



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1858 del 2011, proposto da:
Alfredo Grassi S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Filippo Martinez, dall'Avv. Davide Moscuza, dall'Avv. Fausto Capelli e dall'Avv. Ulisse Corea, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via dei Monti Parioli, 48;

contro

Ministero della Difesa - Direzione Generale di Commissariato e Servizi Generali, in persona del Ministro *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

C.m.d. S.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituito con la

C.m.d..2002 S.r.l. e la M ectex S.p.a.; Cmd 2002 S.r.l.; Mectex S.p.A.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Roma, Sez. I-bis, n. 35311 dd. 3 dicembre 2010, resa tra le parti e concernente gara per la fornitura di materiale vario di vestiario ed equipaggiamento, con richiesta di risarcimento dei danni discendenti dagli atti impugnati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa - Direzione Generale del Commissariato e dei Servizi Generali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2011 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Società l'Avv. Fausto Capelli, l'Avv. Ulisse Corea e l'Avv. Filippo Martinez, nonché l'Avvocato dello Stato Carlo Maria Pisana per il Ministero della Difesa.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con bando n. 1/2010 pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* n. 44 dd. 19 aprile 2010 e inviato l'8 aprile 2010 per la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* il Ministero della Difesa – Direzione Generale di Commissariato e Servizi Generali ha indetto una procedura ristretta accelerata, suddivisa in 12 lotti per l'affidamento di materiale vario di vestiario –

equipaggiamento destinato “a Enti militari vari” per un importo complessivo a base d’asta pari ad € 28.979.670,00.-, I.V.A. esclusa, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso a’ sensi dell’art. 82 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

Le offerte dovevano pervenire entro il termine del 10 maggio 2010, con possibilità per i concorrenti di partecipare all’aggiudicazione di uno o più lotti.

Per quanto qui segnatamente interessa, il lotto di gara n. 11, denominato “*Indumenti speciali*”, comprendeva la fornitura di n.ro 800 combinazioni da volo (tuta e giubbotto) in tessuto ignifugo di colore verde salvia e di n.ro 800 completi antifiamma per addetti al servizio antincendio per un importo presunto di € 468.000,00.- (I.V.A. esclusa).

Il § 5 del bando contemplava per tale lotto due fasi essenziali di lavorazione: la produzione del tessuto e la confezione degli indumenti.

A tale riguardo va da subito precisato che il confezionista del vestiario è il soggetto che materialmente interviene per ultimo nel processo di produzione del bene, in quanto realizza l’ultima trasformazione del prodotto prima della sua distribuzione sul mercato.

In tal senso, quindi, la fase di confezione determina l’origine del prodotto, posto che “*le merci alla cui produzione hanno contribuito due o più paesi o territori sono considerate originarie del paese o territorio in cui hanno subito l’ultima trasformazione sostanziale*” (cfr. art. 36, comma 2, del Regolamento CE 08/450/CE del Parlamento europeo e del

Consiglio, del 23 aprile 2008, istitutivo del codice doganale comunitario - Codice doganale aggiornato).

L'attuale appellante, Alfredo Grassi S.p.a., rimarca che l'avvenuta individuazione della produzione del tessuto e della confezione degli indumenti come attività entrambi essenziali obbligava il produttore del tessuto a partecipare alla gara unitamente al fornitore degli indumenti, ovvero consentiva al produttore predetto di partecipare alla gara stessa autonomamente fornendo egli stesso anche gli indumenti, se a sua volta in possesso dei requisiti previsti al riguardo; viceversa, era di fatto preclusa l'autonoma partecipazione alla gara per il fornitore che abitualmente compera la merce e la rivende poi sul pubblico mercato.

Grassi evidenzia che dal complessivo impianto della *lex specialis* della gara ben emergeva l'inscindibilità del binomio produttore - fornitore.

In tal senso Grassi cita innanzitutto il § III.2.1 del bando laddove ammetteva la partecipazione alla gara dei *“soggetti di cui all'art. 34 del D.L.vo 163 del 2006 in ambito UE, in grado di espletare le fasi di lavorazione indicate per ciascun lotto”*, con l'obbligo per le *“imprese non appartenenti alla UE”* di *“indicare l'accordo internazionale o altro titolo di partecipazione”*; inoltre, sussisteva la *“possibilità di avvalersi di quanto previsto dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 e s.m.i.”* – ossia di utilizzare l'istituto dell'avvalimento – ma *“solo tra imprese operanti in ambito UE o in ragione di accordi internazionali”*.

Alla lettera e) del medesimo paragrafo era altresì prevista per i soggetti italiani solo confezionisti la presentazione, tra i documenti

comprovanti la situazione personale dell'operatore economico, di una *“dichiarazione sostitutiva attestante il possesso della licenza del Ministero dell'Interno ex art. 28 del T.U. approvato con R.D. 18 giugno 1931 n. 773”* e, per i soggetti stranieri parimenti solo confezionisti, la presentazione di *“analoga attestazione o dichiarazione di forniture di analoghi manufatti negli ultimi tre anni”*.

