

N. 00485/2013REG.PROV.COLL.

N. 08400/2009 REG.RIC.

N. 08402/2009 REG.RIC.



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**

sui seguenti ricorsi in appello:

1) nr. 8400 del 2009, proposto dal MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro *pro tempore*, e dal COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, in persona del Comandante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

***contro***

ALFREDO GRASSI S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo di costituendo r.t.i., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ulisse Corea, Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via dei Monti Parioli, 48,

***nei confronti di***

CAR ABBIGLIAMENTO S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita;

2) nr. 8402 del 2009, proposto da CAR ABBIGLIAMENTO S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Prozzo, con domicilio eletto presso l'avv. Giuliano Bologna in Roma, via Merulana, 234,

***contro***

ALFREDO GRASSI S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo di costituendo r.t.i., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ulisse Corea, Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via dei Monti Parioli, 48,

***nei confronti di***

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro pro tempore, e COMANDO GENERALE DELLA GUARDIA DI FINANZA, in persona del Comandante pro tempore, non costituiti,

***entrambi per l'annullamento e/o la riforma,***

*previa sospensione dell'esecuzione,*

della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione Seconda, nr. 7689/2009 dell'8 luglio 2009, depositata il 29 luglio 2009, notificata il 15 settembre 2009, con cui è stato accolto il ricorso iscritto al nr. 9149/08.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Alfredo Grassi S.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalla appellata in date 13 novembre 2009 e 1 dicembre 2012 a sostegno delle rispettive difese;

Viste le ordinanze di questa Sezione nn. 5715 e 5732 del 17 novembre 2009, con le quali sono state accolte le domande di sospensione dell'esecuzione della sentenza impugnata;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2012, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Renato Marini, su delega dell'avv. Corea, per l'appellata, l'avv. dello Stato Antonio Grumetto per le Amministrazioni appellanti e l'avv. Federica Iannotta, su delega dell'avv. Prozzo, per Car Abbigliamento S.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

I – Il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Comando Generale della Guardia di Finanza hanno appellato la sentenza con la quale il T.A.R. del Lazio, accogliendo il ricorso proposto dalla società Alfredo Grassi S.p.a., ha annullato gli atti relativi all'esclusione del costituendo r.t.i. capeggiato da detta società dalla gara indetta con bando del 15 luglio 2008 per la fornitura di vestiario per la Guardia di Finanza.

A sostegno dell'impugnazione, sono stati dedotti i seguenti motivi:

1) in via preliminare, l'erroneità della reiezione dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per difetto dei requisiti per poter esercitare la rappresentanza giuridica del r.t.i. (essendo stato il ricorso proposto dalla sola capogruppo di esso);

II) nel merito, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 42, paragrafo 6, lettera a), della direttiva 2004/18/CE e degli artt. 74 e 77, commi 4 e 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, nonché erronea e contraddittoria motivazione sul punto (in relazione all'aver il primo giudice ritenuto illegittima l'esclusione del r.t.i. istante per avere esso presentato la propria domanda di partecipazione a mano direttamente presso gli uffici della stazione appaltante, anziché a mezzo raccomandata, assicurata o postacelere del servizio postale nazionale);

III) illegittima caducazione automatica del contratto *medio tempore* stipulato, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, e conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo *ex art. 244 del d.lgs. nr. 163 del 2006 ed art. 6 della legge 21 luglio 2000, nr. 205* (con riferimento alla parte in cui il T.A.R. ha ritenuto automaticamente caducato il contratto d'appalto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione);

IV) mancato assolvimento dell'onere della prova *ex art. 2697 cod. civ.* da parte della Alfredo Grassi S.p.a. ed illegittimo riconoscimento del risarcimento del danno in forma specifica da parte del giudice di prime cure (ancora in relazione alle statuizioni del T.A.R. sul risarcimento del danno).

Si è costituita la Alfredo Grassi S.p.a., la quale ha diffusamente argomentato a sostegno dell'infondatezza dell'appello, chiedendo la conferma della sentenza impugnata.

II – Un secondo appello avverso la medesima sentenza del T.A.R. capitolino è stato proposto dalla società Car Abbigliamento S.r.l., già controinteressata in primo grado quale originaria aggiudicataria della gara d'appalto per cui è causa, sulla base di plurimi motivi sostanzialmente sovrapponibili a quelli articolati dall'Amministrazione.

Anche in tale secondo giudizio si è costituita la Alfredo Grassi S.p.a., opponendosi all'accoglimento del gravame.

III – All'esito della camera di consiglio del 17 novembre 2009, con due ordinanze di identico tenore sono state accolte le istanze di sospensiva formulate in una a entrambi gli appelli.

Da ultimo, all'udienza del 18 dicembre 2012, entrambe le cause sono state spedite in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, va disposta la riunione degli appelli in epigrafe ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm., trattandosi di impugnazioni proposte avverso la medesima sentenza.

2. Nel merito, il presente contenzioso concerne l'esclusione della società Alfredo Grassi S.p.a. dalla gara indetta dal Comando Generale della Guardia di Finanza per l'affidamento della fornitura di vestiario, a cagione della ritenuta violazione della clausola del bando di gara che imponeva ai concorrenti di far pervenire le domande di partecipazione alla procedura e la documentazione annessa “*esclusivamente mediante raccomandata, assicurata o postacelere del servizio postale nazionale, ovvero mediante corriere abilitato*”: infatti, il plico contenente la domanda e la documentazione della predetta società era stato depositato a mano direttamente presso gli uffici della stazione appaltante.

