

## A pochi mesi dall'entrata in vigore del codice dei contratti, è legittimo escludere un'impresa la cui cauzione provvisoria non preveda

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

E'

vero, in punto di fatto, che nella cauzione provvisoria prodotta dall'aggiudicatario, manca l'espressa rinuncia all'eccezione de qua, prescritta dalla norma. Né appaiono conferenti gli argomenti difensivi intesi a recuperare in via ermeneutica, alla stregua di un'interpretazione complessiva delle clausole della polizza, l'inopponibilità dell'eccezione medesima: infatti la necessità di una previsione espressa, sancita dal Codice degli Appalti,

risponde proprio all'esigenza di prevenire questioni e controversie interpretative - di non sempre univoca soluzione - circa la portata delle

clausole contrattuali. Ed

è altresì vero che non può essere disconosciuto, in linea di principio, il carattere essenziale delle previsioni relative alla cauzione, anche provvisoria (anche sotto il profilo della par condicio).

Il punto centrale, però - ai fini che qui interessano -

è un altro, e risiede nel fatto

che il bando (punto III.1.1)

e la lettera d'invito,

nel disporre circa la cauzione provvisoria, non fanno alcun riferimento espresso alla normativa dell'art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006. In questo contesto, la tesi dell'applicabilità diretta di questa normativa anche a prescindere da un richiamo espresso (accolta da TAR Campania, sez. I, 12 febbraio

2007, n. 991) si rivela problematica con riferimento al caso di specie, se intesa nel senso più radicale (ossia a pena di esclusione). Il Collegio ritiene che in questo caso rivesta invece

carattere prevalente la tutela dell'affidamento del

concorrente, apparendo evidentemente ultronea e sproporzionata la sanzione dell'esclusione dalla gara a fronte di una previsione di bando generica e di una normativa primaria

entrata in vigore da pochi mesi, ove si controverta non dell'omessa prestazione della cauzione o dell'insufficienza del relativo importo, bensì di una singola clausola

contrattuale. Infatti, in linea di principio, si deve

accogliere l'interpretazione della disciplina di gara che tutela gli interessati di buona fede, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti, attesa la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, e ciò al fine di ottenere le prestazioni

richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione

Ai fini della dimostrazione di un determinato requisito, può un'impresa avvalersi dell'attività svolta dal ramo d'azienda acquisito? Tale possibilità deve essere espressamente prevista nel bando?

E' noto che l'ordinamento contiene alcune disposizioni ispirate a questo criterio: si pensi all'art. 15, comma 9, del D.P.R. 25

gennaio

2000, n. 34 (che disciplina il sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro), il quale stabilisce che "in

caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine", o anche all'art. 51 del D.

Lgs. 12 aprile

2006,

n. 163, il quale prevede che "qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice".

Merita di essere segnalata la sentenza numero 12973 dell' 11 dicembre 2007 emessa dal Tar Lazio, Roma in tema di possibilità di avvalersi dei requisiti dell'acquisito ramo di azienda:

<Si tratta, in realtà, di un criterio passibile di applicazione estensiva anche alle ipotesi non disciplinate espressamente dalla legge. Il Collegio ritiene di poter condividere, al riguardo, il principio giurisprudenziale secondo cui, al fine di integrare i requisiti di partecipazione ad una gara di appalto, sono riconducibili al patrimonio di un soggetto i titoli posseduti da altro soggetto che gli abbia ceduto il ramo

d'azienda (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2003 n. 645; 20 maggio 2002 n. 2718; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 30 giugno 2006, n. 5318; T.A.R. Veneto, sez. I, 12 gennaio 2007, n. 82; T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, 17 maggio 2005, n. 308). E ciò vale anche se il bando non lo prevede espressamente (contrariamente a quanto affermato a volte in giurisprudenza:

Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 366): si tratta infatti di un criterio interpretativo - integrativo del bando medesimo, che è coerente con i principi generali del nostro ordinamento: infatti, con la cessione di un ramo di azienda si determina il subingresso del cessionario nel complesso dei rapporti attivi e passivi del cedente, tra i quali è compreso anche il possesso di titoli, referenze o requisiti specifici maturati nello svolgimento dell'attività cui il ramo ceduto era dedicato (Cons. Stato, sez. V, n. 2718/2002).>

inoltre non deve sfuggire che:

<E' quindi da ritenersi che, in presenza della produzione di un certificato risalente a una data anteriore, non sia precluso l'esercizio, da parte della stazione appaltante, del potere di invitare i concorrenti, se necessario e nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, "a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati" (art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006). Infatti in questo caso il certificato non manca del tutto, ma è stato prodotto dal ricorrente, e

concorre a costituire un ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione, in unione con gli altri elementi documentali allegati dall'interessato>

ma ancor più interessante appare la seguente affermazione

<Con la seconda censura del secondo motivo di ricorso, parte ricorrente lamenta l'invalidità della cauzione provvisoria prestata da DI. OR. s.r.l., in quanto la stessa non conteneva l'espressa rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 del codice civile (rinuncia

prescritta dall'art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006).