Grassi denota pure in tal senso che nel § III.2.3 del bando era richiesto, in tema di requisiti di capacità tecnica, *“a) documentazione di cui all'art. 42, comma 1, lettera a) del D.L.vo 163 del 2006 e s.m.i.; b) descrizione delle attrezzature tecniche di cui all'art. 42, comma 1, lettera c), del D.L.vo 163 del 2006 e s.m.i.; c) dichiarazione sostitutiva attestante conformità sistema assicurazione qualità alla normativa serie ISO; d) dichiarazione attestante capacità produttiva giornaliera riferita a ciascuna voce di materiale costituente il/i lotto/i. Nel caso di produzione di più voci, nella suddetta dichiarazione dovrà essere precisato se la capacità è da intendersi in contemporanea o meno. Per raggruppamenti temporanei di imprese/consorzi ordinari che suddivideranno la produzione per fasi di lavorazione, la capacità produttiva giornaliera dovrà essere riferita, con la precisazione di cui sopra, alle parti di produzione che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppande/raggruppate/cosorziande/consorziate”*.

Grassi testualmente precisa che *“per ragioni (libere e insindacabili) legate alla propria attività d'impresa... intendeva, in caso di aggiudicazione, vendere merce (perfettamente rispondente ai requisiti previsti nel bando) confezionata in Tunisia e non in territorio comunitario, e ciò in forza del Trattato istitutivo della CE sia dell'Accordo Euromediterraneo stipulato tra UE e Tunisia in virtù dei*

quali la merce tunisina è equiparata ex lege a quella comunitaria”, con la conseguenza – a suo dire – che “la vendita della merce tunisina alle amministrazioni aggiudicatrici comunitarie, da parte di un’impresa comunitaria, non può, di per sé e in ragione della sola provenienza geografica, essere vietata in alcun modo nè limitata” (cfr. pag. 7 dell’atto di appello).

Grassi ha pertanto partecipato alla gara in questione con avvalimento, a’ sensi dell’art. 49 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e per quanto concerne la capacità tecnica di confezione del prodotto, dell’impresa tunisina V.I.T. - Vetements Industriels de Tunisie S.a.r.l., presentando la relativa documentazione.

In particolare, è stata resa la dichiarazione, secondo quanto prescritto dalla *lex specialis* della gara, che V.I.T. ha effettuato forniture in qualità di confezionista, negli ultimi tre anni, a favore della stessa Grassi, la quale ha poi venduto il materiale confezionato a vari soggetti pubblici e privati puntualmente specificati.

A fondamento di tale avvalimento, Grassi ha espressamente richiamato l’Accordo Euromediterraneo, istitutivo di un’Associazione tra la Tunisia le le Comunità Europee e i loro Stati membri, stipulato a Bruxelles il 17 luglio 1995 e reso esecutivo in Italia con L. 3 febbraio 1997 n. 35 e in forza del quale, a suo dire, sarebbe vigente un’ormai completa. liberalizzazione dello scambio di merci tra l’UE e la Tunisia.

In tal senso, Grassi rimarca pertanto che le forniture da essa ricevute da parte di V.I.P. sono state utilizzate per partecipare ad affidamenti di forniture pubbliche sia in Italia, con altre

amministrazioni aggiudicatrici, sia in altri Paesi dell'Unione Europea (ad es. in Francia a favore dell'UGAP, *Union des Groupements d'Achats Publics*, centrale d'acquisto sorta nella forma di Ente pubblico a carattere industriale e commerciale – EPIC per razionalizzare gli approvvigionamenti del settore pubblico francese).

Con nota prot. n. 3/3015 del 20 maggio 2010 (cfr. doc. 8 di parte appellante) la stazione appaltante ha chiesto chiarimenti a Grassi circa l'applicazione dell'anzidetto Accordo Euromediterraneo.

Con lettera del 24 maggio 2010 (cfr. *ibidem*, doc. 9) Grassi ha risposto chiarendo che la partecipazione alla gara tramite avvalimento della V.I.T. sarebbe *avvenuta "ai sensi e per gli effetti degli articoli 23 e 24 del Trattato UE e 9 e ss. dell'accordo Euromediterraneo e della conseguente legge di recepimento"*, precisando ulteriormente che *"trattandosi di un contratto di fornitura, e non di un appalto di lavori o servizi, non troverà invece applicazione l'art. 41 dell'Accordo*

Euromediterraneo" e che, *"vista la richiesta contenuta nel bando di gara che indica come essenziali le fasi di lavorazione della produzione del tessuto e della confezione, e la previsione di requisiti di partecipazione relativi all'esperienza sia come confezionista sia come tessitore, i concorrenti, per vendere merce tunisina - pratica legittima ai sensi della normativa sopra citata sulla libera circolazione delle merci tunisine nel territorio comunitario - sono costretti a partecipare attraverso l'avvalimento del confezionista, società di diritto tunisino e indicando i requisiti di capacità di quest'ultimo"*, posto che *"il bando, così come formulato, non rende possibile alle imprese comunitarie la fornitura in via autonoma di prodotti tunisini"*.

Con nota dd. 1 giugno 2010 la stazione appaltante ha peraltro comunicato a Grassi l'esclusione dalla gara per non aver soddisfatto il requisito soggettivo di partecipazione alla gara previsto al § III. 2.1. del bando di gara, in quanto *“i) gli operatori economici destinatari del bando sono i produttori dei manufatti, europei e quelli non europei in virtù di accordi internazionali, e non gli operatori economici che si occupano del commercio degli stessi; ii) l'Accordo Euromediterraneo richiamato dalla concorrente concerne la liberalizzazione degli appalti pubblici solo nell'art. 41, e lo stesso contiene una semplice dichiarazione di intenti formulata dai firmatari dell'accordo; iii) i riferimenti normativi contenuti nella lettera di chiarimenti della Alfredo Grassi, cioè gli artt. 23 e 24 del TCE nonché gli artt. 9 e ss. dell'Accordo Euromediterraneo, riguardano la libera circolazione delle merci (...) e non la liberalizzazione degli appalti pubblici”*.

