/2012; più di recente, III, n. 226/2015).

In particolare, la garanzia di pubblicità viene riferita alla "fase procedimentale consistente nell'accertamento di quali e quante siano le offerte da esaminare, nonché nella verifica dello 'stato di consistenza' di esse (e, cioè, di quali e quanti siano i documenti prodotti e allegati da ciascun concorrente ammesso alla procedura)", vale a dire alla "fase dell'accesso delle offerte e dei documenti connessi", non anche alle fasi successive, quale quella di esame del contenuto della documentazione e della sua rilevanza, anche ai fini di eventuali integrazioni o esclusioni (cfr. A.P. n. 31/2012).

L'art. 4 del disciplinare della gara in esame non sembra porre una regola difforme da tale orientamento; infatti, prevede che, in seduta pubblica: "Si procederà verificando la correttezza formale delle "buste di gara" pervenute (integrità, le dovute firme sui lati) e della tempistica di ricezione, poi all'apertura delle stesse. Subito dopo si verificherà l'integrità e le dovute firme sui lembi delle buste A, B e C contenute nelle "buste di gara", in caso negativo si escluderà dalla

procedura di gara. Poi si apriranno le buste A per verificare la corretta e completa presentazione della documentazione amministrativa da parte delle imprese concorrenti, in caso di esito negativo, si procederà all'esclusione dalla gara. Successivamente la Commissione procederà alle verifiche previste dall'art. 48 del Codice, ove ne sussistano le condizioni. L'apertura delle buste contenenti la documentazione avverrà in seduta pubblica.".

Occorre dunque concludere, sul punto, nel senso che la seduta pubblica era richiesta per quelle operazioni che comportavano la verifica dell'integrità e della consistenza documentale, a fini di non alterabilità del materiale di gara, non anche per l'apprezzamento del contenuto della busta A, e della correlata necessità di chiedere la presentazione di documentazione a comprova dei requisiti dichiarati.

8.3. Con il secondo motivo di appello, ricorrente sostiene che erroneamente il TAR ha ritenuto che la mancata allegazione della convenzione con la struttura della Provincia di Fermo giustificasse la sua esclusione.

La mancanza di un'unica convenzione – su un totale di 700 prodotte, di cui 560, numero ben superiore al minimo richiesto, relative a strutture non abilitate al ricovero notturno in tutte le altre Province – risultava ininfluyente ai fini dello svolgimento del servizio e comunque, in applicazione del *favor participationis* e per evitare di trasformare la procedura in una c.d. caccia all'errore, avrebbe dovuto essere ricondotta a mero errore materiale.

In presenza di un principio di prova, era onere della stazione appaltante esercitare il c.d. potere di soccorso istruttorio e procedere ad una richiesta formale di chiarimento/regolarizzazione.

Inoltre, avrebbe dovuto essere applicato il criterio interpretativo, desumibile dalle novellazioni del Codice dei contratti, che hanno riguardato l'introduzione dell'art. 46-bis (d.l. 70/2011) e, da ultimo, del comma 2-bis dell'art. 38 e del comma 1-ter dell'art. 46 (d.l. 90/2014), e che - ancorchè siano inapplicabili *ratione temporis* - indicano la volontà univoca del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio al fine di evitare esclusioni formalistiche e consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie (cfr. A.P. n. 16/2014).

La scusabilità dell'errore appariva giustificata dalla complessità ed incertezza del quadro di riferimento. Infatti, in nessun punto della *lex specialis* veniva richiesto di produrre a pena di esclusione, le convenzioni con le strutture sanitarie. E la Provincia di Fermo, istituita nel 2004, è operativa solo dal 2009, e all'epoca della gara avrebbe dovuto essere commissariata, ex artt. 12 del d.l. 93/2013, e 1, comma 325, della legge 147/2013.

8.3.1. Anche tale motivo è infondato.

Sotto un primo profilo, l'appellante enfatizza l'incidenza marginale, rispetto al complesso dei requisiti di capacità tecnica, che avrebbe l'assenza di una struttura convenzionata anche nella Provincia di Fermo.