### 6.2.2

E'

vero, in punto di fatto, che nella cauzione provvisoria prodotta da BETA. s.r.l. manca l'espressa rinuncia all'eccezione de qua, prescritta dalla norma. Né appaiono conferenti gli argomenti difensivi intesi a recuperare in via ermeneutica, alla stregua di un'interpretazione complessiva delle clausole della polizza, l'inopponibilità dell'eccezione medesima: infatti la necessità di una previsione espressa, sancita

dal Codice degli Appalti,

risponde proprio all'esigenza di prevenire questioni e controversie interpretative - di non sempre univoca soluzione - circa la portata delle

clausole contrattuali. Ed

è altresì vero che non può essere disconosciuto, in linea di principio, il carattere essenziale delle previsioni relative alla cauzione, anche provvisoria (anche sotto il profilo della par condicio).

Il punto centrale, però - ai fini che qui interessano -

è un altro, e risiede nel fatto

che il bando (punto III.1.1)

e la lettera d'invito,

nel disporre circa la cauzione provvisoria, non fanno alcun riferimento espresso alla normativa dell'art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006.

In questo contesto, la tesi dell'applicabilità diretta di questa normativa anche a prescindere da un richiamo espresso (accolta da TAR Campania, sez. I, 12 febbraio 2007, n. 991) si rivela problematica con riferimento al caso di specie, se intesa nel senso più radicale (ossia a pena di esclusione).

Il Collegio ritiene che in questo caso rivesta invece carattere prevalente la tutela dell'affidamento del concorrente, apparendo evidentemente ultronea e sproporzionata la sanzione dell'esclusione dalla gara a fronte di una previsione di bando generica e di una normativa primaria entrata in vigore da pochi mesi, ove si controverta non dell'omessa prestazione della cauzione o dell'insufficienza del relativo importo, bensì di una singola clausola contrattuale. Infatti, in linea di principio, si deve accogliere l'interpretazione della disciplina di gara che tutela gli interessati di buona fede, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti,

attesa la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, e ciò al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384).

La censura deve  
quindi essere disattesa.

>

E sulla verifica dell'offerta anomala?

< Nella specie,  
la valutazione della Commissione di gara si rivela viziata da difetto  
di istruttoria e da un insufficiente apprezzamento dei presupposti, con la connessa carenza  
sotto il profilo  
motivazionale.

Questa Sezione ha  
avuto già modo di affermare - nella sentenza 30 maggio 2006,  
n.

4044 - alcuni principi in proposito, disattendendo l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in linea di principio, il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni presentate dalla concorrente (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5314; T.A.R. Lazio, sez. II, 26 luglio 2005, n. 5944), ferma restando la necessità di valutare l'iter logico seguito nell'attività amministrativa, nonché la possibilità di verificare l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo (T.A.R. Liguria, sez. I, 22 luglio 2005, n. 1081).

Al riguardo, risulta invece condivisibile la giurisprudenza secondo la quale l'amministrazione deve prendere specificamente in considerazione le giustificazioni rese dall'impresa la cui offerta sia assoggettata alla verifica di anomalia e deve chiaramente esporre le ragioni della propria valutazione anche nel caso in cui le giustificazioni siano state considerate soddisfacenti, ossia anche nel caso di giudizio finale positivo (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 18 aprile 2005, n. 4216), avuto riguardo:

- all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi, nonché all'esigenza di tutelare, negli appalti, la "par condicio" dei concorrenti (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1231);

- al fatto che il "giudice amministrativo non può, nella giurisdizione su interessi legittimi, compiere per la prima volta un giudizio tecnico non svolto in prima battuta dall'amministrazione, perché ciò implicherebbe un'inammissibile sostituzione nell'esercizio del potere amministrativo, e non un sindacato sull'esercizio del potere.

Sicché, ove il giudizio tecnico sia, da parte dell'amministrazione, mancato, essendosi la stessa limitata ad una motivazione apparente o incongrua, il giudice amministrativo non può supplire, svolgendo esso in via diretta e per la prima volta un'indagine tecnica, ma deve invece limitarsi al sindacato estrinseco dell'atto amministrativo, stigmatizzandolo per carenza di motivazione" (Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217).

Questa impostazione, infatti, è pienamente coerente con la necessità di evitare il pratico azzeramento del dovere di motivazione, o la sistematica "sanatoria" postuma dei vizi motivazionali, col duplice rischio:

- di caricare il giudizio amministrativo di un significato improprio, e non pertinente, di surroga di un procedimento e/o di un provvedimento difettosi nell'essenziale;

- di deresponsabilizzare le Amministrazioni pubbliche, a fronte di precisi obblighi procedurali, che

riflettono principi organizzativi e - in ultima analisi - criteri di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (TAR Lazio, sez. III - bis, sent. n. 4044/2006).

Nel caso di specie è agevolmente rilevabile l'insufficiente motivazione della

verifica dell'anomalia condotta dalla stazione appaltante, in quanto essa si limita (cfr. il verbale del  
2

aprile  
2007) a far riferimento al fatto che le giustificazioni "forniscono in modo esaustivo i chiarimenti richiesti  
alle due ditte partecipanti alla gara". >

A cura di \*\*\*\*\*

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 12973 dell' 11 dicembre 2007 emessa dal Tar Lazio, Roma

Anno 2007

Reg. Sent. n.

R.G. n.