In data 14 giugno 2010 Grassi ha comunicato alla stazione appaltante, con informativa redatta a' sensi dell'art. 243 bis del D.L.vo 163 del 2006, il proprio intendimento di proporre ricorso avverso il provvedimento di esclusione dalla gara e gli atti ad esso presupposti, indicandone succintamente le ragioni (cfr. *ibidem*, doc. 10).

1.2. Con ricorso proposto sub R.G. 5592 del 2010 innanzi al T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Grassi ha pertanto chiesto l'annullamento *in parte qua* dell'anzidetto bando di gara e del sopradescritto provvedimento di esclusione dal procedimento di scelta del contraente.

Con motivi aggiunti di ricorso Grassi ha pure impugnato la *medio*

tempore sopravvenuta nota Prot. n. 3/384 dd. 23 giugno 2010 con la quale il Ministero della Difesa ha espresso il proprio diniego di autotutela in esito alla predetta informativa di cui all'art. 243 bis del D.L.vo 163 del 2006.

Con successiva nota Prot. n. 3/5464 del 13 settembre 2010 (doc. 13) l'Amministrazione intimata ha quindi comunicato a Grassi l'aggiudicazione definitiva della gara in favore del raggruppamento temporaneo di imprese avente quale mandataria la C.m.d. S.r.l., allegando al riguardo il relativo decreto dirigenziale n.2/115/2010 dd. 10 settembre 2010 (cfr. *ibidem*, doc. 12).

1.3. Con sentenza n. 35311 dd. 3 dicembre 2010 la Sezione I del T.A.R. per il Lazio ha respinto il ricorso e i relativi motivi aggiunti, rilevandone *“la sostanziale infondatezza ... premesso: che il bando in questione si rivolge, con tutta evidenza, ai produttori di manufatti, e non ai commercianti degli stessi; che, per la loro natura, tali manufatti (destinati, lo si ripete alle nostre Forze Armate) non possono: a) esser prodotti da soggetti privi delle licenza (di polizia) di cui all'art.28 T.U.LL.P.S.; b) non esser assoggettati (in forza dell'applicazione di tale disposizione normativa) a controlli continui, e particolarmente penetranti, da parte della Stazione appaltante. Detto questo, si osserva: che, se è vero che i cennati produttori – qualora vi siano, in materia, specifici Accordi internazionali – possono essere anche extraeuropei, è altrettanto vero che il riferimento – operato dall'interessato (che intende avvalersi, per quel che riguarda il confezionamento del prodotto, di un'impresa tunisina) - all'“Accordo Euromediterraneo” è assolutamente incongruo; che, lungi dal poter esser considerato come una vera e propria fonte normativa, quest'Accordo contiene*

– “in parte qua” –una semplice “dichiarazione di intenti”; che, all’affermazione– fatta dai suoi firmatari – di voler raggiungere l’obiettivo (senz’altro auspicabile) della liberalizzazione degli appalti pubblici, non è – infatti – seguito alcun atto attuativo; che, da parte loro, gli artt. 23 e 24 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea – al pari degli artt. 9 ss. del cennato “Accordo” – riguardano esclusivamente la libera circolazione delle merci: cosa ben diversa (lo si converrà) dalla liberalizzazione, appunto, degli appalti pubblici. Si rileva, altresì (ad ulteriore, e definitiva, confutazione delle asserzioni attoree): che la Tunisia (il dato è incontrovertibile) non rientra tra gli Stati firmatari dell’Accordo sugli appalti pubblici, di cui all’art.47 del D.L.vo 163 del 2006: che richiama (a sua volta) l’allegato 4 al Trattato Istitutivo del W.T.O. (per un’applicazione del principio, sia pure con riferimento ad un altro Stato extraeuropeo, cfr. TAR Lazio, I bis, n.5896 del 2 luglio 2007); che essa (Tunisia) non risulta neppure aver siglato, con l’UE o con l’Italia, degli accordi bilaterali: atti a consentire alle imprese tunisine, da un lato, e a quelle italiane, dall’altro, di partecipare alle rispettive gare pubbliche a condizione di reciprocità; che (infine) le tesi volte a dimostrare l’illegittimità delle disposizioni del bando che consentono la partecipazione all’appalto “de quo” solo alle ditte che siano (ad un tempo) produttrici dei tessuti e confezioniste dei manufatti non poggiano su di alcun fondamento positivo; ed hanno, pertanto, la consistenza di mere “petizioni di principio”. Null’altro reputa di dover evidenziare, il Collegio, a comprova della riscontrata infondatezza della proposta impugnativa”.

Il giudice di primo grado ha inoltre condannato Grassi al pagamento delle spese del giudizio, liquidate in complessivi € 6.000, 00, dei quali € 3.000,00 a favore del Ministero della Difesa e 3.000,00 a favore della

controinteressata C.m.d. S.r.l.

