



REPUBBLICA ITALIANA
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 4076 del 2012, proposto da:

Alfredo Grassi S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti Davide Moscuza, Filippo Martinez, Ulisse Corea, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

contro

Ministero della Difesa - Direzione Generale di Commissariato e di Servizi Generali, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Cmd S.r.l. Quale Mandataria R.T.I. e in Proprio, Rti - Cmd di Gentili Marco S.a.s., Rti - Cmd 2002 S.r.l., Rti - Mectes S.p.A. in Liquidazione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. IV n. 00969/2012, resa tra le parti, concernente gara per la fornitura di materiale vario di vestiario-equipaggiamento - (ris. danni)

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 maggio 2013 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Moscuza e l'Avvocato dello Stato Marchini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame la società appellante Grassi S.p.A. chiede la revocazione, ai sensi dell'art. 395 n. 4, della sentenza di questa Sezione n. 969 del 23 febbraio 2012 con cui è stato respinto il suo appello avverso la sentenza del Tar del Lazio che aveva ritenuto legittima la sua esclusione dal lotto n. 11, "indumenti speciali", concernente la

fornitura di n. 800 combinazioni da volo (tuta e giubbotto verde salvia) e di n. 800 completi antifiamma per addetti al servizio antincendio, per un importo presunto di € 468.000,00.

La Direzione Generale di Commissariato e Servizi Generali del Ministero della Difesa aveva escluso l'impresa odierna ricorrente perché non aveva soddisfatto il requisito soggettivo di partecipazione alla gara previsto al § III. 2.1. del bando di gara, per cui “*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;*”.

Il ricorso sotto il profilo rescindente è affidato alla denuncia dell'omessa pronuncia su un profilo della controversia che non sarebbe stato correttamente percepito; mentre sotto il profilo rescissorio è affidato alla reitera delle censure sostanziali e nella riproposizione, in via subordinata, della richiesta – già disattesa- di interpretazione pregiudiziale da parte della Corte di Giustizia della Unione Europea della questione relativa all'articolo 1, secondo comma della direttiva 2004/18 relativo ai rapporti tra produttore e venditore del bene oggetto dell'appalto di fornitura.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa che, con un'analitica memoria, ha eccepito in linea preliminare la tardività del ricorso e, nel merito, ha confutato le tesi della ricorrente concludendo sotto il profilo rescindente per l'inammissibilità della revocazione e comunque per la sua infondatezza sotto il profilo rescissorio.

Con memoria per la discussione la società ha specificato la sua richiesta di risarcimento - riservandosi eventualmente un ulteriore giudizio ai sensi dell'articolo 30, quinto comma del c.p.a. – con la condanna al pagamento di un risarcimento del danno per equivalente in misura corrispondente all'utile per il 10% dell'importo di aggiudicazione; nonché del danno per perdita di “chance” e del “danno curriculare” nell'ulteriore percentuale del 3% del prezzo base d'asta. In subordine chiede la liquidazione del danno in via equitativa secondo criteri di prudente apprezzamento.

Chiamata all'udienza pubblica, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

1. Nell'ordine logico delle questioni deve essere esaminata l'eccezione preliminare, introdotta dalla Difesa Erariale, di tardività del ricorso per superamento del termine decadenziale di cui all'articolo 92, terzo comma c.p.a., come dimezzato dall'articolo 119, II, e III co. del c.p.a..

L'appello è stato passato per la notifica a mezzo posta il 23 maggio 2012.

La sentenza era stata depositata il 23 febbraio, per cui al momento della notifica ex art. 149 III comma c.p.c. il termine decadenziale di tre mesi (art. 92, III comma c.p.a. e art. 155, II comma c.p.c.) non era ancora scaduto.

2. Tuttavia, per quanto riguarda la fase rescindente del presente giudizio, il Collegio rileva l'insussistenza nel caso di specie di un errore revocatorio.

La società Grassi S.p.A., - dopo aver diffusamente riepilogato le vicende procedimentali processuali e rammentato al Collegio i presupposti processuali della revocazione nell'ambito del processo amministrativo - assume, in sintesi, che la sentenza sarebbe viziata per omessa pronuncia su una specifica questione di diritto posta dalla ricorrente e per aver fondato il rigetto del suo ricorso d'appello su una questione diversa rispetto a quella prospettata.

L'omessa pronuncia sulla censura sarebbe qui riconducibile all'errore di fatto idoneo a fondare il giudizio revocatorio ai sensi dell'articolo 395 n. 4 in quanto, nel caso, il Collegio che aveva giudicato non avrebbe esattamente percepito l'esistenza del contenuto di atti processuali.