Il Collegio osserva che una carenza di un elemento sostanziale e necessario dei requisiti di partecipazione non può essere valutata con un criterio quantitativo.

Accettando il criterio quantitativo, non vi sarebbe alcun parametro razionale e prevedibile per stabilire fino a che punto la quantità non incida sulla qualità, vale a dire sulla completezza e conseguente ammissibilità dell'offerta.

Al contrario, per le connesse esigenze di tutela della *par condicio* tra i concorrenti, in mancanza nella *lex specialis* di una previsione che consenta di non dare rilevanza a difformità rispetto a quanto richiesto, se contenute entro limiti predeterminati e misurabili (previsione che nella gara in esame non esiste), deve ritenersi che qualsiasi carenza sostanziale, per quanto possa apparire quantitativamente marginale rispetto al complesso dei requisiti richiesti, comporta la mancata indicazione dei requisiti, e quindi l'inammissibilità dell'offerta.

8.3.2. Vale la pena di sottolineare che, nel caso in esame, non si tratta di stabilire se l'appellante abbia o meno adeguatamente soddisfatto un onere di documentazione di un dato esistente, ma semplicemente di accertare se quel dato sia stato indicato espressamente nell'offerta entro il termine di presentazione dell'offerta.

Al punto III.2.3. del bando, "Capacità tecnica", era espressamente richiesta a pena di esclusione, così come all'art. 3, punto 4, del disciplinare, una "Rete di strutture sanitarie convenzionate", comprendente ... "Centri medici non abilitati al ricovero notturno (poliambulatori, day hospital, centri diagnostici, laboratori di analisi) presso i quali sia attivo il servizio di assistenza diretta per prestazioni previste in contratto – almeno 500 sul territorio nazionale di cui almeno una per provincia ...").

Non sembra dubbio che, richiedendo la *lex specialis* almeno una struttura non abilitata al ricovero notturno per ognuna delle Province italiane, viceversa, sia nella dichiarazione presentata a corredo della domanda, sia nell'elenco delle strutture convenzionate con l'ausiliaria Assirete presentato a comprova del requisito entro il termine assegnato, per la Provincia di Fermo non sia stata indicata alcuna struttura.

Il soccorso istruttorio, d'altra parte, è volto a chiarire e completare dichiarazioni, certificati o documenti comunque già esistenti, a rettificare errori materiali o refusi, ma non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali (cfr. Cons. Stato, A.P. n. 9/2014 e n. 16/2014; III, n. 4543/2014, n. 293/2015 e n. 395/2015 – che precisa la validità del principio per le gare *ratione temporis* sottratte al nuovo regime di cui al comma 2-bis dell'art. 38 del Codice), e, si ripete, la causa dell'esclusione dell'odierna appellante consiste nella carenza di un elemento necessario, avente rilevanza sostanziale.

8.3.3. Sotto altro profilo, l'appellante rivendica la scusabilità dell'errore consistente nella mancata indicazione della struttura.

Anche tale prospettazione non convince.

Le vicende che hanno riguardato la Provincia di Fermo, dal punto di vista della modalità di funzionamento delle istituzioni rappresentative e delle stesse prospettive di sopravvivenza dell'ente, non assumono ai fini della gara alcuna rilevanza. Infatti, a prescindere dalla circostanza che la Provincia all'epoca risultava istituita ed operativa già da alcuni anni e che la sua esistenza non aveva subito soluzioni di continuità, comunque la previsione concernente la disponibilità di una rete convenzionata, comprendente un certo numero di strutture con determinate caratteristiche, tra cui i menzionati "Centri medici non abilitati al ricovero notturno ... - almeno 500 sul territorio nazionale di cui almeno uno per provincia", andava, per quest'ultima parte, intesa con riferimento alle circoscrizioni territoriali provinciali, quali indice della capillarità della rete disponibile, e quindi a prescindere dalle vicende istituzionali delle relative amministrazioni.

Perciò, non può affermarsi che la carenza sia frutto di un errore indotto da equivocità o incertezze della *lex specialis* o altrimenti giustificato dal contesto fattuale.