Sezione III-bis

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il  
Tribunale Amministrativo Regionale per il  
Lazio ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n.4567/2007 proposto da  
SOC. ALFA



contro

E.N.I.T. - Agenzia Nazionale del Turismo, in persona del legale rappresentante p.t., costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, e domiciliato presso gli uffici della stessa in Roma, Via dei Portoghesi, 12

e nei confronti di

SOC. BETA

\*\*\*\*\*, in persona del legale rappresentante sig. ra  
\*\*\*\*\*

Rosoni, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'\*\*\*\*\*  
\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*, ed elettivamente domiciliata

presso

lo studio dello stesso

in Roma,

Via \*\*\*\*\*, 86

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. 35  
del 23 aprile  
2007, recante l'aggiudicazione definitiva alla Soc. BETA

S.r.l.  
della gara per l'affidamento del "servizio di spedizione nazionale ed internazionale di materiale  
promozionale, nonché di deposito di tale materiale, mobili e documenti d'archivio  
per il periodo 01.01.2007  
- 31.12.2009";

- ai verbali della procedura de qua datati 2  
novembre  
2006  
e 5

febbraio  
2007, nella parte in cui la Commissione di gara da un lato ha ammesso l'odierna controinteressata a  
presentare offerta, e dall'altro ha preteso di ritenere "conforme alle prescrizioni di gara" l'offerta inoltrata  
dalla stessa BETA S.r.l.;

-di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare  
riferimento  
al verbale di gara del  
2 aprile  
2007,  
con  
il quale  
è stato espresso  
un

giudizio  
di complessiva  
congruità

sull'offerta  
economica

presentata

dall'odierna controinteressata

nonché per  
la condanna

dell'Amministrazione  
intimata  
al risarcimento  
del danno in  
forma specifica  
o comunque  
per equivalente  
economico.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto  
di costituzione in giudizio dell'\*\*\*\*\* - Agenzia Nazionale del Turismo  
e della controinteressata SOC. BETA  
\*\*\*\*\*;

visto il  
ricorso incidentale presentato dalla controinteressata SOC. BETA  
\*\*\*\*\*;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

vista l'ordinanza collegiale  
istruttoria  
n. 1227/2007;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

visti gli atti tutti della causa;

udito, alla pubblica udienza del 15  
novembre 2007,  
il relatore dott. \*\*\*\*\*;

uditi altresì gli avvocati  
delle parti come da verbale d'udienza;

ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO E DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe la \*\*\*\*\*à ALFA WORLDWIDE  
CARGO

S.p.A., avendo partecipato alla procedura ristretta indetta dall'\*\*\*\*\* - Agenzia Nazionale del Turismo per l'affidamento del "servizio di spedizione nazionale ed internazionale di materiale promozionale, nonché di deposito di tale materiale, mobili e documenti d'archivio per il periodo 01.01.2007

- 31.12.2009", ed essendosi classificata al secondo posto, ha impugnato:

- la determinazione dirigenziale n. 35  
del 23 aprile  
2007, recante l'aggiudicazione definitiva alla \*\*\*\*\*à  
BETA

\*\*\*\*\*;

- i verbali di gara del 2  
novembre  
2006  
e del 5

febbraio  
2007, nella parte in cui la Commissione di gara da un lato ha ammesso l'odierna controinteressata a presentare offerta, e dall'altro ha preteso di ritenere "conforme alle prescrizioni di gara" l'offerta inoltrata dalla stessa BETA S.r.l.;

- il verbale di gara del  
2 aprile  
2007,  
con  
il quale  
è

stato  
espresso  
un

giudizio  
di complessiva  
congruità  
sull'offerta  
economica

presentata

dall'odierna controinteressata.

Il ricorso si basa su tre censure  
così rubricate:

1)  
sulla illegittima  
ammissione dell'odierna controinteressata  
alla fase  
di  
presentazione  
delle offerte: violazione  
della lex  
specialis  
di  
gara;  
violazione dell'articolo 6  
della L. 14  
novembre

1941, n. 1442;  
violazione dell'art.  
41 del D.P.R.  
28 dicembre  
2000, n. 445;



violazione dell'articolo

42

del

D.

Lgs.

n. 163/2006;

eccesso

di

potere

per

assenza

di

istruttoria,

travisamento

dei

presupposti

di

fatto

e di

diritto, carenza

di

motivazione e illogicità;

2) sulla invalidità

dell'offerta

presentata

da BETA.:

violazione

della lex

specialis

di

gara;

violazione dell'art.

75,

comma

4, del

R.D.

23  
maggio  
1924,  
n. 827;  
violazione  
dell'articolo  
75  
del D.  
Lgs.

12  
aprile

2006, n. 163; eccesso

di  
potere  
per  
assenza

di  
istruttoria,  
travisamento  
dei  
presupposti  
di  
fatto  
e di  
diritto, carenza  
di  
motivazione e illogicità;

3) sull'incongruità dell'offerta economica  
della BETA.:  
violazione  
dell'art.  
87  
  
del D.

Lgs.

12  
aprile

2006, n. 163; violazione  
della lex  
specialis  
di  
gara; eccesso

di  
potere  
per  
assenza

di  
istruttoria,  
travisamento  
dei  
presupposti  
di  
fatto  
e di  
diritto, carenza  
di  
motivazione e illogicità.

Parte ricorrente ha altresì proposto, in via  
conseguenziale, domanda di risarcimento dei danni patrimoniali, mediante reintegrazione in forma  
specifica, o - in via subordinata - per equivalente.