Con la sentenza qui appellata, il T.A.R. del Lazio ha accolto il ricorso proposto dall'impresa così esclusa – e, conseguentemente, ha annullato l'intera procedura di gara, ivi compresa l'aggiudicazione disposta in favore di Car Abbigliamento S.r.l. – reputando illegittima, ove preclusiva e siccome specificamente impugnata dalla ricorrente, la clausola della *lex specialis* che vietava la presentazione diretta delle domande di partecipazione.

3. Ciò premesso, gli appelli sono fondati, come parzialmente anticipato in fase cautelare, e vanno pertanto accolti.

4. Più specificamente, può prescindere dal motivo con il quale entrambe le parti appellanti hanno reiterato l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado in quanto presentato da una sola impresa (la mandataria) del costituendo r.t.i. della cui esclusione si discuteva: eccezione della quale, in ogni caso, va riaffermata l'infondatezza alla stregua dell'ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale che considera del tutto compatibile col diritto comunitario la legittimazione processuale delle singole imprese componenti un raggruppamento che ha

partecipato alla gara d'appalto (cfr. Corte giust. UE, sez. VI, ord. 4 ottobre 2007, causa C-492/06; Cons. Stato, Ad. Pl., 15 aprile 2010, nr. 2155; e, con specifico riguardo al r.t.i. costituendo, Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2010, nr. 7524; Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2003, nr. 5336; Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2003, nr. 3241; C.g.a.r.s., 24 dicembre 2002, nr. 692).

5. Invece, sono fondate e assorbenti le doglianze con le quali le parti appellanti lamentano l'erroneità della statuizione del primo giudice, laddove ha ritenuto che la normativa comunitaria sia ostativa a una disposizione della *lex specialis* la quale – come nel caso di specie – impedisca la c.d. autopresentazione delle offerte da parte dei concorrenti, imponendo particolari modalità di presentazione fra quelle consentite dall'art. 77 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163.

5.1. Sul punto, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato è saldamente orientata nel senso che, proprio alla stregua della disposizione da ultimo citata, è del tutto legittima l'opzione della stazione appaltante che ritenga nel bando di gara di escludere la possibilità di autopresentazione, in quanto il divieto della consegna diretta dei plichi presso gli uffici della stazione appaltante contribuisce ad assicurare la massima imparzialità dell'operato amministrativo, la *par condicio* tra i partecipanti e la segretezza delle offerte, scongiurando *in radice* il rischio di una dispersione di notizie riservate (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2006, nr. 4666; id., 18 marzo 2004, nr. 1411; id., 30 aprile 2002, nr. 2291).

Pertanto, è facoltà dell'amministrazione esigere le maggiori garanzie di trasparenza e imparzialità garantite dal servizio pubblico postale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2005, nr. 82).

5.2. Né è in alcun modo possibile, a fronte dei piani principi testé richiamati, predicare un contrasto con la normativa europea del citato art. 77, nella parte in cui, riconoscendo alla stazione appaltante facoltà di scelta in ordine alle modalità di

trasmissione delle domande di partecipazione alla gara, le consente di escludere la consegna a mano.

Infatti, il paragrafo 6 dell'art. 42 della direttiva 2004/18/CE (invocato dall'originaria ricorrente anche negli scritti depositati nel presente grado di appello) si limita a distinguere fra la trasmissione "*per iscritto*" e la forma orale ("*per telefono*", con ulteriore salvezza della facoltà per la stazione appaltante di richiedere motivatamente, in quest'ultimo caso, una conferma scritta), ma nulla dispone in ordine alle possibili modalità – fra cui, appunto, rientra anche la consegna a mano – con cui la domanda formulata per iscritto può essere presentata; ne consegue che anche la decisione di quali, fra dette modalità, consentire e quali escludere deve ritenersi rientrante nella discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante, in sede di predisposizione del bando di gara, dal paragrafo 1 dello stesso art. 42, discrezionalità che incontra il solo limite del necessario rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione.

Inoltre, con specifico riguardo al caso che qui occupa, è manifestamente privo di rilevanza (oltre che intrinsecamente contraddittorio) l'ulteriore rilievo di parte appellata laddove lamenta – per l'appunto – una presunta discriminazione in danno delle imprese stabilite in altri Stati dell'Unione europea, che si ricaverebbe dalla previsione che imponeva di avvalersi esclusivamente del servizio postale "*nazionale*"; ed invero, al di là del fatto che con tale aggettivo il bando avrebbe ben potuto riferirsi al servizio postale pubblico dello Stato di ciascuna delle imprese partecipanti, e quindi anche di quelle di altri Stati dell'Unione, non si comprende come poi tale doglianza si concili con la pretesa di introdurre anche la c.d. autopresentazione: modalità che, con ogni evidenza, appare suscettibile di creare ulteriori discriminazioni a vantaggio delle imprese la cui sede sia più vicina agli uffici della stazione appaltante.

6. L'accoglimento degli appelli, per le ragioni fin qui esposte, comportando l'integrale reiezione del ricorso di primo grado, esonera il Collegio dall'esame degli ulteriori motivi di appello, con i quali venivano censurate le successive statuizioni del primo giudice in punto di domanda di risarcimento danni avanzata dalla ricorrente.

7. La peculiarità della vicenda esaminata, assieme all'essere la presente vicenda amministrativa e processuale piuttosto risalente nel tempo, giustificano l'integrale compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, riuniti gli appelli in epigrafe, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

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

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2013

IL SEGRETARIO

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