2.1.1. Con l'appello in epigrafe Grassi chiede pertanto la riforma di tale sentenza, preliminarmente affermando che *“né la (sua) partecipazione alla gara mediante avvalimento della produttrice impresa tunisina, né la successiva impugnativa della lex specialis sono state effettuate e proposte con l'intento di riuscire a far partecipare alla gara l'impresa tunisina suddetta, ma, al contrario, al seguente duplice scopo: a) di radicare l'interesse all'impugnazione, presentando apposita domanda di partecipazione e regolare offerta vantaggiosa; b) di poter fare annullare la procedura (posto che l'accoglimento della impugnativa in parte qua era, ed è, effettivamente idonea a far travolgere l'intera procedura; c) di poter partecipare ad una nuova gara in qualità di mera fornitrice, potendo liberamente vendere, in caso di aggiudicazione, merce comunitaria o “in libera pratica” ad essa equiparata, senza necessità di presentare offerta insieme Alla ditta produttrice”* (cfr. pag. 7 e ss. dell'atto di appello).

Ciò posto, Grassi contesta in primo luogo l'assunto del giudice di primo grado secondo cui essa avrebbe innanzi ad esso dedotto l'illegittimità della circostanza per cui sarebbe stato nella specie consentito il ricorso all'avvalimento, per quel che attiene ai requisiti di capacità tecnica, esclusivamente tra imprese operanti in ambito UE o in ragione di accordi internazionali.

Grassi –per contro – ribadisce ancora una volta di aver partecipato alla gara con l'impresa ausiliaria tunisina, ma al solo fine di radicare l'interesse alla impugnazione mediante una vera partecipazione alla gara, e nel contempo di dimostrare la illegittimità conseguente al

divieto di presentare in offerta la merce confezionata in Tunisia a meno di partecipare alla gara insieme all'impresa tunisina confezionista (cfr. *ibidem*, pag. 17).

Pertanto, ad avviso di Grassi, la sentenza del T.A.R. avrebbe travisato lo stesso senso del ricorso da essa ivi presentato, prima ancora di aver erroneamente considerato la disciplina di fonte comunitaria e statale rilevante per il caso di specie.

A tale ultimo riguardo, Grassi rileva che l'assunto del T.A.R. secondo cui il produttore di manufatti come quelli oggetto di gara deve essere necessariamente in possesso della licenza di cui

all'art. 28 del T.U. approvato con RD. 18 giugno 1931 n. 773, è valido solo con riferimento alle imprese italiane, ma non certo estendibile alle imprese appartenenti agli altri Paesi dell'Unione Europea o ad essi equiparati, posto che tali operatori, sulla base del ben noto principio del mutuo riconoscimento, potranno produrre i manufatti grazie all'abilitazione prevista dalle leggi del proprio Paese (come nel caso della Francia), e ove non prevista, anche senza abilitazione (come nel caso di Israele, aderente al GPA –*General Procurement Agreement*, Accordo negoziato nell'ambito del WTO –*World Trade Organization*, sugli appalti pubblici del 1981 e che disciplina le condizioni di accesso al mercato internazionale delle commesse pubbliche).

A tali imprese – denota sempre Grassi - non potrà quindi per certo essere preclusa la partecipazione alle gare pubbliche italiane, per il solo fatto di non essere in possesso della licenza predetta, se non a pena di una macroscopica violazione sia della disciplina europea in

materia di libera circolazione delle merci, sia della normativa comunitaria in materia di appalti: senza sottacere che l'affermazione del T.A.R. sul punto risulterebbe, oltre a tutto, smentita anche dal bando, il quale espressamente precisava che la licenza in questione era prescritta unicamente per i soggetti italiani confezionisti (cfr. *ivi*, § III.2.1. lett.e), e non per i soggetti esteri.

Grassi, inoltre, afferma di non comprendere l'enfasi data dal giudice di primo grado alla circostanza che il vestiario oggetto di gara fosse destinato alle Forze Armate italiane, stante l'irrilevanza di ciò in considerazione del fatto che la merce offerta rispondeva perfettamente ai requisiti tecnici previsti nel bando di gara e posto che nel caso in cui ci fosse una ragione di particolare tutela nel senso paventato dal T.A.R., l'art. 17 del D.L.vo 163 del 2006 prevede che il contratto venga

affidato senza far ricorso ad una gara o, comunque, all'evidenza pubblica: circostanza, questa, non ricorrente nel caso di specie.

Né sarebbe chiaro, ad avviso di Grassi, a cosa rilevi l'esigenza, rimarcata dal T.A.R., di effettuare *“controlli continui, e particolarmente penetranti, da parte della stazione appaltante”* sulla produzione, e se ciò abbia un nesso con la impossibilità di produrre (*rectius* confezionare) la merce in Tunisia o da qualunque altra parte all'estero, posto che tale penetrante controllo risulterebbe intuitivamente difficile in Tunisia come in Polonia, in Danimarca come negli Stati Uniti d'America o in Giappone e che, pertanto, la circostanza di un controllo non facile sulla produzione non potrebbe condurre al

divieto della partecipazione alla gara delle imprese appartenenti agli Stati testè citati, restando anch'essa giuridicamente irrilevante.

Grassi, sempre a tale riguardo, rimarca che la necessità di controlli sulla produzione non si risolve obbligando il produttore - confezionista a partecipare alla gara, ma prevedendo in sede contrattuale, particolari obblighi relativi al controllo sul prodotto in capo al fornitore.