Si sono  
costituiti in giudizio l'\*\*\*\*\* - Agenzia Nazionale del Turismo  
e la controinteressata  
SOC. BETA  
\*\*\*\*\*, resistendo al ricorso.

La controinteressata ha altresì proposto un ricorso incidentale, con il quale ha impugnato i verbali di gara del  
5  
febbraio

2007  
e  
del  
2  
aprile

2007, nella parte in cui essi  
“hanno  
ritenuto  
ammissibile e congrua  
l’offerta  
della ricorrente”, prospettando i motivi in diritto così  
rubricati:

1) violazione  
di  
legge in relazione  
all’art.  
41  
del  
D.  
Lgs.  
n.  
163/06  
e  
al punto  
III.2.2)  
del bando  
di  
gara, nonché  
all’art.  
97

Cost.;  
eccesso di potere  
per sviamento, difetto di  
presupposti, illogicità e ingiustizia  
manifesta in  
tema di difetto di istruttoria;

2) violazione  
di  
legge  
in relazione  
alle  
disposizioni  
di cui  
agli  
artt. 75  
e 76  
del

D.P.R.  
28.12.2000  
n.  
445, nonché all'art.  
97  
Cost.;  
eccesso di potere  
per  
difetto di  
presupposti, ingiustizia  
manifesta,  
travisamento e illogicità in tema di dichiarazioni  
contrarie  
alle risultanze documentali;

3) violazione  
di  
legge

in relazione al punto  
II.1.2) del  
bando di gara  
e al punto  
2.3

del capitolato  
speciale E.N.I.T.;

eccesso di potere  
per travisamento,  
difetto di  
presupposti, sviamento e  
ingiustizia  
manifesta, in tema di  
luogo di svolgimento  
del servizio  
di  
magazzinaggio;

4)  
violazione  
di  
legge  
ed eccesso di potere  
per  
difetto di  
presupposti,  
sviamento e illogicità in tema di valutazione e congruità dell'offerta.

Il ricorso è stato inizialmente chiamato per la discussione nel merito all'udienza pubblica

del  
18 ottobre  
2007,  
a  
seguito della fissazione disposta

a seguito della C.C.  
del  
15  
giugno  
2007, senza  
concessione di  
misure cautelari.

Con ordinanza n. 1227/2007, depositata  
il 30 ottobre

2007, il Tribunale ha disposto incombenti istruttori.

Il ricorso è stato infine nuovamente chiamato per la discussione all'udienza pubblica del 15  
novembre  
2007, e quindi trattenuto in decisione.

2. La difesa della controinteressata  
eccepisce preliminarmente l'inammissibilità del gravame, a motivo del  
fatto che il ricorso le è stato notificato  
dopo essere stato depositato; mentre anteriormente al deposito risultava effettuata solo la notifica  
all'Amministrazione.

2.1 L'eccezione è infondata, e il ricorso deve considerarsi ammissibile.

Parte ricorrente ha depositato  
in data

24  
maggio  
2007 copia del ricorso "in velina" con la prova dell'avvenuta consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

La doppia

notifica

all'\*\*\*\*\* (effettuata sia presso la sede dell'Avvocatura dello Stato sia presso la sede dell'Ente) si è perfezionata in data 23 - 24 maggio 2007;

in data 12 giugno

2007 sono poi state depositate le due relate

di notifica in originale.

Invece, la prima notifica alla controinteressata non è andata a buon fine per il mutamento della sede legale della stessa. Parte ricorrente ha quindi provveduto a

una nuova notifica alla medesima

in data 7 giugno

2007, depositando, in data

11 giugno 2007, l'originale del ricorso con la prova di tale ultima notifica.

Quindi, nella specie deve rilevarsi:

- che il ricorso è stato notificato sia all'Amministrazione sia alla controinteressata; e che al riguardo non ha rilievo il fatto che risulta essere depositato solo il secondo originale (quello notificato alla controinteressata), e non il primo (pur essendovi in atti le relate): infatti, anche una sola copia è sufficiente a verificare la ritualità della proposizione del gravame, anche relativamente all'esistenza della procura al difensore; mentre per altro verso la costituzione dell'Amministrazione, che nulla eccipisce in ordine alla

ritualità della notifica ad essa effettuata, ha efficacia sanante e assorbe ogni altra possibile questione in proposito;

- che dette notifiche sono tempestive, essendo intervenute prima della scadenza del relativo termine di legge (la determinazione dirigenziale di aggiudicazione definitiva della gara

è del 23 aprile

2007);



-  
che  
non può condividersi l'affermazione di T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 22 luglio 2004, n. 3212, secondo cui il deposito del ricorso privo di relata di notifica, ancorché corredata della certificazione rilasciata dall'Unep dell'avvenuto deposito per la notifica, sarebbe inidoneo a costituire validamente il rapporto processuale anche se ad esso faccia seguito il deposito di un secondo ricorso " originale " contenente le attestazioni delle avvenute notifiche nei termini di legge, in quanto tale secondo atto potrebbe semmai - se depositato autonomamente nei termini di legge presso la Segreteria del tribunale - dar origine ad un distinto rapporto processuale contraddistinto da un diverso numero di \*\*\*\*\* generale; si tratta infatti di una posizione formalistica, la quale omette di considerare che  
in questo caso si ha  
una sorta di inversione dell'ordine temporale stabilito dalla legge per le due attività processuali (deposito e notifica), che tuttavia non fa venir meno la possibilità di collegarle e ricondurle entrambe al medesimo ed unico procedimento, ove non vi sia pregiudizio per il diritto di difesa della controparte processuale (Cassazione civile, sez. I, 29 novembre 1999, n. 13315; cfr. altresì TAR Lazio, sez. III, 17  
gennaio  
2005, n. 293).