Per la ricorrente la decisione aveva, in realtà, puntualmente enunciato i fatti di causa, dando esattamente conto delle clausole della *lex specialis* e correttamente evidenziato le deduzioni esposte dall'appellante, dal che si evince come i giudici fossero consapevoli che l'appellante aveva denunciato l'illegittimità delle clausole escludenti le quali - in una gara di pubblica fornitura di vestiario - limitavano alla partecipazione ai “confezionisti” (cioè ai soli

produttori), impedendo in tal modo il fornitore che non fosse anche produttore dall'autonoma partecipazione.

La sentenza, quindi, aveva correttamente rilevato che la Grassi S.p.A. aveva impugnato la *lex specialis in parte qua* censurando, non la circostanza che l'impresa tunisina non potesse partecipare alle gare pubbliche (il relativo divieto sarebbe ben noto all'appellante), bensì la illegittimità di una clausola che obbligava il fornitore comunitario a dimostrare la capacità produttiva di una merce già come requisito di partecipazione, e quindi con ciò sostanzialmente vietandogli di comprare merci prodotte in Tunisia per poi farne oggetto di forniture pubbliche in Italia.

La predetta tematica posta all'attenzione del Collegio sarebbe poi stata assolutamente rimossa nella parte "in diritto" laddove la sentenza avrebbe affermato che *"la questione di fondo, del tutto dirimente per legge del presente giudizio, si incentra sulla possibilità - o meno - per le imprese partecipanti alla gara di avvalersi, ai sensi dell'articolo 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 numero 163 successive modifiche, di un'impresa extracomunitaria non appartenente ad alcuno dei paesi di cui all'articolo 47, comma primo del medesimo d.lgs. numero 163/2006"*.

In sostanza il giudice avrebbe preso a base della sua decisione un falso presupposto rigettando l'appello su una questione che non sarebbe mai stata posta dall'appellante ossia quella della possibilità di un'impresa tunisina di partecipare alla procedura di gara. La sentenza avrebbe travisato totalmente il senso dell'impugnazione sostenendo che la Grassi S.p.A. avrebbe dovuto essere esclusa per aver partecipato alla gara avvalendosi di altre imprese. Ciò avrebbe creato una situazione paradossale per cui la partecipazione alla gara di essa Grassi con l'impresa tunisina sarebbe stato erroneamente adottato come motivo per il rigetto dell'appello.

L'errata percezione delle effettive domande della Grassi S.p.A. la quale aveva interesse processuale di far accertare l'illegittimità della clausola escludente dal bando e non avrebbe mai inteso mettere in discussione il divieto di partecipazione ad un'impresa tunisina come concorrente singolo o in raggruppamento temporaneo o mediante avvalimento.

Per la ricorrente la mancata di pronuncia sulla parte del bando relativa alla legittimità della clausola che imponeva la qualificazione dei partecipanti, avrebbe costituito una svista ed un abbaglio dei sensi riguardante gli atti processuali che ha costituito l'elemento decisivo della sentenza da revocare.

L'assunto è destituito di fondamento.

2.1. Proprio la chiarezza e la diffusione nella esposizione delle tesi della ricorrente contenute nella sentenza di cui si chiede la revocazione fanno escludere che vi sia stata un'erronea percezione delle tesi della Grassi S.p.A.. In tale direzione appare del tutto esatta la ricognizione della sentenza che, riportando le stesse parole della Grassi, ricordava 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).

E' così evidente che l'interesse sostanziale della ricorrente perseguito con il ricorso originario non era diretto affatto a conseguire la pregiudiziale declaratoria dell'illegittimità di una clausola escludente del bando. Se così fosse stato la Grassi S.p.A. avrebbe dovuto impugnarlo tempestivamente in qualità di impresa commerciale.

Al riguardo ha ragione la Difesa Erariale quando ricorda che la Grassi S.p.A. essendo notoriamente un'impresa sia tessitrice che produttrice, non avrebbe potuto far valere una tal pretesa all'illegittimità della clausola per carenza di una delle condizioni dell'azione, quale nella specie una posizione giuridica sostanziale della Grassi S.p.A. a tale

riguardo.

Dato che l'interesse dichiaratamente e realmente perseguito dalla ricorrente era l'annullamento dell'esclusione della sua offerta presentata avvalendosi di un'impresa tunisina, invocando espressamente l'Accordo Euromediterraneo di Bruxelles del 17 luglio 1995 (reso esecutivo in Italia con L. 3 febbraio 1997 n. 35), esattamente la Sezione ha in coerenza ritenuto dirimente per l'esito del presente giudizio, la delibazione concernente la "... possibilità - o meno - per le imprese partecipanti alla gara di avvalersi, ai 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 dall'art. 1, comma 1, lettera l), numero 1, del D.L.vo 11 settembre 2008 n. 152".

In sostanza dato che il fine concretamente perseguito dalla Grassi con il gravame di primo grado era l'aggiudicazione della gara, è dunque evidente che la relativa questione esaminata era realmente l'elemento giuridicamente rilevante della controversia. Il tentativo della ricorrente di modificare il tiro delle sue doglianze affermando la centralità della pretesa all'illegittimità della clausola non può dunque essere condiviso.