8.4. Essendo questa la reale portata del motivo di esclusione, non rilevano le censure che ricorrente dedica alla questione dell'esistenza o meno del convenzionamento di Assirete con una struttura della provincia di Fermo, e dell'efficacia probatoria o meno della documentazione a tal fine (tardivamente) presentata.

Per completezza, il Collegio sottolinea che ricorrente ha dedotto che la convenzione stipulata in data 29 gennaio 2013 per la struttura Villa Verde della RITA S.r.l. in Provincia di Fermo era in realtà nella disponibilità di Assirete, ed erroneamente il TAR ha messo in dubbio la "data certa" della convenzione.

Ciò sarebbe dimostrato dalla relazione depositata in data 22 aprile 2014 (che richiama i dati verificabili sul sito internet di Assirete), dalle comunicazioni PEC trasmesse dalla struttura Villa Verde che confermano l'operatività della convenzione, nonostante il fatto che non siano stati gestiti sinistri da parte di assicurati (da ultimo, in data 21 maggio 2014), dalla dichiarazione sostitutiva del legale rappresentante di Assirete in data 30 aprile 2014.

Inoltre, aggiunge ricorrente, qualora il TAR avesse effettivamente affermato la legittimità dell'esclusione per mancanza di data certa della convenzione (requisito non richiesto a pena di esclusione dalla *lex specialis*), avrebbe violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, posto che tale profilo non era contemplato nel provvedimento di esclusione.

Per contro, la Cassa sottolinea che l'incertezza della data deriva anche dal fatto che sulla convenzione c'è un timbro di Assirete riportante la propria sede di via Fraccastoro 3/A, presso la quale, tuttavia, vi sarebbe stato il trasferimento solo con atto registrato in data 6 marzo 2013; secondo ricorrente, la circostanza si spiega con lo scostamento temporale tra l'atto e la sua registrazione, e comunque si tratta di una data anteriore alla gara in questione.

Il Collegio precisa che, in realtà, la questione tra origine da una considerazione *ad abundantiam* della sentenza appellata: il TAR ha dubitato dell'esistenza di una data certa solo dopo aver rilevato la mancata indicazione e dimostrazione del requisito entro il termine assegnati, e la conseguente insufficienza della documentazione prodotta ai fini della gara ("solo nel corso di questo giudizio la ricorrente ha prodotto una convenzione ... (peraltro neppure non assistita da data certa) ..." – pag. 11 della sentenza), e quindi non assume rilevanza decisiva ai fini della pronuncia; parimenti irrilevante è la circostanza che la convenzione mancante fosse stata prodotta alla stazione appaltante già in allegato all'istanza di autotutela ex art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici.

Può pertanto prescindersi dall'affrontare ulteriormente la questione della data certa.

Infine, non rileva, nella prospettiva di una disparità di trattamento, la circostanza che per la dimostrazione del requisito da parte di controinteressata sia stato ritenuto sufficiente un mero elenco delle convenzioni, senza la data delle medesime, posto che tale adempimento integrava l'indicazione minima richiesta in quella fase ai concorrenti.

8.5. La carente indicazione del requisito di capacità tecnica, sotto il profilo della disponibilità di una rete di strutture convenzionate, sopra presa in esame, risulta sufficiente a giustificare l'esclusione.

Si esaminano comunque i motivi di appello concernenti gli altri due rilievi che hanno condotto all'esclusione dell'offerta.



ricorrente lamenta che l'ausiliaria Filodiretto Service, riguardo alla centrale operativa, non si è limitata a presentare una autodichiarazione, ma ha presentato anche una relazione tecnica. D'altro canto, il comportamento della Commissione riguardo a detto profilo, oltre che superficiale, è contraddittorio, in quanto per controinteressata è stata accettata una brochure informativa.

8.5.1. Il Collegio, esaminata la documentazione, ritiene condivisibile la prospettazione dell'appellante su questo aspetto, risultando la dichiarazione della Filodiretto Service accompagnata (sia pure sotto forma di brochure relativa all'attività esercitata) da una puntuale "Descrizione delle caratteristiche tecniche e di funzionamento del servizio".