### 3. Posto che in linea generale il giudice

è  
tenuto a dare la precedenza alle questioni sollevate dal ricorrente incidentale che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale, ossia alle questioni che incidono sull'esistenza dell'interesse a ricorrere del ricorrente principale (TAR Liguria Genova, sez. I, 1 agosto 2007, n. 1429), occorre esaminare in primo luogo i primi tre motivi del ricorso incidentale, ritualmente notificato e depositato, con i quali si contesta la legittimità dell'ammissione della ricorrente alla gara.

#### 3.1

Con i primi due motivi del gravame incidentale, che riprendono anche il contenuto di una previa eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione e carenza di interesse, la controinteressata sostiene che l'odierna ricorrente non era  
era  
in possesso del requisito di partecipazione di cui al punto III.2.2  
del bando

di  
gara, che prescriveva - ai fini della verifica della capacità economica  
e  
finanziaria - una “dichiarazione attestante il fatturato complessivo in servizi analoghi a quello di gara  
realizzati nel triennio  
2003 - 2005”. Ciò in quanto dalle certificazioni in atti si evince che la medesima ha iniziato l’attività di  
spedizioniere, nonché quella attinente ai servizi di logistica  
e magazzinaggio, in data  
15.9.2004, e risulta iscritta all’albo interprovinciale degli spedizionieri in data 18.6.2004; dato che  
sarebbe in contraddizione con la dichiarazione sostitutiva del 23.10.2006, nella  
parte  
relativa al fatturato dell’impresa nel corso dell’anno  
2003.

### 3.1.1

Le censure, ad avviso del Collegio, devono essere disattese per una ragione assorbente: con atto del 19  
novembre 1993, registrato in data 5 dicembre  
2003, l’odierna ricorrente aveva acquisito il ramo d’azienda della “ALFA International Freight Consultants  
S.r.l.”, relativo all’attività di “Spedizioni e Trasporti Internazionali”.

Essa quindi può avvalersi dell’attività svolta dal ramo d’azienda acquisito, ai fini dell’integrazione del  
requisito in questione.

Ciò  
è sufficiente ai fini che qui interessano.

E’ noto che l’ordinamento contiene alcune disposizioni ispirate a questo criterio: si pensi all’art. 15,  
comma 9, del D.P.R. 25  
gennaio

2000, n. 34 (che disciplina il sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro), il quale stabilisce che “in caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine”, o anche all’art. 51 del D.

Lgs. 12 aprile  
2006,

n. 163, il quale prevede che “qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”.

Si tratta, in realtà, di un criterio passibile di applicazione estensiva anche alle ipotesi non disciplinate espressamente dalla legge. Il Collegio ritiene di poter condividere, al riguardo, il principio giurisprudenziale secondo cui, al fine di integrare i requisiti di partecipazione ad una gara di appalto, sono riconducibili al patrimonio di un soggetto i titoli posseduti da altro soggetto che gli abbia ceduto il ramo

d' azienda (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2003 n. 645; 20 maggio 2002 n. 2718; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 30 giugno 2006, n. 5318; T.A.R. Veneto, sez. I, 12 gennaio 2007, n. 82; T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, 17 maggio 2005, n. 308). E ciò vale

anche se il bando non lo prevede espressamente (contrariamente a quanto affermato a volte in giurisprudenza:

Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n.

366): si tratta infatti di un criterio interpretativo - integrativo del bando medesimo, che è coerente con i principi generali del nostro ordinamento: infatti, con la cessione di un ramo di azienda si determina il subingresso del cessionario nel complesso dei rapporti attivi e passivi del cedente, tra i quali è compreso anche il possesso di titoli, referenze o requisiti specifici maturati nello svolgimento dell’attività cui il ramo ceduto era dedicato (Cons. Stato, sez. V, n. 2718/2002).

3.2 Con il terzo mezzo del ricorso incidentale, l’aggiudicataria sostiene che l’odierna ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto al punto

II.1.2 del  
bando

e al punto  
2.3

del capitolato

speciale E.N.I.T. si individua in Roma il luogo principale di esecuzione del servizio e del deposito dei materiali promozionali ad esso relativi; mentre la ALFA (precedente titolare del servizio in questione fino a tutto il 2006) detiene attualmente il materiale dell'Ente nel magazzino di Senago (MI).

3.2.1 La censura è infondata, in quanto le considerazioni relative all'esecuzione del precedente contratto non hanno alcuna attinenza giuridica con la nuova gara, di cui si discute in questa sede.

Con riguardo a quest'ultima, è sufficiente rilevare che l'odierna ricorrente ha indicato nell'offerta un magazzino situato nella zona di Roma, in ossequio alla lex specialis di gara; il che rende superflua ogni ulteriore considerazione in merito.