La correttezza della ricostruzione degli atti del giudizio e la rigorosità dell'analisi compiuta dalla sentenza relativamente a tale punto, porta a dover del tutto escludere che possa esservi stata una "svista" o comunque un'errata percezione dei fatti. In realtà il preteso errore consiste in una valutazione giuridica circa la rilevante assorbenza della questione e quindi attiene ad un'interpretazione dei fatti di causa per cui non può essere affatto considerato un errore rilevante sul piano revocatorio (in tal senso, Cons. Stato Sez. IV 13 aprile 2005 n.1735; idem 9 febbraio 2010 n.2924).

Pertanto deve respingersi il tentativo della Società appellante di rimettere in discussione, con pretese omissioni di pronuncia sulle censure dell'appello, quelle che in realtà sono coscienti determinazioni del Giudice che peraltro sono *ictu oculi* perfettamente conformi alla realtà delle censure e dell'interesse perseguito così come emerge ineluttabilmente dagli atti di causa.

2.2. La doglianza, su cui non si sarebbe pronunciata la sentenza revocanda, è comunque giuridicamente priva di pregio.

Infatti, fin dalla L. n.113/1981 con cui era stata recepita in Italia la prima direttiva n. CEE 77/62 in materia appalti "di forniture", la relativa nozione comprendeva tutte le forme giuridiche attraverso le quali l'Amministrazione conseguiva la disponibilità di beni mobili (a titolo di proprietà che di locazione finanziaria o a riscatto, ecc.) lasciando alla stazione appaltante la scelta tra produttori e società commerciali. Tale impostazione non è stata sostanzialmente innovata dalla Direttiva 2004/18/CE (cfr. decimo considerando).

L'amministrazione può dunque discrezionalmente valutare se l'appalto possa essere aperto alle imprese commerciali ovvero - se ciò appaia necessario a garanzia della prestazione - se l'accesso alla procedura ad evidenza pubblica possa essere ristretto alla partecipazione dei soli produttori.

Tale scelta è tipicamente giustificata nel caso di appalti concernenti delle produzioni specificamente effettuata per l'appalto (c.d. "Especially made for" secondo espressione anglosassone o "extra-commerciali secondo la definizione della bozza della nuova Direttiva in corso di approvazione), mentre in caso di beni di largo e generale consumo, ordinariamente presenti sul mercato non si profila alcuna reale ragione di una restrizione ai soli produttori.

La tesi della ricorrente per cui illegittimamente l'Amministrazione avrebbe imposto la partecipazione ai soli soggetti produttori in violazione dei principi comunitari in materia è direttamente smentita dal semplice riscontro dei requisiti di capacità tecnica che sono fissati nell'art. 48 della Dir. 2004/18 e nell'art. 42 del Cod. di Contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006 in base ai quali la stazione appaltante può liberamente fissare i connessi requisiti di

capacità tecnica “..a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture...:” .

A garanzia di un miglior esito dell'appalto, possono eventualmente essere richiesto ai concorrenti di specificare:

- la “..indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità” (cfr. b. art. 42 cit.)

- la “.. descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore ... per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;”(lett. c) a

- il “... controllo, effettuato dalla stazione appaltante ... allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;”(lett. d. art. 42 cit.);

- la “... produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme “(lett. m. art. 42 cit.).

Sul piano della logica comune è evidente che la possibilità di richiedere i predetti requisiti di qualificazione tecnica è posta proprio in ragione della possibilità di indire gare ristrette ai soli produttori.

Se la determinazione di ammettere, o meno, le imprese commerciali alla procedura d'appalto attiene esclusivamente alle caratteristiche dei beni e, soprattutto, alla loro presenza ed ordinaria reperibilità sul mercato, è chiaro che, nel caso in esame, la scelta di restringere ai produttori era dunque ben giustificata dalla natura di beni “extra-market” della fornitura in questione. Trattandosi di divise di volo e di tenute ignifughe la richiesta di partecipazione diretta dei soli produttori appare logicamente ancorata alla particolare cautela che deve presidiare l'acquisto di indumenti dai quali possono dipendere l'integrità fisica stessa dei nostri militari.

Di qui la legittimità della clausola del bando in esame.

2.3. L'inammissibilità del profilo rescindente consente di prescindere dall'esame del profilo rescissorio e dei relativi residui motivi di cui al presente gravame.

3. In conclusione il ricorso per revocazione è inammissibile.

Le spese e le competenze del presente giudizio, secondo le regole generali di cui all'art. 26 del c.p.a., vanno poste a carico della parte soccombente e liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sul ricorso per revocazione, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese e competenze del presente giudizio che si liquidano complessivamente in euro 5.000,00 (cinquemila/00) oltre IVA e CPA. in favore del Ministero della Difesa.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Giulio Veltri, Consigliere

Giuseppe Castiglia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/09/2013

IL SEGRETARIO

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