Grassi rileva pure che il T.A.R. ha affermato che la Tunisia non ha aderito al G.P.A.(circostanza, questa, che la medesima Grassi definisce incontestata) e che non ha stipulato altro accordo internazionale in materia di appalti pubblici; sempre lo stesso T.A.R. ha affermato che l'art. 41 dell'Accordo Euromediterraneo contiene una semplice dichiarazione di intenti (altra circostanza che Grassi afferma incontestata), traendone la conclusione secondo la quale le imprese tunisine non potrebbero partecipare alle gare pubbliche indette negli Stati UE, e che gli artt. 23 e 24 del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, al pari dell'art. 9 e ss. dell'Accordo Euromediterraneo medesimo, riguardano esclusivamente la libera circolazione delle merci, ossia cosa ben diversa (lo dalla liberalizzazione degli appalti pubblici).

Peraltro, ad avviso di Grassi, in tal modo il giudice in primo grado non avrebbe compiutamente valutato la enorme portata della libertà fondamentale relativa alla circolazione delle merci, che fonda il trattato istitutivo della Comunità Europea e che, negli appalti pubblici, ha condotto all'adozione della direttiva comunitaria nella

parte in cui quest'ultima é volta a disciplinare le pubbliche forniture, né avrebbe inteso analizzare adeguatamente la rilevante differenza, sul piano della prestazione contrattuale, tra appalti di lavori e di servizi da un lato, e forniture di merci dall'altro.

Grassi espone, quindi, avuto riguardo alla disciplina contenuta nel D.L.vo 163 del 2006, la differenza concettuale tra gli appalti pubblici di servizi o di lavori e gli appalti pubblici di forniture, evidenziando che in relazione a ciò nella specie il contratto reso oggetto di gara è di fornitura, e non già un appalto di lavori o servizi, con conseguente inapplicabilità dell'art. 41 dell'Accordo

Euromediterraneo.

Grassi afferma, quindi, che se è ben vero che il bando, così come formulato, non rende possibile alle imprese comunitarie la fornitura in via autonoma di prodotti tunisini, nondimeno, e proprio in considerazione dell'essenzialità delle fasi di lavorazione della produzione del tessuto e della confezione, nonché della previsione di requisiti di partecipazione relativi all'esperienza sia come confezionista sia come tessitore - parimenti contemplate dal bando medesimo - i concorrenti, per vendere merce tunisina - pratica legittima ai sensi della normativa sopra citata sulla libera circolazione delle merci tunisine nel territorio comunitario - non possono che partecipare attraverso l'avvalimento del confezionista, ossia di una società di diritto tunisino indicandone i requisiti di capacità.

Grassi deduce inoltre l'avvenuta violazione dell'art. 25 della direttiva 2004/18/CE e

del principio di affidamento ad un *general contractor*, posto che il bando di gara per l'appunto non consentirebbe, per tutto quanto detto sopra, sia il libero esercizio del subappalto di cui all'art. 25 testè citato, sia la possibilità, in altri termini, di partecipare alle gare in qualità di *general contractor*.

Grassi in tal senso rimarca che a' sensi della direttiva appalti, e secondo la giurisprudenza comunitaria risalente, non avrebbe ragione di esistere alcuna equivalenza tra esecutore materiale

del contratto e contraente, posto che nulla vieterebbe l'esercizio, da parte di un soggetto, del diritto di candidarsi quale contraente di un contratto pubblico, coordinandosi con altre imprese al fine di garantire l'obbligazione finale e assumendosi la responsabilità della correttezza dell'esecuzione.

Tale risulterebbe infatti – nella sostanza – il contenuto dell'istituto comunitario del *general contractor*, il quale, oltre a costituire il nucleo centrale dell'ulteriore istituto comunitario dell'avvalimento, assume *ex se* le basi dalla piena e incondizionata libertà di subappalto (inteso quale subaffidamento del contratto): libertà che non potrebbe incontrare alcun limite quantitativo, come del resto ammesso anche dalla Commissione Europea laddove - per l'appunto - essa reputa che il subappalto non potrebbe essere di per sé vietato dalla stazione appaltante.

Nelle forniture – ribadisce sempre Grassi - ciò significherebbe che la merce può essere prodotta da altri soggetti, acquisita dal fornitore e venduta alla P.A., per così dire, "*chiavi in mano*", essendo comunque

onere del fornitore medesimo garantire la qualità del prodotto e la corretta esecuzione del contratto, pena l'inadempimento dello stesso e la risoluzione; viceversa, nel caso di specie la disciplina di gara pretende comunque che il fornitore sia necessariamente anche il produttore del bene, e ciò anche se nessuna norma imperativa vieta che il fornitore svolga il diverso ruolo di acquirente delle merce sul mercato e di rivenditore della stessa al soggetto pubblico utilizzatore della merce stessa.

Secondo Grassi, inoltre, neppure risulterebbe conforme al principio di proporzionalità, nell'ambito di una gara per l'acquisto (compravendita) di beni, porre requisiti di selezione che non attengono alla capacità specifica di fornitura (quali, ad esempio, le pregresse forniture) ma alla capacità produttiva del bene.

Grassi a tale proposito richiama il caso di forniture di *software* per ufficio (ad esempio, il noto "*Office Package*"), che vengono realizzati normalmente da grandi gruppi internazionali se per la partecipazione alle gare di fornitura di tali beni si richiedesse anche il possesso della capacità produttiva, la gara sarebbe illegittimamente e immotivatamente ristretta a pochissimi concorrenti produttori, con l'esclusione di tutti i rivenditori che acquistano il bene dal produttore e la rivendono sul mercato (cfr., segnatamente su tale punto, Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5201); e, per l'appunto, nel caso di specie la stazione appaltante, obliterando il principio per cui deve essere ammesso a presentare un offerta o a candidarsi qualsiasi soggetto o ente che, considerati i requisiti indicati in un bando di gara,

si reputi idoneo a garantire l'esecuzione di detto appalto, in modo diretto oppure facendo ricorso al subappalto” (cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 23 dicembre 2009, in causa C-305/08, punti 41 e 42), illegittimamente restringerebbe il mercato mediante l'esclusione dalla partecipazione alla gara dei meri rivenditori di merce che non siano anche confezionisti.