4. A questo punto occorre passare all'esame dei primi due motivi proposti con il ricorso principale.

5. Il primo motivo si articola in due distinte censure.

5.1 La prima di esse attiene all'asserita  
carente

documentazione, da parte dell'aggiudicataria, del requisito dell'iscrizione all'albo degli spedizionieri.

Al riguardo, parte ricorrente fa presente:

- che l'art. 16 del capitolato generale ENIT (costituente parte integrante della lex specialis) consente la prova di questo requisito o mediante dichiarazione sostitutiva  
ex

D.P.R.

n.  
445/2000, ovvero mediante allegazione di  
un certificato rilasciato in "data  
non  
anteriore  
a 12 (dodici) mesi da quella di scadenza di  
presentazione dell'offerta";

- che nella specie l'aggiudicataria si è limitata ad allegare un certificato rilasciato  
in  
data

5  
marzo  
1999 (quindi scaduto e pertanto da considerarsi tamquam non esset ai fini della gara), oltre a una visura  
camerale priva di indicazioni circa l'iscrizione all'albo;

- che la dichiarata iscrizione all'Associazione Laziale Spedizionieri è irrilevante allo scopo, trattandosi di  
associazione di categoria;

- che si tratta di un requisito non regolarizzabile in via postuma.

5.1.1 La censura è infondata.

Il bando al punto III.2.2

chiedeva l'esibizione di "copia del certificato d'iscrizione all'albo degli spedizionieri";  
e l'art. 16 del capitolato generale, al punto c) fa riferimento al  
"certificato  
di iscrizione ad Albo o registro nazionale o regionale, qualora richiesto dagli  
atti del procedimento o prescritto  
per  
l'esercizio  
dell'attività

in questione di data non anteriore a 12 (dodici) mesi da quella di scadenza di presentazione  
dell'offerta".

Dette previsioni, peraltro, non risultano sancite  
a pena di esclusione. Ciò costituisce un decisivo fattore che differenzia il caso in questione rispetto al  
precedente di cui alla sentenza Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459 e che consente di pervenire  
ad una conclusione diversa, basata sul criterio del favor participationis, non ostandovi particolari ragioni  
di interesse pubblico.

E' quindi da ritenersi che, in presenza della produzione di un certificato risalente a una data anteriore,  
non sia precluso l'esercizio, da parte della stazione appaltante, del potere di invitare i concorrenti, se  
necessario e nei  
limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, "a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei  
certificati, documenti e dichiarazioni presentati" (art. 46 del D. Lgs. n. 163/2006). Infatti  
in questo caso il certificato non manca del tutto, ma è stato prodotto dal ricorrente, e

concorre a costituire un ragionevole indizio del possesso del requisito di partecipazione, in unione con gli  
altri elementi documentali allegati dall'interessato. Il che consente di ritenere sufficiente, ai fini che qui  
interessano, l'integrazione documentale verificatasi successivamente, con esito positivo, mediante  
l'acquisizione del certificato rilasciato dalla Camera di commercio di Roma il 15 maggio 2007.

5.2

Con la seconda censura del primo motivo, la ricorrente lamenta la mancanza, nella “relazione di presentazione della società”, presentata dall’aggiudicataria nella fase di prequalifica, dell’indicazione dell’organico medio annuo dell’ultimo triennio, da valutarsi ai fini della dimostrazione della capacità tecnica (cfr. art. 42, comma 1, lettera g) del D. Lgs.

n. 163/2006). L’aggiudicataria si è infatti limitata a dichiarare il numero dei dipendenti (da considerarsi comunque assai esiguo considerata l’entità della commessa) alla data del 26 ottobre 2006.

5.2.1 Anche questa censura, in quanto volta a far valere l’illegittimità della mancata esclusione dell’aggiudicataria dalla gara, è infondata, dovendosi rilevare:

- che anche questa previsione non era stabilita

a pena di esclusione;

- che si trattava  
uno solo tra gli elementi  
rilevanti nel contesto della relazione tecnica;

- che l’indicazione dell’organico a una data fissa può essere intesa come ragionevole principio di prova del requisito attinente all’organico, da valutarsi nel contesto complessivo dei dati forniti dal concorrente;

-  
che l’Amministrazione - nell’esercizio della  
propria discrezionalità tecnica - ha ritenuto

sufficiente detta dichiarazione nell'ambito di una complessiva valutazione dei dati disponibili;

- che non sono emersi elementi di manifesta incongruità, che consentano di ritenere illegittima detta valutazione, atteso anche il carattere generico dell'accenno di parte ricorrente circa l'esiguità dell'organico in rapporto all'entità della commessa.

6. Anche il secondo motivo di ricorso si scinde in due diverse censure.

6.1

In primo luogo parte ricorrente lamenta il fatto che l'offerta dell'odierna controinteressata sia stata ritenuta ammissibile nonostante che la busta interna A ("offerta economica") fosse stata sigillata con ceralacca, mentre la lettera d'invito prevedeva la sola controfirma sui lembi di chiusura, mancante nel caso di specie.

6.1.1 La censura è infondata.

Anzitutto va rilevato che la previsione della lettera di invito, della cui violazione si controverte in questa sede, non era formulata a pena di esclusione (a differenza dei casi trattati in alcuni rilevanti precedenti giurisprudenziali che hanno aderito alla tesi restrittiva).