8.6. Infine, ricorrente lamenta che il TAR non ha tenuto conto che ricorrente è una *mutuelle*, soggetta al *Code della Mutualité*, e che i bilanci francesi fanno riferimento esclusivamente alla distinzione tra i rami *vie* - "vita" e *non vie* - "non vita" (quest'ultimo, comprensivo di *maladie ed accidents*), e non recano dati disaggregati per le due diverse componenti del secondo ramo di attività.

8.6.1. In data 22 aprile 2014, a seguito dell'ordinanza del TAR n. 1362/2014, ricorrente ha depositato l'attestazione dei revisori francesi (*Commissaires aux comptes*) in merito al fatturato nel ramo malattia, con allegata la dichiarazione del direttore generale sulla base della quale è stata effettuata la certificazione (l'appellante, al riguardo, ha sottolineato che, in base al diritto francese, i revisori non possono attestare che dal bilancio risulta una raccolta premi di un determinato importo, ma soltanto che i dati risultanti dalla dichiarazione della società sono congruenti con quanto risulta dal bilancio – cfr. documento NEP-9030 della *Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes*), e da essa risulta che il fatturato per il triennio 2010/2012 è superiore ai 3 miliardi di euro.

Ciò, a dire dell'appellante, costituiva, quanto meno, un principio di prova, che non consentiva l'esclusione ma, a tutto concedere, una richiesta di chiarimenti.

8.6.2. Il Collegio, esaminati gli atti acquisiti al giudizio, non rileva una certificazione o attestazione che indichi in modo inequivocabile l'entità dei premi o del fatturato del solo settore malattia.

Anche la suddetta dichiarazione, riferita ai bilanci degli esercizi 2010/2012, resa dal direttore generale di ricorrente in data 27 marzo 2014, corredata di attestazione di congruenza dei revisori dei conti in data 4 aprile 2014, indica delle "*Chiffres d'affaires Santé (non-vie)*" per gli anni 2010-2011-2012 pari, rispettivamente, ad euro 684.129.482,00 – 665.931.119,00 – 2.156.192.803,00 – per complessivi euro 3.506.253.404,00 – importi esattamente corrispondenti a quelle indicati per il valore dei premi lordi delle operazioni "non vita" nei rispettivi "conto economico tecnico (non vita)" originariamente depositati (anche con traduzione in italiano datata 28 novembre 2013). Non sembra dunque esservi stata disaggregazione, e rimane il dubbio che detti importi siano comprensivi delle attività del ramo non-vita non riconducibili al settore malattia.

Invero, si potrebbe supporre che a un fatturato di oltre 3,5 miliardi corrisponda comunque un fatturato malattia non inferiore al requisito minimo richiesto per partecipare alla gara, pari a soli 50 milioni; o che la società non abbia svolto attività nel ramo non-vita, se non quella afferente al settore malattia. Tuttavia, a prescindere dal grado di plausibilità di simili presunzioni, mancherebbe in ogni caso una dimostrazione diretta ed inequivocabile del requisito, senza che ragioni oggettive possano giustificare la mancanza.

Pertanto, anche il motivo di appello in esame non può ritenersi fondato.

8.7. In definitiva, non può ritenersi che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a richiedere un'integrazione ai sensi dell'art. 46, comma 1, del Codice dei contratti.

Né assume rilevanza il fatto che, come risulterebbe dalla risposta in data 12 febbraio 2014 alla citata istanza di autotutela ex art. 243-bis, la richiesta sia stata formulata dalla stazione appaltante "per le vie brevi", ipotesi non ammessa dalla norma.

8.8. Resta da esaminare il motivo rivolto avverso la segnalazione all'AVCP (ANAC) e l'escussione della **cauzione**.

ricorrente sostiene che, in base all'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, la c.d. triplice sanzione (esclusione, segnalazione ed escussione della **cauzione**) non è applicabile al caso in esame, dovendosi tener conto del comportamento del concorrente che ha operato in assoluta buona fede e nel pieno possesso dei requisiti di partecipazione.