2.1.2. Grassi comunque reputa che i profili sottoposti all'attenzione di questo giudice non potrebbero prescindere dalla corretta interpretazione del diritto comunitario (ora diritto dell'Unione Europea) rilevante ai fini del decidere, ossia del Trattato istitutivo della Comunità Europea, dell'Accordo Euromediterraneo stipulato tra la Comunità Europea medesima e Tunisia e la direttiva CE 2004/18.

Grassi precisa che la norma nazionale di per sé non contrasterebbe con il diritto dell'Unione Europea, ma ritiene che la corretta interpretazione delle anzidette discipline di fonte comunitaria non legittimi l'adozione di una *lex specialis* difforme ad esse e che peraltro ricalca la diffusa prassi

di numerose stazioni appaltanti italiane radicalmente diversa da quella vigente, ad esempio, in Francia e in Spagna.

Ciò conforta Grassi a chiedere a questo giudice di sospendere la propria decisione domandando l'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia di Lussemburgo, a'sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento della Comunità Europea. Mediante

formulazione al giudice comunitario dei seguenti quesiti:

1) Se l'art. 1.2, lett. c), della direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici

di lavori, di forniture e di servizi, pubblicata in *G.U.C.E.* L 134 del 30 aprile 2004 pg. 114 ss (in seguito la direttiva 2004/18/CE), debba essere interpretata nel senso che, nell'ambito di una procedura di appalto di forniture, l'oggetto della procedura deve essere la sola fornitura di beni

(e/o, in alcuni casi la fornitura con accessoria posa in opera) all'amministrazione aggiudicatrice, sulla base di un capitolato d'onere redatto dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

2) Se l'art. 1.8 della Direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che il termine "*fornitore*" identifica unicamente il concorrente ad una gara di appalto indetta dall'Amministrazione aggiudicatrice per la fornitura di beni, indipendentemente dal fatto che tale concorrente abbia in tutto o in parte fabbricato i beni oggetto dell'offerta da lui presentata.

3) In caso di risposta affermativa al quesito n.2, se l'art. 48.2 della direttiva 2004/18/CE, relativo ai requisiti di capacità tecnica e professionali degli operatori economici, ivi compresi quelli del fornitore del bene, debba essere interpretato nel senso che, nell'ambito di un appalto di forniture, l'Amministrazione aggiudicatrice non possa richiedere ad un fornitore, a pena di

esclusione dalla gara, il possesso di requisiti che dovrebbero essere posseduti unicamente dall'impresa che

ha fabbricato (in tutto o in parte) i beni oggetto dell'offerta.

4) Se l'art. 48.2 della direttiva 2004/18/CE, che indica i requisiti di capacità tecnica e professionali degli operatori economici, ivi compresi quelli relativi al "*fornitore del bene*", debba essere

interpretato nel senso che esso osta alla pubblicazione di un bando di gara, da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, che imponga al fornitore, a pena di esclusione dalla gara, di possedere esso stesso, e/o di indicare tra i requisiti di capacità tecnica da soddisfare, anche la capacità (giornaliera) di produzione riguardante l'impresa che ha fabbricato, in tutto o in parte, i beni oggetto dell'offerta.

5) Se l'art. 9 dell'Accordo Euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina dall'altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione del 26 gennaio 1998 relativa alla conclusione dell'Accordo Euromediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità Europee e i loro Stati membri, da un lato, e la Repubblica tunisina dall'altro pubblicata in *G.U.C.E.* L n. 97 del 30 marzo 1998 che prevede che i prodotti originari della Tunisia sono ammessi all'importazione in esenzione da dazi doganali e tasse di effetto equivalente e senza restrizioni quantitative o misure d'effetto equivalente, costituisca una norma comunitaria direttamente applicabile e direttamente efficace all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea.

6) Se, in caso di risposta affermativa al quesito V, l'art. 9 dell'Accordo Euromediterraneo in combinato disposto con l'art. 34 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (già art. 28 del Trattato istitutivo delle Comunità Europee) debba essere interpretato nel senso che, nell'ambito di una gara d'appalto di forniture, il concorrente che presenta all'Amministrazione aggiudicatrice in offerta un bene del tutto conforme al capitolato di oneri non possa essere escluso dalla procedura di aggiudicazione di appalto di forniture per il solo motivo che i beni offerti sono realizzati nella Repubblica tunisina utilizzando tessuto comunitario.

7) Se l'art. 25 della direttiva 2004/18/CE debba essere interpretato nel senso che un'Amministrazione aggiudicatrice di uno Stato membro non può, nell'ambito di un appalto di forniture di beni, escludere un'impresa comunitaria che partecipa alla gara, in qualità di fornitore di beni conformi al capitolato d'oneri, per il solo fatto che tali beni, acquistati sul mercato comunitario, vengono prodotti in un Paese, nel caso di specie la Tunisia, con il quale l'Unione Europea (allora Comunità Europea) ha concluso un Accordo Euromediterraneo.