Ciò consente una valutazione non meramente formalistica, che tenga presente l'interesse tutelato nella specie, allo scopo di individuare la natura della previsione violata.

Al riguardo, è decisivo osservare, in primo luogo, che il plico esterno era ritualmente sigillato e controfirmato: non può quindi dubitarsi dell'integrità e della legittima provenienza dello stesso dall'invitato partecipante alla gara.



In questo contesto, neppure può dubitarsi dell'integrità del plico interno, adeguatamente garantita dalla sigillatura con ceralacca; mentre per quanto riguarda la provenienza dello stesso è da ritenersi che la controfirma apposta sulla busta esterna costituisca adeguata garanzia.

Va inoltre considerato il fatto che l'asserita illeggibilità della sigla apposta sui sigilli della busta interna è un'illeggibilità solo parziale, che non impedisce di ascrivere la provenienza della stessa alla

BETA. s.r.l..

Non sussistono quindi ragionevoli

motivi per ritenere che, nella specie, l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per la violazione della formalità relativa alla controfirma della busta interna.

#### 6.2.1

Con la seconda censura del secondo motivo di ricorso, parte ricorrente lamenta l'invalidità della cauzione provvisoria prestata da DI. OR. s.r.l., in quanto la stessa non conteneva l'espressa rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 del codice civile (rinuncia prescritta dall'art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006).

#### 6.2.2

E' vero, in punto di fatto, che nella cauzione provvisoria prodotta da BETA. s.r.l. manca l'espressa rinuncia all'eccezione de qua, prescritta dalla norma. Né appaiono conferenti gli argomenti difensivi intesi a recuperare in via ermeneutica, alla stregua di un'interpretazione complessiva delle clausole della polizza, l'inopponibilità dell'eccezione medesima: infatti la necessità di una previsione espressa, sancita dal Codice degli Appalti, risponde proprio all'esigenza di prevenire questioni e controversie interpretative - di non sempre univoca

soluzione - circa la portata delle clausole contrattuali. Ed

è altresì vero che non può essere disconosciuto, in linea di principio, il carattere essenziale delle previsioni relative alla cauzione, anche provvisoria (anche sotto il profilo della par condicio).

Il punto centrale, però - ai fini che qui interessano -

è un altro, e risiede nel fatto

che il bando (punto III.1.1)

e la lettera d'invito,

nel disporre circa la cauzione provvisoria, non fanno alcun riferimento espresso alla normativa dell'art. 75 del D. Lgs. n. 163/2006.

In questo contesto, la tesi dell'applicabilità diretta di questa normativa anche a prescindere da un richiamo espresso (accolta da TAR Campania, sez. I, 12 febbraio 2007, n. 991) si rivela problematica con riferimento al caso di specie, se intesa nel senso più radicale (ossia a pena di esclusione).

Il Collegio ritiene che in questo caso rivesta invece carattere prevalente la tutela dell'affidamento del concorrente, apparendo evidentemente ultronea e sproporzionata la sanzione dell'esclusione dalla gara a fronte di una previsione di bando generica e di una normativa primaria entrata in vigore da pochi mesi, ove si controverta non dell'omessa prestazione della cauzione o dell'insufficienza del relativo importo, bensì di una singola clausola contrattuale. Infatti, in linea di principio, si deve accogliere l'interpretazione della disciplina di gara che tutela gli interessati di buona fede, salvaguardando così l'ammissibilità delle offerte e consentendo la maggiore partecipazione di offerenti, attesa la duplice necessità di tutelare sia l'affidamento ingenerato nelle imprese partecipanti, sia l'interesse pubblico al più ampio possibile confronto concorrenziale, e ciò al fine di ottenere le prestazioni richieste ad un prezzo quanto più vantaggioso, in termini qualitativi e quantitativi, per l'amministrazione (Consiglio di Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384).

La censura deve quindi essere disattesa.

7. Con il terzo mezzo di impugnazione, la ricorrente censura l'omessa esclusione dell'offerta di BETA. s.p.a., lamentandone il carattere di anomalia, con riferimento alle tariffe per le spedizioni aeree cargo internazionali, e sostenendo che l'operato della stazione appaltante sia viziato da carenza di motivazione e difetto di istruttoria sul punto.

In proposito la ricorrente da un lato rileva che ben 82 prezzi unitari su 200 sono fissati su valori talmente bassi da non tenere conto neppure della cd. fuel surcharge (da sola superiore a detti valori); dall'altro lamenta il carattere apodittico e stringato delle giustificazioni fornite dall'odierna aggiudicataria.

7.1 Anche la controinteressata censura, con il quarto e ultimo motivo del ricorso incidentale, la valutazione positiva dell'anomalia dell'offerta dell'odierna ricorrente (in ordine alla quale la verifica si era appuntata sulle tariffe previste per l'imballaggio).

La medesima sostiene infatti il carattere irrealistico del prezzo offerto, pari a €/mc 0,01 e la non pertinenza delle relative giustificazioni.

8. Ad avviso del Collegio la censura proposta dalla ricorrente è fondata; e lo stesso deve dirsi della censura formulata dalla controinteressata con il ricorso incidentale.

Nella specie, la valutazione della Commissione di gara si rivela viziata da difetto di istruttoria e da un insufficiente apprezzamento dei presupposti, con la connessa carenza sotto il profilo motivazionale.