Con memoria finale, ricorrente aggiunge che ANAC, con determinazione n. 1 in data 15 gennaio 2014 (Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del Codice dei contratti), ha chiarito che la segnalazione non deve essere limitata al caso di mancata conferma delle dichiarazioni, e di conseguenza vengono rimessi alla prudente valutazione dell'Autorità, nel rispetto del principio di proporzionalità, i casi di falsa attestazione e di omessa o non conforme presentazione della documentazione. Ciò confermerebbe la necessità di considerare l'effettivo comportamento del concorrente escluso, anche al fine di non gravare ANAC di valutazioni che potrebbe effettuare la stazione appaltante.

8.8.1. Ad avviso del Collegio, è preferibile ritenere che la segnalazione all'Autorità, ai fini dell'inserimento di un'annotazione nel casellario informatico delle imprese, oltre a costituire materia di un obbligo per la stazione appaltante, si configuri come atto prodromico ed endoprocedimentale e, come tale, non sia impugnabile, perché non dotato di autonoma lesività, potendo essere fatti valere eventuali vizi solo in via derivata impugnando il provvedimento finale dell'Autorità, unico atto avente natura provvedimento e carattere autoritativo (cfr. Cons. Stato, V, n. 1436/2014 e n. 1370/2013; T.A.R. Lazio, II, n. 5993/2014 e n. 4749/2013; III, n. 2129/2015).

Sotto questo profilo, il motivo deve quindi ritenersi inammissibile per difetto di interesse.

Le ragioni dell'appellante potranno essere valere nell'ambito del procedimento, di competenza dell'ANAC, di cui la segnalazione costituisce atto d'iniziativa.

8.8.2. Quanto all'escussione della **cauzione**, la giurisprudenza di questa Sezione ha sottolineato come l'art. 48 del Codice dei contratti pubblici tuteli in sé la certezza del fattore tempo nella definizione della procedura concorsuale, alla cui violazione segue il regime sanzionatorio, indipendentemente dall'accertamento di una condotta dolosa del concorrente, ovvero dal possesso o meno dei requisiti di partecipazione a suo tempo dichiarati, o ancora dalla sussistenza di un effettivo *vulnus* alla regolarità della procedura selettiva (cfr. Cons. Stato, III, n. 2274/2014, che richiama A.P. n. 10/2014).

In generale, l'incameramento della **cauzione** provvisoria, ai sensi dell'art. 48, cit., è ritenuta una conseguenza sanzionatoria del tutto automatica del provvedimento di esclusione, come tale non suscettibile di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti ed in particolare alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione abbia ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, IV, n. 2832/2013 e n. 810/2012; V, n. 1373/2013 e n. 4778/2012; VI, n. 7948/2006).

Anche in presenza di motivi di esclusione come quelli contestati all'appellante, che potrebbero risultare connotati (non da non veridicità delle dichiarazioni, bensì) da mera incompletezza delle dichiarazioni o della documentazione, va dunque ribadito che l'escussione della **cauzione** provvisoria si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto di integrità cui si vincola chi partecipa ad una gara pubblica, posto che la sua finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti in ordine alle dichiarazioni rese, di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta (cfr. Cons. Stato, A.P., n. 34/2014).

Pur volendo ipotizzare che l'appellante sia incorsa in errori nella predisposizione dei propri documenti, gli errori commessi sono indice di negligenza che, come tale, dà inevitabilmente adito alle conseguenze afflittive previste dalla legge, che hanno la funzione di stimolare i concorrenti alla probità e diligenza necessarie per il corretto andamento delle procedure di gara.

Anche tale profilo di impugnazione deve pertanto ritenersi infondato

9. In conclusione, l'appello deve essere in parte dichiarato inammissibile e per il resto respinto poiché infondato.

La complessità e natura delle questioni affrontate inducono a disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte inammissibile e per il resto lo respinge, poiché infondato, nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **26/06/2015**

IL SEGRETARIO

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