2.2. Si è costituito anche nel presente grado di giudizio il Ministero della Difesa, concludendo per la reiezione dell'appello.

2.3. Non si è, viceversa, costituita nel presente grado di giudizio la C.m.d. S.r.l.

3. Alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello va respinto.

4.2. Al di là di ogni questione inerente l'applicazione dell'art. 28 del T.U. approvato con RD. 18 giugno 1931 n. 773 alle imprese straniere partecipanti alla gara in questione ovvero rese oggetto di avvalimento da parte delle concorrenti, e anche al di là dell'ulteriore questione apparentemente sollevata dal giudice di primo grado circa la rispondenza dell'offerta di Grassi ai requisiti tecnici previsti dalla *lex specialis* della gara stessa, la questione di fondo e del tutto dirimente per l'esito del presente giudizio si incentra sulla possibilità - o meno - per le imprese partecipanti alla gara di avvalersi, a' sensi dell'art. 49 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e successive modifiche, di un'impresa extracomunitaria non appartenente ad alcuno dei Paesi di cui all'art. 47, comma 1, del medesimo D.L.vo 163 del 2006 come modificato modificata dall'art. 1, comma 1, lettera l), numero 1, del D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152.

Come è ben noto, tale ultima disposizione afferma che agli operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea, nonché a quelle stabilite nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'Accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio (*World Trade Organization - W.T.O.*), o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia che consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità, la qualificazione è consentita alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane.

Ciò posto, dalla ben chiara formulazione della disposizione deve dunque escludersi che un'impresa comunitaria possa avvalersi dei requisiti tecnico-operativi messi a disposizione da parte di un'impresa extracomunitaria non appartenente ad alcuno dei Paesi di cui al comma 1 dell'art. 47 del D.L.vo 163 del 2006, ovvero che non abbiano stipulato particolari accordi di reciprocità con l'Unione Europea o con l'Italia.

Tale divieto, inoltre, deve ritenersi esteso non soltanto alle ipotesi di partecipazione diretta dell'impresa extracomunitaria ma anche nelle ipotesi di partecipazione indiretta che possono, per l'appunto, realizzarsi proprio con il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 e successive modifiche.

Il divieto di cui trattasi è infatti deputato ad assicurare la parità sostanziale di trattamento tra i concorrenti nei procedimenti ad evidenza pubblica, in modo da evitare l'ingresso nei procedimenti medesimi di imprese i cui costi di gestione ambientale, operativi e tecnici sono o possono essere imparagonabili a quelli delle imprese comunitarie; e va soprattutto in tal senso rimarcato che nel contesto dell'istituto dell'avvalimento l'impresa ausiliaria non è semplicemente un soggetto terzo rispetto al contratto d'appalto, dovendosi essa impegnare, non soltanto verso l'impresa ausiliata che concorre per l'aggiudicazione, ma anche verso l'amministrazione aggiudicatrice, a mettere a disposizione dell'ausiliata medesima le risorse di cui questa sia carente, posto che l'ausiliaria è tenuta a riprodurre il contenuto del contratto di avvalimento in una dichiarazione resa nei confronti della

stazione appaltante.

Detto altrimenti, e anche in conseguenza di quanto disposto dall'art. 47, § 2 e dell'art. 48, § 3, della direttiva 18/2004/CE, l'impresa ausiliaria diviene con ciò titolare passivo di un'obbligazione accessoria dipendente rispetto a quella principale assunta dall'impresa partecipante alla gara e che si perfeziona mediante l'aggiudicazione e la stipula a favore dell'impresa ausiliata, di cui segue le sorti, con la conseguenza che l'impresa ausiliaria medesima risponderà a titolo di responsabilità contrattuale dell'inadempimento delle promesse fatte all'amministrazione.

Non a caso, quindi, l'art. 49, comma 1, lett. b) del D.L.vo 163 del 2006 impone all'impresa ausiliaria di allegare una dichiarazione sottoscritta attestante il proprio possesso dei *“requisiti generali di cui all'art.38”* dello stesso D.L.vo.

Essendo assodato – anche per la stessa ammissione dell'appellante - che la Tunisia non risulta aver sottoscritto lo specifico ed ulteriore Accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'Accordo che istituisce la W.T.O., deve dunque acclararsi se la possibilità per un'impresa comunitaria di avvalersi di un'impresa tunisina quale ausiliaria a' sensi dell'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 discende nella specie dall'Accordo Euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica tunisina dall'altra, approvato con decisione del Consiglio e della Commissione del 26 gennaio 1998 pubblicata in *G.U.C.E.* L n. 97 del 30 marzo 1998.

Il responso non può che essere negativo.

Il partenariato euromediterraneo tra l'Unione Europea e i paesi del Mediterraneo del sud è stato avviato dal c.d. "*processo di Barcellona*", conferenza ivi riunita il 27 e 28 novembre 1995 e conclusasi con l'elaborazione della strategia comune europea per la regione mediterranea.

Tale partenariato politico, economico e sociale si basa sui principi di reciprocità, solidarietà e co-sviluppo.