Questa Sezione ha avuto già modo di affermare - nella sentenza 30 maggio 2006, n.

4044 - alcuni principi in proposito, disattendendo l'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in linea di principio, il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente una motivazione espressa "per relationem" alle giustificazioni presentate dalla concorrente (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5314; T.A.R. Lazio, sez. II, 26 luglio 2005, n. 5944), ferma restando la necessità di valutare l'iter logico seguito nell'attività amministrativa, nonché la possibilità di verificare l'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo (T.A.R. Liguria, sez. I, 22 luglio 2005, n. 1081).

Al riguardo, risulta invece condivisibile la giurisprudenza secondo la quale l'amministrazione deve prendere specificamente in considerazione le giustificazioni rese dall'impresa la cui offerta sia assoggettata alla verifica di anomalia e deve chiaramente esporre le ragioni della propria valutazione anche nel caso in cui le giustificazioni siano state considerate soddisfacenti, ossia anche nel caso di giudizio finale positivo (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 18 aprile 2005, n. 4216), avuto riguardo:

- all'obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi, nonché all'esigenza di tutelare, negli appalti, la "par condicio" dei concorrenti (Consiglio di Stato, sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1231);

- al fatto che il "giudice amministrativo non può, nella giurisdizione su interessi legittimi, compiere per la prima volta un giudizio tecnico non svolto in prima battuta dall'amministrazione, perché ciò implicherebbe un'inammissibile sostituzione nell'esercizio del potere amministrativo, e non un sindacato sull'esercizio del potere.

Sicché, ove il giudizio tecnico sia, da parte dell'amministrazione, mancato, essendosi la stessa limitata ad una motivazione apparente o incongrua, il giudice amministrativo non può supplire, svolgendo esso in via diretta e per la prima volta un'indagine tecnica, ma deve invece limitarsi al sindacato estrinseco dell'atto amministrativo, stigmatizzandolo per carenza di motivazione" (Cons.

Stato, sez. VI, 11 dicembre 2001, n. 6217).

Questa impostazione, infatti, è pienamente coerente con la necessità di evitare il pratico azzeramento del dovere di motivazione, o la sistematica "sanatoria" postuma dei vizi motivazionali, col duplice rischio:

- di caricare il giudizio amministrativo di un significato improprio, e non pertinente, di surroga di un procedimento e/o di un provvedimento difettosi nell'essenziale;

- di deresponsabilizzare le Amministrazioni pubbliche, a fronte di precisi obblighi procedurali, che riflettono principi organizzativi e - in ultima analisi - criteri di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa (TAR Lazio, sez. III - bis, sent. n. 4044/2006).

Nel caso di specie è agevolmente rilevabile l'insufficiente motivazione della

verifica dell'anomalia condotta dalla stazione appaltante, in quanto essa si limita (cfr. il verbale del  
2

aprile

2007) a far riferimento al fatto che le giustificazioni "forniscono in modo esaustivo i chiarimenti richiesti alle due ditte partecipanti alla gara".

9. Dalle suesposte considerazioni discende l'accoglimento sia del ricorso principale sia del ricorso incidentale, limitatamente alle censure relative alla verifica dell'anomalia delle offerte della ricorrente e della controinteressata, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione, nonché degli atti di gara in parte qua.

L'Amministrazione, a seguito di questo annullamento, dovrà provvedere nuovamente in ordine alla verifica dell'anomalia, reiterando la relativa valutazione nei confronti della ricorrente e della controinteressata.

All'esito di questa ulteriore verifica risulta subordinata l'emanazione del nuovo provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

La domanda risarcitoria, anche con riferimento ai danni asseritamente subiti medio tempore dalla ricorrente, non può essere presa in considerazione in questa sede, nella quale è possibile riconoscere alla ricorrente medesima - allo stato - solamente la possibilità di beneficiare di un'ulteriore rinnovazione parziale del procedimento di gara, il cui esito non è prevedibile ex

\*\*\*\* (\*\*\*\*\*, 30 aprile 2003, n. 2329; C.S. VI, 4 settembre 2002, n. 4435).

10. Sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sez. III - bis, definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso principale, limitatamente  
al terzo motivo indicato in epigrafe, e per il resto lo respinge;

-  
accoglie il ricorso incidentale, limitatamente al quarto motivo indicato in epigrafe, e per il resto lo  
respinge;

-  
per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione, e gli atti di gara in parte qua.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nelle Camere di Consiglio del 15  
novembre 2007 e del 26  
novembre  
2007, con l'intervento dei signori:

\*\*\*\*\*

-  
Presidente

\*\*\*\*\*

\*\*\*\*\*

- Consigliere

\*\*\*\*\*

Arzillo



- Consigliere  
Est.

Il Presidente

L'estensore

[https://www.diritto.it/a-pochi-mesi-dall-entrata-in-vigore-del-codice-dei-contratti-e-legittimo-escludere-un-i  
mpresa-la-cui-cauzione-provvisoria-non-preveda/](https://www.diritto.it/a-pochi-mesi-dall-entrata-in-vigore-del-codice-dei-contratti-e-legittimo-escludere-un-i<br/>mpresa-la-cui-cauzione-provvisoria-non-preveda/)