



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 7889 del 2012, proposto da SALTECH AG, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Boifava, Valentina Nardella, Francesco Bugada e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Flaminia, 354,

contro

il MINISTERO DELLA DIFESA, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

nei confronti di

COMPANHIA BRASILEIRA DE CARTUCHOS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Dario La Torre, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, Lungotevere dei Mellini, 10,

per la riforma,

previa ogni idonea misura cautelare,

della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione Prima-*bis*, nr. 8275/2012, pubblicata il 4 ottobre 2012, notificata in data 26 ottobre 2012, che definitivamente pronunciando sul ricorso nr. 2414/2012, presentato dall'appellante avverso l'aggiudicazione della procedura ristretta accelerata “n. 023.11033”, indetta per la “fornitura di n. 2.020.000 cartucce calibro 12,7 mm in elementi di nastro metallico M2 e M9 per mitragliatrice Browning M2 HB”, lo ha rigettato e, conseguentemente, per l'accoglimento delle conclusioni contenute nel ricorso di primo grado.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e di Companhia Brasileira De Cartuchos;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in data 29 novembre 2013), dall'appellata (in date 3 e 9 dicembre 2013) e dall'Amministrazione (in date 1 dicembre 2012 e 4 dicembre 2013) a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2013, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. De Portu per la appellante, l'avv. dello Stato Pietro Garofoli per l'Amministrazione e l'avv. La Torre per la appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Saltech AG ha impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza con la quale il T.A.R. del Lazio ha respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso gli atti della procedura

ristretta accelerata indetta dal Ministero della Difesa per la fornitura di cartucce calibro 12,7 mm per mitragliatrice Brownig M2 HB, conclusasi con l'aggiudicazione a favore della Companhia Brasileira de Cartuchos.

In particolare, con unico articolato motivo, è stato dedotto *error in iudicando* per: violazione del combinato disposto degli artt. 87, comma 4, e 86 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163; violazione e falsa applicazione dell'art. 26, comma 6, del decreto legislativo 9 aprile 2008, nr. 81 (non avendo l'aggiudicataria precisato nell'offerta i costi per la sicurezza, adempimento che doveva considerarsi obbligatorio a pena di esclusione sulla base della *lex specialis*).

Si è costituita l'appellata Companhia Brasileira de Cartuchos, opponendosi con diffuse argomentazioni all'accoglimento dell'appello e concludendo per la conferma della sentenza di primo grado; altrettanto ha fatto il Ministero della Difesa, a sua volta ritualmente costituitosi.

Alla camera di consiglio del 4 dicembre 2012, fissata per l'esame della domanda incidentale di sospensiva, la Sezione ha preso atto della rinuncia di parte istante a tale domanda e ne ha differito la trattazione sull'accordo delle parti, per abbinarla all'esame del merito.

Di poi, le parti hanno sviluppato con memorie le rispettive prospettazioni.

All'udienza del 20 dicembre 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia concerne la procedura ristretta accelerata indetta dal Ministero della Difesa per l'affidamento della fornitura di cartucce calibro 12,7 mm per mitragliatrice, conclusasi con l'aggiudicazione in favore della Companhia Brasileira de Cartuchos.

2. L'odierna appellante, Saltech AG, censura la sentenza con la quale il

T.A.R. del Lazio ha respinto il ricorso da essa proposto avverso la detta aggiudicazione, a suo dire illegittima in quanto la società controinteressata aveva omesso di indicare *ab initio*, nella propria offerta economica, i costi per la sicurezza di cui all'art. 26, comma 5, del decreto legislativo 9 aprile 2008, nr. 81.

3. Ciò premesso, l'appello è infondato e va conseguentemente respinto.

4. Ed invero, con riguardo all'unica questione che è oggetto di controversia, il T.A.R. ha ritenuto che nella specie l'impresa aggiudicataria non fosse tenuta a indicare i suindicati costi per la sicurezza per una pluralità di ragioni, e specificamente:

- per la necessaria applicazione all'appalto *de quo* dell'art. 16 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, in forza del quale le disposizioni del medesimo decreto non si applicano ai contratti pubblici "*relativi alla produzione o al commercio di armi, munizioni e materiale bellico, di cui all'elenco deliberato dal Consiglio della Comunità Europea, che siano destinati a fini specificamente militari?*" (categoria nella quale certamente rientra il contratto per cui è causa);

- perché nella specie l'obbligatoria indicazione dei costi di cui all'art. 26, comma 5, del d.lgs. nr. 81/2008 era richiesta unicamente nel modulo allegato alla lettera d'invito, che le imprese concorrenti avrebbero dovuto compilare in caso di verifica di congruità delle offerte, fase che non vi è stata nella procedura che occupa;

- perché nella specie gli inviti a partecipare alla gara erano stati rivolti unicamente a imprese stabilite in Stati extraeuropei, con conseguente inapplicabilità alle stesse della disciplina di cui al d.lgs. nr. 81 del 2008.