In tale contesto sono stati quindi conclusi alcuni accordi bilaterali di associazione fra l'Unione Europea, gli Stati membri e i paesi *partner* del Mediterraneo (Libano, Algeria, Egitto, Giordania, Israele, Marocco, Tunisia, rispettivamente pubblicati in *G.U.C.E.* L 143 del 30 maggio 2006, L 265 del 10 ottobre 2005, L 304 del 30 settembre 2004, L 129 del 15 maggio 2002, L 147 del 21 giugno 2000, L 138 del 9 giugno 2000 e L 97 del 30 marzo 1998), sostitutivi di altri precedenti accordi di cooperazione conclusi negli anni Settanta.

Il rispetto dei principi democratici e dei diritti fondamentali costituisce un elemento essenziale degli accordi di associazione.

Al di là del carattere bilaterale e delle peculiarità specifiche di ciascuno Stato *partner*, gli accordi di associazione rispettano uno schema analogo e si prefiggono di promuovere un dialogo periodico in materia politica e di sicurezza, al fine di favorire la reciproca comprensione, la cooperazione e le iniziative comuni; la cooperazione economica, commerciale e finanziaria, finalizzata soprattutto alla progressiva liberalizzazione degli scambi, allo sviluppo sostenibile

della regione e agli investimenti;

la cooperazione sociale, culturale e in materia di istruzione, in particolar modo attraverso il dialogo interculturale, il controllo delle migrazioni, lo sviluppo delle qualifiche, la promozione del diritto del lavoro o della parità fra donne e uomini.

Gli accordi promuovono inoltre l'incremento della cooperazione intraregionale dei Paesi *partner* del Mediterraneo, quale fattore di pace e stabilità, nonché di sviluppo economico e sociale e prevedono la progressiva istituzione di una zona di libero scambio nel Mediterraneo, nel rispetto delle norme della W.T.O., da attuarsi dopo un periodo di transizione della durata di 12 anni successivi all'entrata in vigore degli accordi medesimi attraverso la progressiva eliminazione dei dazi doganali e l'introduzione del divieto delle restrizioni quantitative all'esportazione e all'importazione, nonché di altre misure di effetto equivalente o discriminatorie tra le parti, soprattutto per quanto attiene all'importazione di prodotti industriali, agli scambi di prodotti agricoli, trasformati e non, e ai prodotti della pesca.

Per quanto segnatamente riguarda il diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, in ciascuno degli accordi anzidetti le parti ribadiscono il rispettivo impegno in virtù dell'Accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) (EN) (ES) (FR), impegnandosi a raggiungere la completa liberalizzazione del settore dei capitali non appena sussisteranno le condizioni di base e a progressivamente mettere in atto un meccanismo di composizione delle controversie

commerciali.

Nel quadro di ciascun accordo di associazione sono costituite strutture istituzionali, ossia un consiglio di associazione che adotta decisioni e formula raccomandazioni per perseguire gli obiettivi stabiliti e un comitato di associazione che garantisce la gestione dell'accordo medesimo e la composizione delle controversie relative alla sua applicazione.

Ciò posto, con l'art. 9 dell'Accordo relativo alla Tunisia si dispone che *“i prodotti originari della Tunisia sono ammessi all'importazione nella Comunità in esenzione da dazi doganali e dalle tasse d'effetto equivalente e senza restrizioni quantitative o misure d'effetto equivalente”*, ed è indubbio che tale disciplina liberalizzatrice è di immediata applicazione; la stessa, peraltro, non rileva per la materia degli *“appalti pubblici”*, per la quale all'art. 41 dello stesso Accordo testualmente si dispone, al § 1, che *“le parti si prefiggono l'obiettivo della reciproca e progressiva liberalizzazione degli appalti pubblici”* e al § 2 che *“il Consiglio di associazione adotta le misure necessarie per l'attuazione delle disposizioni di cui al paragrafo 1”*.

Se così è, risulta altrettanto assodato che l'Accordo reca una disciplina meramente programmatica per l'equiparazione delle imprese tunisine a quelle comunitarie agli effetti della loro partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nei Paesi dell'Unione Europea, e che cesserà di essere tale solo allorquando il Consiglio di associazione adotterà le misure deputate a tale scopo: misure di cui, a tutt'oggi, non consta l'esistenza.

Va soggiunto che, a differenza di quanto sostenuto dall'appellante,

non possono essere sottratti a tale disciplina programmatica gli appalti di forniture, stante il fatto che a' sensi dell'art. 1, § 2, punto a), della direttiva 2004/18/CE la nozione definitoria di "*appalti pubblici*" attiene ai "*contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto*" non soltanto "*l'esecuzione di lavori*" o "*la prestazione di servizi*", ma anche – ed espressamente – "*la fornitura di prodotti*".

Né sussistono nella specie i presupposti per sottoporre a' sensi dell'art. 234 del Trattato CE alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni di interpretazione di cui agli anzidetti nn. 5, 6 e 7 di cui al § 2.1.2. della presente sentenza e proposte dall'appellante (le sole, tra l'altro, che rilevano ai fini della decisione della presente causa in quanto attinenti al problema di fondo della stessa), posto che i giudici di ultima istanza non sono tenuti a ciò se la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato , Sez. VI, 24 marzo 2011 n. 1810).

4.3. Le spese e gli onorari del giudizio seguono la regola della soccombenza di lite, e sono pertanto posti a carico dell'appellante.

Va, altresì, dichiarata l'irripetibilità del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese e degli onorari del giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 5.000,00.- (duemila/00), oltre ad I.V.A.. e C.P.A.

Dichiara irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 e successive modifiche.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Guido Romano, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/02/2012

IL SEGRETARIO

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