

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?

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

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 Sonia LAzzini

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 S.r.L., in persona del legale rappresentante sig. ra Raffaella Rosoni, costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall’Avv.to Guido Buffarini Guidi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Roma, Via Barberini, 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’E.N.I.T. – Agenzia Nazionale del Turismo e della controinteressata SOC. BETA S.r.l.;

visto il ricorso incidentale presentato dalla controinteressata SOC. BETA S.r.l.;

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. Francesco Arzillo;

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 Società ALFA WORLDWIDE CARGO S.p.A., avendo partecipato alla procedura ristretta indetta dall'E.N.I.T. – 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 Società BETA S.r.l.;

- 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 consequenziale, domanda di risarcimento dei danni patrimoniali, mediante reintegrazione in forma specifica, o – in via subordinata – per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio l'E.N.I.T. – Agenzia Nazionale del Turismo e la controinteressata SOC. BETA S.R.L., 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'E.N.I.T. (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 eccepisce 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 idoneo 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 Ruolo 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 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 carenza di 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'accento 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 illegibilità della sigla apposta sui sigilli della busta interna è un'illegibilità 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 ante (C. S. IV, 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:

Saverio Corasaniti - Presidente

Giulio Amadio - Consigliere

Francesco Arzillo - Consigliere Est.

Il Presidente L'estensore