5. L'odierna appellante contesta le conclusioni del primo giudice sulla base

dei seguenti argomenti:

a) nel caso che occupa era espressamente precisato, in apertura della lettera d'invito, che la procedura selettiva sarebbe stata regolata anche “*dalle disposizioni contenute nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163: codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”, con ciò avendo la stazione appaltante stabilito un “autovincolo” idoneo a superare l'esclusione di cui al citato art. 16 del medesimo decreto;

b) il predetto “autovincolo” sarebbe confermato proprio dall'Allegato C alla lettera d'invito, che obbligava i concorrenti a dichiarare i costi *de quibus*;

c) in ogni caso, la procedura per cui è causa non poteva sottrarsi all'applicazione dei principi generali di matrice comunitaria, fra i quali rientrerebbe anche l'obbligo dei concorrenti di dichiarare i costi per la sicurezza.

6. Gli argomenti così riassunti non persuadono la Sezione.

7. In particolare, è lecito dubitare di un'operazione ermeneutica che, muovendo da un generico richiamo al d.lgs. nr. 163 del 2006 contenuto nell'*incipit* della lettera d'invito, ne inferisca dapprima la volontà implicita dell'Amministrazione di applicare *in toto* alla gara il Codice dei contratti pubblici, e quindi di derogare all'esclusione espressa stabilita dall'art. 16, ed a seguire la necessità – per giunta, a pena di esclusione – di indicare fin dalla prima formulazione dell'offerta economica i costi per la sicurezza di cui al d.lgs. nr. 81 del 2008.

Una tale volontà, per le rilevanti sue ricadute in un sistema normativo connotato dal principio di tassatività delle comminatorie di esclusione (art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. nr. 163/2006) ed in relazione a una gara aperta solo

a imprese extraeuropee (alle quali si sarebbe preteso, in ipotesi, di rendere applicabile la normativa di dettaglio di cui al d.lgs. nr. 81/2008), avrebbe dovuto essere manifestata in maniera chiara e inequivoca; né essa può ricavarsi per via “indiziaria” dal richiamo all’art. 26, comma 5, d.lgs. nr. 81/2008 contenuto non già nella lettera d’invito, ma nel solo modulo ad essa allegato da compilarsi in caso di verifica su eventuali offerte sospette di anomalie (verifica che peraltro nella specie non ha avuto luogo).

7.1. Tale essendo la situazione, il generico richiamo all’applicazione del Codice dei contratti in apertura della lettera d’invito non poteva che essere inteso come un’indicazione di rito sull’applicabilità dei principi generali di derivazione comunitaria sull’evidenza pubblica, in quanto compatibili con la specificità della procedura siccome rientrante fra quelle di cui all’art. 16 del medesimo Codice, e non certo nel senso di una generale applicabilità di tutte le disposizioni di dettaglio in esso contenute.

La conferma di ciò, se ve ne fosse bisogno, può ricavarsi dalla disciplina oggi in vigore per i contratti relativi ad armi e materiale bellico, dopo l’abrogazione del citato art. 16 e l’entrata in vigore del decreto legislativo 15 novembre 2011, nr. 208, attuativo di apposita normativa comunitaria, ancorché *ratione temporis* non applicabile alla procedura per cui è causa: laddove l’art. 3 del decreto da ultimo citato conferma, con più puntuali indicazioni, la volontà del legislatore di sottrarre tali procedure alla disciplina analitica del d.lgs. nr. 163/2006, reso applicabile solo in modo parziale e in quanto compatibile.

Ne discende, tra l’altro, anche l’inapplicabilità della disposizione di cui all’art. 87, comma 4, del d.lgs. nr. 163/2006, la quale fa obbligo alle imprese, ai fini della successiva verifica di congruità delle offerte, di

indicare già *ab initio* fra le voci dell'offerta i costi per la sicurezza.

7.2. Una volta così chiarito che alla procedura per cui è causa sono applicabili soltanto i principi comunitari dell'evidenza pubblica, è evidente l'incondivisibilità anche dell'ulteriore argomento di parte appellante, laddove la necessità di indicare i costi di cui all'art. 26, comma 5, d.lgs. nr. 81 del 2008 è fatta discendere proprio dal rispetto dei predetti principi.

Infatti, alla Sezione sembra pacifico che fra i suindicati principi non può farsi rientrare anche la disciplina nazionale di dettaglio sulla sicurezza del lavoro: nel senso che dalle imprese stabilite in Stati diversi dall'Italia si potrà pretendere bensì di assicurare il rispetto di livelli minimi di sicurezza del lavoro, ma non anche di indicare costi analitici quali quelli richiesti a mente della normativa invocata da parte istante.

8. Alla luce dei rilievi fin qui svolti, s'impone la reiezione dell'appello con la conferma della sentenza impugnata.

9. Tenuto conto della peculiarità della fattispecie, laddove all'insorgere del contenzioso ha quanto meno contribuito una disciplina di gara non del tutto perspicua, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2014

IL SEGRETARIO

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